

TESIS DOCTORAL

**OBLIGACIONES EMERGENTES DE LOS
CONTRATOS DE CRÉDITO:**

UNA VISIÓN UNIFICADORA

por MARIO G. BACIGALUP VERTIZ

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	3
ÍNDICE DE CUADROS	9
INTRODUCCION.....	11
PARTE I : PRECISIONES METODOLOGICAS	15
CAPITULO 1 : METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS.....	15
§ 1 . Comparación de la metodología usada por las distintas ciencias.....	15
§ 2 . Distintas aplicaciones de los conceptos y las clasificaciones en las ciencias.....	16
CAPITULO 2 : USO DE LOS CONCEPTOS EN LA TEORÍA JURÍDICA	21
§ 3 . El método jurídico y la búsqueda de las “naturalezas jurídicas”.....	21
§ 4 . Las “naturalezas jurídicas” y las nuevas tecnologías.....	25
§ 5 . Algo más sobre la razón de ser de los conceptos en una teoría jurídica	28
PARTE II : EVOLUCION HISTORICA DEL PROBLEMA DEL INTERES	33
CAPITULO 3 : POR QUÉ SE RESEÑA LA HISTORIA DEL INTERÉS	33
§ 6 . Influencia de la legislación anti-usura en la estructura de los contratos de crédito.....	33
CAPITULO 4 : LA ANTIGÜEDAD.....	35
§ 7 . El código de Hamurabi (Babilonia).....	35
§ 8 . Leyes de Manú (India).....	36
§ 9 . Los hebreos.....	36
§ 10 . Grecia.....	38
§ 11 . Roma.....	49
§ 12 . Los filósofos y pensadores antiguos	53
§ 13 . Influencia del cristianismo	54
§ 14 . Conclusiones sobre el problema del interés en la antigüedad.....	57
CAPITULO 5 : LA EDAD MEDIA.....	59
§ 15 . Evolución de las teorías sobre el interés	59
§ 16 . El derecho canónico.....	65
§ 17 . El imperio bizantino.....	72
§ 18 . Los reinos bárbaros.....	74
§ 19 . El derecho de las ciudades	77
§ 20 . Conclusiones sobre este período.....	85
CAPITULO 6 : LA EDAD MODERNA.....	87
§ 21 . Desarrollo de las teorías favorables al interés.....	87
§ 22 . El derecho canónico en la edad moderna.....	104

§ 23 . La legislación de las monarquías nacionales europeas	111
§ 24 . Las costumbres comerciales modernas	117
CAPITULO 7 : LA EDAD CONTEMPORANEA	119
§ 25 . Las teorías actuales sobre el interés	119
§ 26 . El derecho canónico contemporáneo	122
§ 27 . La legislación civil contemporánea	125
a) Francia	125
b) España	128
c) Italia	129
d) Alemania	130
§ 28 . La legislación comercial contemporánea	131
a) Francia	132
b) España	132
c) Italia	133
d) Alemania	134
§ 29 . El régimen de los intereses en el derecho argentino	134
a) Código Civil: postura de Vélez Sarsfield sobre la libertad de tasas	134
b) Fundamento para la reducción de intereses en la jurisprudencia y doctrina	135
c) Límites judiciales a los intereses pactados: hasta la convertibilidad	137
d) Límites judiciales a los intereses pactados: de la convertibilidad a la “pesificación”	138
e) Límites judiciales a los intereses pactados en sentencias posteriores a la “pesificación”	140
f) La reducción de los intereses pactados en los proyectos de reforma del Código Civil	142
g) Los intereses moratorios	144
h) El régimen del anatocismo	148
i) Los intereses en el Código de Comercio	149
PARTE III : CONTRATOS GENERADORES DE RELACIONES DE CRÉDITO	151
CAPITULO 8 : FRAGMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS DE GENERACIÓN DEL CRÉDITO	151
§ 30 . Enfoque económico. El interés “contractual” y el interés “originario”.	151
§ 31 . La estructuración jurídica de las figuras	153
CAPITULO 9 : EL MUTUO O PRÉSTAMO DE DINERO	155
§ 32 . Orígenes del mutuo	155
§ 33 . El préstamo a la gruesa	158
§ 34 . La apertura de crédito	160
§ 35 . Modalidades del mutuo: la emisión de documentos	161
CAPITULO 10 : EL CONTRATO DE SOCIEDAD	163
§ 36 . La sociedad en Roma	163
§ 37 . El ejercicio del comercio bajo un nombre colectivo (la solidaridad)	166
a) Orígenes de la solidaridad en las sociedades	167

b) Requisitos para el nacimiento de la solidaridad (la razón social).....	170
c) Fuentes de la representatividad del gestor.....	174
d) La sociedad colectiva moderna.....	175
§ 38 . Las sociedades como “entes” titulares de aportes y deudas.....	175
§ 39 . Participación en el negocio de otro sin responsabilidad (como negocio oculto).....	179
a) La commenda	179
b) La participación en la Ordenanza de 1673	181
§ 40 . Limitación de responsabilidad: participación en el negocio de un comerciante (negocio ostensible) ...	184
a) La sociedad en comandita en la Ordenanza de 1673	184
b) La razón social y la publicidad en la comandita.....	188
c) La comandita en el common law.....	189
§ 41 . La inscripción en un Registro	190
§ 42 . La divisibilidad de las participaciones sociales (las acciones).....	192
§ 43 . La autorización estatal (para el otorgamiento de privilegios).....	194
a) Las compañías colonizadoras.....	194
b) La sociedad anónima en el Código de Comercio francés.....	196
c) La sociedad anónima en el derecho angloamericano.....	199
§ 44 . La forma “corporativa”	200
§ 45 . La corporación “privada”.....	202
a) Un primer antecedente: la sociedad en comandita por acciones.....	202
b) La sociedad de responsabilidad limitada en Europa.....	203
c) Antecedentes angloamericanos.....	204
§ 46 . Ciertos acuerdos societarios entre sociedades (joint ventures)	205
a) El problema de la regla ultra vires.....	206
b) El joint venture en el derecho americano	206
c) La cuestión en nuestro derecho	207
CAPITULO 11 : EL CONTRATO DE COMPRAVENTA	213
§ 47 . Antecedentes de la compraventa.....	213
§ 48 . La compraventa a plazo o crédito	213
§ 49 . La cláusula de recompra o retroventa	215
§ 50 . Pacto reipersecutorio en la compraventa de cosas muebles a plazo (leasing).....	218
§ 51 . Las compraventas de derechos creditorios.....	225
§ 52 . Obtención de otros efectos “financieros” mediante la compraventa.....	230
CAPITULO 12 : OTROS CONTRATOS	233
§ 53 . Obligaciones financieras derivadas de otros contratos.....	233
§ 54 . El depósito irregular.....	233
PARTE IV : DELIMITACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO.....	239
CAPITULO 13 : UBICACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO.....	239
§ 55 . Plano en el que se insertará.....	239

CAPITULO 14 : EL SISTEMA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO	241
§ 56 . Las definiciones de los contratos clásicos.....	241
§ 57 . El concepto de sistematicidad de los “sistemas normativos”	241
§ 58 . Las definiciones como casos genéricos	244
§ 59 . Las definiciones de los contratos consensuales y el concepto de sistematicidad.....	247
a) La clasificación según los romanos:.....	247
b) Evolución de los contratos consensuales y las obligaciones financieras.....	249
§ 60 . Los contratos reales y su sistematicidad	251
a) Los contratos reales según los romanos:	251
b) Otras obligaciones financieras generadas por contratos reales.....	253
§ 61 . Los contratos parciarios (sociedad) y su sistematicidad	255
a) Orígenes de la sociedad.....	255
b) Evolución de los contratos parciarios.....	255
c) La regulación actual de las sociedades en nuestro país	257
§ 62 . Problemas sistemáticos en la evolución de las figuras contractuales.....	262
a) Recursos técnicos	262
b) Relevancia o irrelevancia de las propiedades	263
c) Falta de univocidad de los criterios de formación de las clases	263
d) Consecuencias relativas a los contratos parciarios	266
e) Consecuencias no sistemáticas	266
f) Conclusión.....	267
CAPITULO 15 : CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LAS OBLIGACIONES.....	269
§ 63 . Criterios usuales jurídico-formales	269
§ 64 . Criterio económico: “Obligaciones de valor” – “Obligaciones de dinero”	272
§ 65 . Origen de la plausibilidad del criterio: un escape al nominalismo.....	272
§ 66 . Valoración actual del criterio clasificatorio	273
§ 67 . ¿Subsiste interés en la distinción?.....	274
CAPITULO 16 : NUEVO CRITERIO CLASIFICATORIO	277
§ 68 . Necesidad del mismo	277
§ 69 . Ámbito y función del concepto obligaciones financieras	280
PARTE V : VISIÓN DEL CRÉDITO A TRAVÉS DEL NUEVO CONCEPTO	283
CAPITULO 17 : DISTINCIONES ENTRE LA PRESTACIÓN “PRESENTE” Y LA “FUTURA”	283
§ 70 . La prestación presente	283
§ 71 . La prestación futura	284
CAPITULO 18 : EL CAPITAL	287
§ 72 . Prestaciones con aptitud para funcionar como “capital”.....	287
§ 73 . Acepciones diversas del concepto de “capital”.....	288
§ 74 . La registración contable del “capital social”.....	289

§ 75 . Registración contable de los contratos de cesión de “capital” (sentido económico).....	291
§ 76 . El enfoque <i>financiero</i> y las acepciones de “capital”	294
§ 77 . Origen del concepto técnico jurídico de “capital social”	296
a) La equidad en los aportes	296
b) Valuación del riesgo en la concesión de crédito.....	297
c) Cuestiones relacionadas con el capital social y el valor nominal	298
d) La distribución de “dividendos”	301
§ 78 . Función actual del concepto de “capital social”.....	306
a) Evolución en la práctica de los negocios societarios.....	306
b) Evolución del derecho americano en materia de distribución de dividendos	310
c) Evolución en nuestro derecho	312
§ 79 . Financiadores “dueños” y “no–dueños”	312
§ 80 . La financiación de la empresa y la infracapitalización	316
§ 81 . Los problemas del “capital” a la luz de las finanzas corporativas	319
CAPITULO 19 : LA RENTA O INTERÉS	327
§ 82 . El fenómeno de la renta bajo sus distintas formas jurídicas.....	327
§ 83 . Hacia una visión integral del fenómeno de la renta	328
§ 84 . El concepto de interés “puro”	329
§ 85 . Homogeneización de los mecanismos matemático – financieros	333
a) Tasas activas y pasivas	334
b) Tasas “adelantadas” y “vencidas”	341
c) Capitalización de intereses	344
d) El concepto de “tasa efectiva”	352
e) Los problemas matemáticos del interés y las formas jurídicas de la renta	353
§ 86 . Los criterios jurisprudenciales relativos a la usura	354
a) Fundamentación de la cuantificación de los límites a las tasas pactadas.....	354
b) Ausencia de consideración del riesgo crediticio individual.....	356
c) Imposibilidad de inferir un patrón común para las pautas cuantitativas.....	356
d) Límites a la tasa de interés y la relación jurídica generadora de tales intereses.	358
e) La “homogeneidad” en la comparación entre distintas “tasas” de interés.....	359
f) Diferenciación del tope respecto de los punitorios.....	359
g) La política judicial sobre el anatocismo	360
§ 87 . La jurisprudencia sobre la usura frente a la economía y la moral.....	364
a) Criterios de justicia aplicados por la Jurisprudencia sobre la usura	364
b) Búsquedas de criterios externos para la fundamentación de decisiones	372
c) Otros criterios externos de justificación de soluciones.....	379
d) Causas de la elevación de las tasas de interés.....	382
e) La política judicial de reducción de tasas frente a los criterios “externos” de justicia	396
f) La política judicial de reducción de tasas en operaciones a tasa fija	397
g) La política judicial de reducción de tasas en operaciones a tasa variable.....	408

h) Oportunismo contractual, riesgo moral y traslación de costos	422
CONCLUSIONES	431
APÉNDICES.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
APÉNDICE 1 : CONTRA LOS QUE PRACTICAN LA USURA	437
APÉNDICE 2 : DISPOSICIONES DEL DECRETO GRACIANO RELATIVAS A LA USURA	445
APÉNDICE 3 : DISPOSICIONES DE LAS DECRETALES DE GREGORIO IX RELATIVAS A LA USURA.....	453
APÉNDICE 4 : DISPOSICIONES DEL <i>LIBRO DE LAS CLEMENTINAS</i> RELATIVAS A LA USURA	465
APÉNDICE 5 : DISPOSICIONES DEL LIBRO DE LAS <i>EXTRAVAGANTES</i> RELATIVAS A LA USURA.....	467
APÉNDICE 6 : DISPOSICIONES DEL LIBRO SEPTIMO DE LAS DECRETALES RELATIVAS A LA USURA.....	473
APÉNDICE 7 : EPITOME DE LA BULA <i>DETESTABILIA AVARI</i>	481
APÉNDICE 8 : BULA DEL PAPA BENDICTO XIV.....	483
APÉNDICE 9 : TEXTOS DEL <i>FUERO REAL</i> DE ALFONSO EL SABIO RELATIVAS A LA USURA ...	489
APÉNDICE 10 : TEXTOS DE <i>LAS SIETE PARTIDAS</i> DE ALFONSO EL SABIO RELATIVAS A LA USURA.....	491
APÉNDICE 11 : TEXTOS DE <i>LAS ORDENANZAS DE ALCALA</i> DE ALFONSO XI RELATIVAS A LA USURA.....	495
APÉNDICE 12 : TEXTOS DE LA NOVISIMA RECOPIACION RELATIVAS A LA USURA	499
APÉNDICE 13 : CARTA DE LA COMPAÑÍA HOLANDESA DE INDIAS OCCIDENTALES: 1621	511
APÉNDICE 14 : JURISPRUDENCIA SOBRE LÍMITES A LAS TASAS DE INTERÉS ENTRE LA CONVERTIBILIDAD Y LA PESIFICACIÓN	523
APÉNDICE 15 : JURISPRUDENCIA SOBRE LÍMITES A LAS TASAS DE INTERÉS POSTERIOR A LA PESIFICACIÓN	535
APÉNDICE 16 : DISPERSIÓN DE TASAS DE INTERÉS EN PRÉSTAMOS A LA CARTERA DE CONSUMO	549
BIBLIOGRAFÍA.....	559
ÍNDICE DE NOMBRES.....	575

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro 1 – Los contratos parciarios	260
Cuadro 2 – Clasificación de las obligaciones	271
Cuadro 3 – Contabilidad: Reglas para el uso de cuentas	289
Cuadro 4 – Registración en cuentas iniciales	291
Cuadro 5 – Balance inicial	291
Cuadro 6 – Registración de movimientos en cuentas y balance resultante	292
Cuadro 7 – Otras registraciones contables y su balance respectivo.....	293
Cuadro 8 – Origen y aplicación de los recursos financieros.....	295
Cuadro 9 - Ejemplos para el cálculo del beneficio neto de una empresa.....	320
Cuadro 10 – Ejemplos de cálculo de ROA y ROE	321
Cuadro 11 – Curva de capitalización de intereses con tasas moderadas	345
Cuadro 12 – Capitalización de intereses con tasas elevadas.....	346
Cuadro 13 – Comparación: evolución de tasas moderadas y capitalización simple y compuesta	348
Cuadro 14 - Comparación de la evolución de tasas elevadas frente a la capitalización simple y compuesta.....	349
Cuadro 15 – Comparación: Tasas de Interés con Riesgo País e Inflación (Información completa).....	388
Cuadro 16 – Comparación: Tasas de Interés, Riesgo País e Inflación (excluidos valores extremos del defalut).....	389
Cuadro 17 – Compración: Tasas de interés y Resultado Fiscal (enero de 1998 a junio de 2009).....	390
Cuadro 18 – Compración: Sólo Tasa Prime BCRA y Resultado Fiscal (enero de 1998 a junio de 2009)	391

INTRODUCCION

“...el doctor Franz Kuhn atribuye a cierta enciclopedia china que se titula Emporio celestial de conocimientos benévolos... que los animales se dividen en (a) pertenecientes al Emperador, (b) embalsamados, (c) amaestrados, (d) lechones, (e) sirenas, (f) fabulosos, (g) perros sueltos, (h) incluidos en esta clasificación, (i) que se agitan como locos, (j) innumerables, (k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, (l) etcétera, (m) que acaban de romper el jarrón, (n) que de lejos parecen moscas.”

(Jorge Luis Borges, “El idioma analítico de John Wilkins” en “*Otras inquisiciones*”, 1952, *Obras Completas*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 708)

El presente trabajo tiene por objeto ahondar en el análisis de un problema que ha estado generalmente dominado por la influencia de disputas de un alto grado de emotividad, como ha sido a través de los tiempos el problema de los intereses. Primero el de su prohibición, y ahora relativo a la legitimidad de su cuantía.

Una consecuencia de tales disputas, sobre la que no se ha hecho suficiente hincapié, es la relativa a la fragmentación de las figuras contractuales que dan satisfacción a la función económica del otorgamiento de *crédito*, que no ha sido seguido de un tratamiento normativo homogéneo para situaciones sustancialmente idénticas.

En el presente trabajo se entenderá por contratos que implican otorgamiento de *crédito*, aquellos en los que una parte entrega a la otra una prestación (que se llamará generalmente *capital*) a la par que acepta diferir la exigibilidad de la restitución de la contraprestación correspondiente, compensando la privación del uso de ese capital mediante la retribución con una prestación adicional que cumple la función de *renta* o *interés*.

Como consecuencia de la aludida falta de uniformidad de tratamiento normativo, para obligaciones provenientes de diferentes figuras jurídicas, pero de equivalente función económica (la concesión de *crédito*), el presente trabajo se propone indagar respecto de las causas de tales disparidades, así como buscar un mecanismo de superación de dicha situación.

Constituyen ejemplos de tales situaciones en que existe un tratamiento normativo diferente, para situaciones de idéntica función económica, las siguientes: los límites máximos

admisibles en las tasas de interés aplicables a contratos celebrados bajo la forma de *mutuos*, respecto del régimen que se les aplica a las *compraventas a crédito*, por un lado, y los contratos de *descuento*, por otro; diferente forma de aplicar la regla de la prohibición del *anatocismo* entre el *mutuo* y el *depósito irregular*; normas distintas sobre la ejecución por incumplimiento en los *mutuos con garantía hipotecaria*, y el *leasing inmobiliario*; las situaciones limítrofes entre el *mutuo* y la *sociedad*, que en casos dudosos (tales como la entrega de dinero para aplicar a un negocio explotado por una *sociedad de hecho* por parte de un socio, o por una *sociedad accidental o en participación*; las entregas de fondos a sociedades regularmente constituidas, bajo la forma de *aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital*) tendrán diferente regulación, según se las encuadre como relaciones enmarcadas en el ámbito del *mutuo* o de la *sociedad*.

La propuesta de este trabajo para intentar superar esta situación, es que el reagrupamiento de tales situaciones de igual función económica bajo una única figura conceptual que las englobe, habrá de ayudar a tener un punto de vista más comprensivo de un panorama actualmente distorsionado por la influencia de factores históricos que hoy ya no deberían influir sobre nosotros. Ello supone la reclasificación de todas las situaciones generadoras de obligaciones de pagar una renta o interés, bajo la categoría que se propone denominar “obligaciones financieras”.

Para ello, se propone el abordaje del problema mediante el tratamiento de los siguientes aspectos.

Primero, uno de orden metodológico, a los fines de precisar el alcance y función de las clasificaciones y los conceptos en la ciencia jurídica, en razón de la función de síntesis y generadora de nuevos puntos de vista, que cumple una determinada agrupación de un material de estudio, sobre otra u otras.

El segundo aspecto habrá de comprender el análisis histórico del problema de la prohibición de los intereses, con particular referencia a las fuentes poco conocidas de este proceso (la mayoría de las cuales se incorporan como apéndices del trabajo). Esta revisión se justifica en que el proceso de fragmentación de las figuras contractuales que permitieron la circulación del crédito, estuvo marcadamente influido por el propósito de eludir la prohibición de los intereses, de modos más o menos disimulados.

El tercer aspecto comprenderá la muestra del mecanismo de fragmentación de las diversas formas jurídicas de circulación del crédito, partiendo de la evolución de figuras básicas tales como el *mutuo*, la *sociedad* y la *compraventa a crédito*.

En cuarto lugar, habrá de efectuarse un análisis crítico del sustrato lógico que ha presidido el proceso de revestir de “formas jurídicas” a las conductas sociales típicas que se han ido legitimando como “contratos” a lo largo del tiempo. Luego de someter a juicio dicho proceso, se habrá de analizar la búsqueda de un criterio superador del confuso estado de cosas al que se ha arribado en este aspecto.

En quinto y último lugar tendrá lugar un análisis de lo que se entiende que es el resultado del punto de vista que se obtiene luego de unir lo que el tiempo trabajosamente buscó separar, con el propósito de ocultar diferencias de tratamiento normativo (en orden a la prohibición o permisión de intereses) basadas en criterios cuyo verdadero fundamento no era posible explicitar. Para ello habrá de exponerse por separado los dos elementos de la obligación *financiera*, por un lado el *capital* y por otro la *renta o interés*.

PARTE I: PRECISIONES METODOLOGICAS

CAPITULO 1: METODOLOGÍA DE LAS CIENCIAS

§ 1. Comparación de la metodología usada por las distintas ciencias

Es sabido que el grado de desarrollo de las distintas disciplinas científicas no es uniforme.¹ No todas han alcanzado métodos que aseguren que siguiendo cada uno de sus pasos, se pueda arribar necesariamente a la solución buscada (esto es lo que se conoce como método “algoritmizable”), ni la posibilidad de la formalización lógico–matemática.²

No cabe duda de que la ciencia jurídica no ha alcanzado los estadios más altos de dicha evolución. En este sentido es de destacar que muy recientemente se han desarrollado las primeras formulaciones teóricas que podrían permitir a nuestra disciplina avanzar en el camino hacia la sistematización axiomática, en aquellos aspectos susceptibles de aceptar tal tratamiento.³

Pero la sistematización axiomática de la totalidad de los problemas actuales de la ciencia jurídica no parece alcanzable, al menos por ahora; no por una cuestión de tiempo, sino por la naturaleza de esos mismos problemas a resolver.⁴

¹ Bunge, Mario, *Seudociencia e ideología*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, ps. 27 a 30.

² En tal sentido se ha manifestado que las distintas etapas que se pueden señalar a lo largo de la historia de las ciencias (aun cuando no todas las ciencias que han llegado al último estadio hayan pasado por cada uno de los estados intermedios) es la siguiente: una etapa meramente *descriptiva*; una segunda *taxonómica* o *clasificatoria*; luego una llamada *legal* (caracterizada por la atribución de relaciones de causa-efecto a los fenómenos antes aislados en categorías); en cuarto lugar la etapa de la *medición* o *cuantificación*; luego la formalización (introduce el cálculo); y por último la axiomatización (sistematización a través de la derivación de las consecuencias de la base axiomática, obtenidas mediante ciertas reglas de transformación), conf. Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V., *Introducción al conocimiento científico Apéndice: La ciencia*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1984, ps. 35 y sig.

³ Tal el caso de la lógica deóntica a partir de von Wright; y en nuestro medio los estudios de Alchourrón y Bulygin en metodología de las ciencias jurídicas y de Guibourg, sobre formalización de conceptos (Von Wright, Georg Heinrich, *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963 (tr. castellana de Pedro García Ferrero, *Norma y acción: Una investigación lógica*, Madrid, ed. Tecnos, 1970; Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1974; Guibourg, Ricardo A., “La nulidad y su definición”, en AAVV, *Derecho Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1976, p. 7).

⁴ En efecto, una serie de tareas previas a la sistematización carece de “procedimientos efectivos de solución”. Ello quiere decir que no existen reglas que determinen unívocamente cada uno de los pasos del procedimiento que conduzca a la solución buscada. Tal es lo que sucede con la identificación de todos los enunciados de derechos válidos (“fuentes”), relevantes para solucionar un caso; o la determinación de las circunstancias definitorias de esos “casos” (o sea, separar una categoría de situaciones, por el hecho de merecer una distinta solución normativa en términos de prohibición, permisón u obligación); o la solución de los problemas de indeterminación semántica (ambigüedad y vaguedad de los conceptos jurídicos), etc. Ninguna de estas cuestiones se soluciona “mecánicamente” (Alchourrón y Bulygin, ob. cit. ps. 133 a 137). O dicho en otras palabras, hay cuestiones que no son susceptibles de una “respuesta única”.

§ 2. Distintas aplicaciones de los conceptos y las clasificaciones en las ciencias

Habida cuenta de lo expresado en el párrafo anterior, merece tratarse con algún detenimiento –por su relación con las posibilidades de la ciencia jurídica– lo referido a la fase clasificatoria de las ciencias (ver nota 2).

Un antecedente que no puede dejar de citarse en la historia de la evolución de las ideas relativas al papel de las clasificaciones, es el de la *dialéctica* platónica. Es materia controvertida el alcance que el método dialéctico tuvo en Platón. Tampoco parece posible reducir a un único sentido el que Platón daba a su método. Su filosofía, en general, no puede ser entendida bajo la forma de un sistema cerrado.⁵ Al respecto se han señalado al menos dos formas principales, en las que Platón usaba la expresión “dialéctica”. En ciertos diálogos (como el *Fedón*, el *Fedro* y en parte la *República*), la dialéctica es un mecanismo de ascenso de lo sensible a lo inteligible (entendida esta expresión, en el sentido de captación directa de ciertas realidades, por medio del intelecto).⁶ Esto se relaciona con la “teoría de las ideas” de Platón.⁷ El origen de esta teoría parece relacionarse –sintetizando las cosas– con el interés de Platón por las indagaciones de Sócrates acerca de los conceptos generales de la ética; y esto, a su vez vincularse con una inclinación de aquél (fundada en la tradición filosófica griega), de considerar que allí donde existe un conocimiento, debe existir un objeto susceptible de ser conocido. Este parece ser el origen de las indagaciones sobre la justicia “en sí”, la piedad “en sí”, la valentía “en sí”.⁸ Un ejemplo de este estilo de dialéctica aparece en el siguiente pasaje del diálogo *Fedón*:⁹

« –Considera entonces –dijo Sócrates [dirigiéndose a Cebes]– si en lo que viene a continuación de esto compartes mi opinión. A mi me parece que si existe otra cosa bella aparte de lo bello en sí, no es bella por ninguna otra causa, sino por el hecho de que participa de eso que hemos dicho que es bello en sí. Y lo mismo digo de todo. ¿Estás de acuerdo con dicha causa?

–Estoy de acuerdo– respondió [Cebes].

⁵ Jaeger, Werner, *Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen*, 1933-1945 (tr. castellana de Joaquín Xirau –libros I y II– y Wenceslao Roces –libros III y IV– *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1957, 2ª edición 1993), ps. 459 y 450.

⁶ Ejemplo de este sentido de la expresión “dialéctica”, aparece en Platón en diálogos como el *Fedón*, el *Fedro*, y la *República*. (Ver Ferrater Mora, José, voz “Dialéctica”, en *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 4ª edición, 1982, vol. I, p. 796 y sig.).

⁷ Los términos *idea* y *eidos* en griego provienen ambos del verbo *iden* que significa “ver”. Antes de que la filosofía griega le diera a estos términos un significado particular, significaban lo *visto sensible*. Luego de Platón, pasan a significar la “forma interior” (naturaleza o esencia de las cosas, el verdadero ser de las cosas). Pero el aporte específico de Platón, implicó que estas expresiones pasaran a significar “vista de la mente” o “vista del alma”; la capacidad del intelecto de captar la “esencia” de las cosas” (Reale, Giovanni, *Platone. Alla ricerca della sapienza segreta*, Milan, Rizzoli, 1998 –tr. española de Roberto Heraldo Bernet, *Platón. En búsqueda de la sabiduría secreta*, Barcelona, Empresa Editorial Herder, 2001–, p. 182.

⁸ Jaeger, *Paideia*, ps. 484/5.

⁹ Este diálogo se sitúa en el momento en que Sócrates va a ser ejecutado, luego de la condena del tribunal ateniense, mediante el suministro de cicuta, y este se encuentra rodeado de sus discípulos. Naturalmente los discípulos están muy tristes por la situación de Sócrates, y éste trata de persuadirlos de que la muerte que está por enfrentar no es motivo de preocupación para él. En ese intento de persuasión surge la discusión acerca de la inmortalidad del alma y los intentos de Sócrates por demostrar este punto mediante argumentos racionales. Ante el planteo de uno de sus discípulos, en cuanto a las dudas que le dejaban los argumentos de Sócrates, éste trae a colación el vivo interés que le habían despertado en su juventud los llamados filósofos de la naturaleza, y su interés por descubrir la verdadera causa de todas las cosas. En este punto, es que se produce la parte del diálogo que se transcribe en el texto.

En tal caso –continuó Sócrates– ya no comprendo ni puedo dar crédito a las otras causas, a esas que aducen los sabios. Así, pues, si alguien me dice que una cosa cualquiera es bella, bien por su brillante color, o por su forma, o cualquier otro motivo de esta índole (mando a paseo a los demás, pues me embrollo en todos ellos), tengo en mí mismo esta simple, sencilla y quizá ingenua convicción de que no la hace bella otra cosa que la presencia o participación de aquella belleza en sí, la tengo por donde sea y del modo que sea. Esto ya no insisto en afirmarlo; sí, en cambio, que es por la belleza por lo que todas las cosas bellas son bellas. Pues esto me parece lo más seguro para responder, tanto para mí como para cualquier otro, y pienso que ateniéndome a ello jamás habré de caer, que seguro es de responder para mí y para otro cualquiera que por la belleza las cosas bellas son bellas...»¹⁰

En otros pasajes Platón alude a la dialéctica como una forma de deducción racional, que permite distinguir ideas (o conceptos) entre sí. Este otro enfoque constituye un antecedente de la actividad clasificatoria.¹¹ Un ejemplo de este uso, aparece en el diálogo *El sofista*, en boca del Extranjero, a quien se le pidió que dé una explicación de qué entiende por “sofista”:

«Dividir las cosas de esta manera por géneros y no tomar en manera alguna por otra una forma que es idéntica, ni tomar por idéntica una forma que es distinta, ¿acaso no vamos a decir nosotros que esta es la obra característica de la ciencia dialéctica?» ... «Puesto que, y estamos en ello perfectamente de acuerdo ahora, entre los géneros, unos se prestan a una continuidad recíproca y los otros no, comunidad que algunos admiten respecto de algunos, otros respecto de muchos y otros, finalmente, penetrando en todo y todas partes, no encuentran nada que les impida entrar en esa comunidad con todos: no nos queda más que dejarnos conducir por el hilo de la argumentación, prosiguiendo nuestro examen...» «Esforcémonos, pues, nuevamente, dividiendo en dos el género propuesto, en avanzar siguiendo siempre la parte de la derecha de nuestras divisiones, ateniéndonos a lo que ellas ofrezcan de común con el sofista, hasta tanto que, habiendo despojado a este de todo lo que en él haya de común con otros, no le dejemos más que su naturaleza propia. De esta manera podremos hacerla evidente, ante todo a nosotros mismos, y, luego, a los que tengan las más cercanas afinidades de linaje con un método de esta clase.»¹²

En otros pasajes –y esto es muy importante para el antecedente que se quiere establecer–, Platón describe la “dialéctica” como un proceso mental de “sinopsis”, “como la visión conjunta de los rasgos comunes en una pluralidad de fenómenos que se encuadran dentro de una misma idea”.¹³ Un ejemplo de ello se encuentra en la *República*, cuando describe su proyecto de educación para el estado ideal:

«–Transcurrido este período –agregué–, los elegidos de veinte años recibirán mayores honores que los demás, y todos aquellos conocimientos adquiridos profusamente en la niñez los obtendrán ahora en una visión sinóptica de las relaciones entre unas y otras ciencias y entre estas y la naturaleza del ser... Y así también –añadí– la mejor prueba de una naturaleza dialéctica. Porque reúne las condiciones del dialéctico el que posee la visión de conjunto de las cosas, y no las reúne aquél que no las alcanza.»¹⁴

¹⁰ Platón, *Fedón*, 100 b-e, *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1988, p. 641.

¹¹ En este sentido de “dialéctica” como método de deducción racional, se ha sostenido que “...la dialéctica permite discriminar las Ideas entre sí y no confundirlas. Claro está que ello no tiene lugar sin muchas dificultades, lealmente reconocidas por Platón... En efecto, una vez discriminadas las Ideas... se trata de saber cómo pueden combinarse. Si todas las Ideas fueran completamente heterogéneas unas a otras, no habría problema. Pero tampoco habría ciencia. Si todas las Ideas se redujeran a una sola Idea... no podría decirse de lo que es más que lo que dijo ya Parménides: que «es». La cuestión es, pues, cómo la dialéctica hace posible una ciencia de los principios fundada en la idea de la unidad. Una de las soluciones más obvia consiste en establecer una jerarquía de las Ideas y de principios, de la que la doctrina de los *superum rerum genera* constituye un ingrediente esencial.” (Ferrater Mora, voz “Dialéctica”, en cita de nota 6).

¹² Platón, *El sofista*, 253 b.

¹³ Jaeger, *Paideia*, p. 555.

¹⁴ Platón, *República*, 537 c, *Obras completas*, p. 792.

Otros pasajes de Platón confirman esta visión de la dialéctica como herramienta apta para captar la síntesis sobre una idea o cuestión.¹⁵

En buena medida la interpretación moderna de la dialéctica platónica, es debida a que la comprensión de Platón ha sido hecha muchas veces a través de nociones lógicas de Aristóteles. Aristóteles estaba muy familiarizado con el “concepto” lógico. Y según la perspectiva de Aristóteles, “Platón había convertido los conceptos generales en entidades metafísicas, asignándoles una existencia independiente aparte de las cosas percibidas por los sentidos”; sin embargo, “el concepto lógico aparece todavía completamente envuelto para él [Platón] en el ropaje de la idea”.¹⁶ Esto habrá de explicar seguramente que modernamente se asocie la teoría de las ideas platónica con la metafísica. Y que el propio Aristóteles designara con el término “dialéctica” una cosa distinta del sentido que había tenido para Platón, vinculada más bien con la persuasión, y difícil de separar de la retórica. Así fue como fue perdiendo interés en la posteridad –salvo algunas excepciones– este método, tal como lo había concebido Platón.¹⁷

Dejando para el capítulo siguiente lo relativo a las influencias de la dialéctica platónica en la ciencia jurídica, es del caso referirse ahora a repercusiones modernas de esta idea relativa a cómo la adopción de puntos de vista que tengan la aptitud de brindar una visión de conjunto de las cosas, es productora de nuevos conocimientos. En esta línea es importante mencionar un caso –aunque ajeno al uso de las “clasificaciones”– como es la función analógica y evocadora de relaciones que tienen los “modelos” en la *teoría general de sistemas*, tales como por ejemplo los originados en la biología, y que son aplicables a la cibernética.¹⁸

Otro antecedente de interés –ahora sí nuevamente relacionado con las clasificaciones– es el de la técnica de elaboración de *mapas conceptuales*, desarrollada por Joseph D. Novak a los fines de la representación gráfica del conocimiento, basada en las teorías de David Ausubel sobre

¹⁵ Platón, *Menón*, 72 a-b, 74 b, 75 a y *Fedro*, 265 d.

¹⁶ Jaeger, *Paideia*, p. 554. Sobre la noción de *idea* en Platón, ver lo expuesto en nota 7.

¹⁷ Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971, ps. 49 a 51.

¹⁸ von Bertalanfy, Ludwig, *Perspectives on General System Theory. Scientific Philosophical Studies*, George Braziller Inc., New York, 1975 (tr. castellana de Antonio Santisteban, *Perspectivas en la teoría general de sistemas. Estudios científico-filosóficos*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 2ª edición castellana de 1982), p. 94 y sig. El autor manifiesta que “Un modelo teórico es una construcción conceptual que refleja clara y esquemáticamente ciertos aspectos de un fenómeno natural y que permite hacer deducciones y predicciones comprobables”. Sin atarse a definiciones rigurosas, dentro de las características de un modelo teórico, el autor señala: a) el carácter “como si” del modelo, b) su origen en una creación conceptual libre que no puede derivarse de hechos experimentados, y c) su indole no monopolística (esto es, que permite el uso de modelos alternativos en las explicaciones científicas).

Otro ejemplo de “modelos” es el descrito por Edward de Bono, para evocar la función de los conceptos en la metodología de las ciencias, con elementos de la vida cotidiana, aunque con un propósito más general. Dicho modelo describe la función auto-organizadora de la información que cumplen los conceptos en el pensamiento humano en general. Lo constituye una cierta cantidad de agua al caer sobre una superficie de una tela de polietileno extendida a su vez sobre una estructura constituida por alfileres clavados a intervalos regulares sobre una tabla cualquiera. Obviamente que el agua al caer no se va a repartir uniformemente sobre dicha superficie, sino que se ubicará en las depresiones que se formen en aquellos lugares en que la tela de polietileno ceda primero por el peso del agua. Luego, las futuras cantidades de agua que caigan sobre dicha superficie tenderán inmediatamente a ubicarse en aquellos lugares en que ya se formaron las depresiones, con preferencia a cualquier otro. Este sencillo modelo presenta una analogía con la forma en que el pensamiento humano organiza la información que accede a la memoria, sobre la base de la influencia que ejercen los conceptos ya establecidos (De Bono, Edward, *The mechanism of mind*, London, Penguin Books, 1969, parte uno, en particular capítulo 7, ps. 61 y sig).

el aprendizaje significativo (que ocurre cuando una persona consciente y explícitamente vincula nuevos conceptos a otros que ya posee).¹⁹

¹⁹ Novak Joseph D., “A science education reaserch program that led to the development of the concept mapping tool and a new model for education” en A. J. Cañas, J. D. Novak, F. M. González, *Concept Maps; Theory, Methodology, Technology Proc. of the First Int. Conference on Concept Mapping*, Pamplona, 2004.

CAPITULO 2: USO DE LOS CONCEPTOS EN LA TEORÍA JURÍDICA

§ 3. El método jurídico y la búsqueda de las “naturalezas jurídicas”

Lo antes dicho acerca de las distintas etapas de la evolución de la metodología de las distintas ciencias (§ 1), no significa disminuir el carácter “científico” de la ciencia jurídica. Aun cuando la elucidación teórica de la metodología usada por los científicos del derecho no arroja demasiada claridad, y la descripción de los métodos empleados por los protagonistas de tal actividad, en general no ha aportado luz sobre el particular, la cuestión no es nueva. La ayuda de la que se ha valido la ciencia jurídica desde los romanos hasta nuestros días (al menos en el área del llamado derecho “continental”), ha sido la de las clasificaciones: la sistematización (no axiomática desde luego) de los “conceptos jurídicos”.²⁰

Tradicionalmente dicha actividad ha consistido en la búsqueda de relaciones de distinto orden –entre otras las de supraordinación y subordinación– entre los “conceptos jurídicos”, para luego aplicar las “propiedades” (reglas) del concepto superior al inferior, y llenar así las “lagunas”. Esta tarea ha sido conocida corrientemente como búsqueda de “naturalezas jurídicas”.

Pero la metodología de la búsqueda de “naturalezas jurídicas”, requiere algunas aclaraciones.

La primera de ellas se refiere a la tendencia a asociar a las “naturalezas jurídicas” con “entidades” o “esencias”. En este aspecto hay que aclarar que la propia denominación de la metodología, como de búsqueda de “naturalezas”, oscurece el hecho de que puede encararse dicha tarea como una simple indagación de las relaciones entre definiciones o conceptos, en un plano meramente lingüístico, y sugiere –por el contrario– que tales “conceptos” tienen como contrapartida (referencia) “entidades” de existencia real. Por ello el recurso a las “naturalezas jurídicas” ha recibido críticas justificadas,²¹ y no menos justificadas defensas.²² Lo cual pone de manifiesto la necesidad de aclarar que en este trabajo se la utilizará en el sentido de que se trata de relaciones entre conceptos. Si bien el uso de la expresión “naturaleza jurídica” tiene la ventaja de contar con una antigua tradición, no hay que olvidar que la connotación de actividad

²⁰ Le Pera, Sergio, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 25 a 48.

²¹ Bulygin, Eugenio, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Colección Nueva Teoría, 1961.

²² Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 67 a 70.

especulativa vinculada con la búsqueda de esencias, que lleva asociada la palabra “naturaleza”, puede desorientar acerca de la índole del método.²³

La segunda advertencia relativa a la caracterización del método de búsqueda de “naturalezas jurídicas”, se refiere al papel de las clasificaciones en la ciencia jurídica. Se dijo que tal método consistía en buscar ciertas relaciones entre conceptos. Por lo tanto, si de conceptos se trata, el siguiente paso tendrá que ver con la forma en que se relacionan entre sí tales conceptos. Y esto no es otra cosa que un problema clasificatorio.

Se afirma comúnmente que las clasificaciones no son verdaderas ni falsas,²⁴ sino que pueden ser útiles o inútiles. Sin embargo, esta manera de ver las cosas no ha sido pacífica. Además de la confusión antes apuntada, relativa a la consideración de los “conceptos” como entidades de existencia real, poner distancia con otra corriente que consideró que las clasificaciones debían responder a estructuras que nos vienen impuestas por algún factor de naturaleza “pre-legal”, y por lo tanto inmodificable por el intérprete.²⁵ Un ejemplo moderno, demostrativo de la situación descrita, es el problema que se presenta actualmente entre nosotros, con la clasificación de las “sociedades” en la categoría de los “contratos”.²⁶

El tercer aspecto a destacar es el que se refiere a la índole del método. Los orígenes del método jurídico han sido identificados con el intento de Cicerón de dividir el derecho civil en sus géneros fundamentales y distinguir luego las partes de esos géneros.²⁷ Para ello se habría valido del método dialéctico de Platón, al que ya se hizo referencia (ver § 2).

Arnoldo Siperman agrega sobre el particular que la influencia griega entre los juristas romanos, se remonta a la segunda mitad del siglo II a. C. Por esa época empiezan a razonar valiéndose de herramientas tales como *divisio*, *distinctio* y *differentia*. Terminan obteniendo

²³ Por cierto que este trabajo se propone evitar que nuestra disciplina transite por un terreno vedado al dominio de la razón, y por ende se convierta en una “seudociencia” en la terminología de Bunge (Bunge, ob. cit., cap. 5, ps. 67 a 70).

²⁴ Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, Editorial Macchi, 1966, vol. I, p. 61.

²⁵ Con esto se quiere decir que si los resultados a que conduce clasificar un concepto dentro de un género superior determinado, con el correr del tiempo no son fructíferos, habrá que modificar la clasificación del concepto.

²⁶ La noción de contrato parece incluir dentro de sus características más obvias, según su acepción hasta hoy corriente, la de “pluralidad de personas”. Por aplicación del método de “inversión” le resultan aplicables a la “sociedad” (concepto inferior) las propiedades del superior, o sea el de acto jurídico celebrado entre una pluralidad de personas. Pero al seguir por este camino, e insistir en la necesidad de cómo mínimo dos socios, se dejan fuera de la figura a las sociedades de un solo socio, tales como las sociedades del Estado, o las subsidiarias totalmente controladas (Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979, ps. 97 a 98).

²⁷ En los *Diálogos del Orador* (I, 42, 188), Cicerón pone en boca de Craso, quien discurría acerca de los conocimientos que debía poseer el buen orador -entre los que incluía los del derecho civil- lo siguiente: “Sea pues, el fin del derecho civil la conservación de la legítima y acostumbrada equidad en las causas y negocios civiles. Distinganse luego los géneros, reduciéndolos a un número determinado y pequeño. El género abarca dos o más partes, que tienen algo de común, pero difieren en especie. Las partes están subordinadas al género de quien emanan, y por medio de la definición declaramos el valor de los nombres de género y especie. Es la definición una breve y circunscrita explicación de las propiedades de la cosa que queremos definir. Añadiría ejemplos, si no viera que hablo delante de vosotros. Ahora voy a explicar en breve lo que me he propuesto. Si algún día pudiera yo llevar a cabo lo que hace tiempo medito, o si no pudiendo hacerlo yo por ocupaciones o muerte, algún otro lo ejecutara, quiero decir, que dividiere el derecho civil en sus géneros, que son pocos, y distinguiese luego las partes de estos géneros, tendríais una perfecta arte del derecho civil, más grande y rica que difícil y oscura.” (Cicerón, *Obras Escogidas*, Buenos Aires, Lima Río de Janeiro, Caracas, Montevideo, México, Barcelona, Librería El Ateneo Editorial, 1965, p. 53). Ver también Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 26 y sig.

definitiones y *regulae*, aunque dada la alta valoración del carácter práctico que de su disciplina tuvieron los juristas romanos, no se dedicaron a acuñar definiciones y así conceptos esenciales como *actio*, *dominium*, *posesio*, *obligatio*, *contractus*, *delictum*, *heres*, siguieron sin ser definidos. Y citando a Fritz Schulz dice:

«De modo que bien ha podido decirse que “la introducción de la dialéctica fue para la jurisprudencia romana su verdadero fuego de Prometeo”. Su adopción en el ámbito de la jurisprudencia romana la convierte en una ciencia, en el sentido en que esta palabra es usada por Platón y Aristóteles. La jurisprudencia romana deviene lógica, adquiere unidad y cognoscibilidad y empieza a desarrollar algunos de los refinamientos que habrán de resplandecer en los tiempos clásicos. Esos ejercicios intelectuales no solamente permiten subsumir lo individual en la especie y ésta en el género. Lo especulativo se abre a la revisión de soluciones para lo que no ha acontecido, lo cual tiene una importancia revolucionaria en la formación de la ciencia jurídica romana y en el camino que conducirá a la noción de “ordenamiento jurídico”. Ello a pesar de que los juristas no hayan probablemente siquiera imaginado que este método pudiera conducir a un sistema cerrado, pues el crédito que le daban era, casi por el contrario, proporcionar dinamismo a un “sistema abierto”, apto para enfrentar la creciente multiplicidad de casos concretos.»²⁸

Cabe recordar en este sentido, que el aporte de la figura del pretor, en la Roma republicana, había contribuido a otorgar al Derecho Romano, adaptabilidad a los cambios sociales. Y esa adaptabilidad duró hasta ya entrada la época imperial. En el año 126 el emperador Adriano encargó la confección de un Edicto Perpetuo, expropiando así las facultades de los pretores de emitir su Edicto cada año (lo que aseguraba la flexibilidad de las soluciones).²⁹ Este momento coincide con el pináculo del desarrollo de la ciencia jurídica romana, conocida como el período de los juristas clásicos. Éstos, dice Siperman,

«Siguieron aplicando el método dialéctico que se había arraigado firmemente a partir del último siglo de la república, siempre tratando de evitar generalizaciones, que consideraban peligrosas, aunque cada vez con mayor dificultad para lograrlo, precisamente por la gravitación del instrumental científico empleado. Se abstuvieron como sus predecesores, de construcciones filosóficas; la ciencia legal romana era una ciencia eminentemente práctica. No se interrogaban por “fundamentos”, tan sólo buscaban el camino para la solución acertada de los conflictos.

«Sin embargo, no cabe deducirse de ello que se hubieran abroquelado en un casuismo poco compatible con la adopción de la dialéctica griega. Por el contrario, los juristas de la época van desarrollando, cautelosa pero firmemente, las categorías abstractas y los conceptos específicamente jurídicos destinados a convertirse, a través de una experiencia multiseccular, en un lenguaje técnico de uso obligado. Ese desarrollo de conceptos operatorios, raramente definidos en abstracto pero cada vez más amplia –aunque cuidadosamente utilizados–, se articula con una exigencia de justificación en la resolución de las controversias. De modo que una legalidad cada vez más técnica y refinada parece aportar racionalidad a la sustancia justificadora de los resultados a los cuales se llega. De todos modos es ésta una reflexión que tan sólo puede hacerse desde la perspectiva del tiempo: probablemente los juristas romanos la hubieran considerado ajena a la esfera de sus intereses corrientes.»³⁰

No hubo aportes significativos sobre la cuestión del método jurídico, en el sentido que venimos analizando, durante el resto de la antigüedad y la edad media. A partir del predominio

²⁸ Siperman, Arnoldo, *La ley romana y el mundo moderno – Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2008, p. 57.

²⁹ Siperman, ob. cit. ps. 33 a 37.

³⁰ Siperman, ob. cit., p. 67.

racionalista de la edad moderna, se produjo un abandono de la dialéctica. Recién en los últimos años se registra un nuevo interés en ella.³¹

Una de las fuentes de ese nuevo interés sobre la cuestión tuvo su origen en Chaim Perelman.³² Otro de los intentos de reflexión sobre el método jurídico que se relaciona con la dialéctica, es el estudio de Theodor Viehweg sobre las formas de pensamiento tópico o problemático, como clase opuesta al razonamiento axiomático–deductivo.³³

Pero se ha afirmado que ninguno de estos intentos arrojó luz suficiente sobre el problema del método, puesto que –en un caso– la contribución de la “dialéctica” en el sentido platónico, no puede verse limitada al mero aporte que la retórica brinda mediante el aprovechamiento de las emociones que despierta en el interlocutor las connotaciones de un término. Ello no abarca toda la riqueza de la problemática del método jurídico, pues deja de lado la ventaja que éste nos pone de manifiesto en cuanto a las múltiples y encubiertas relaciones de las distintas partes de un problema, explicitando el mayor número de relaciones e interrelaciones latentes, lo que facilita la comprensión del mismo.³⁴ En cuanto al otro de los intentos se dijo también que, al identificar “sistemático” con “deductivo”, dejaba de lado toda la “sistematización no deductiva”, y con ello toda la tradición clasificatoria de la cultura jurídica de origen romano.³⁵ Sobre la utilidad de las clasificaciones y los conceptos para brindar nuevos puntos de vista sobre los problemas, se volverá más adelante (§ 5).

Otra salvedad que es necesario efectuar, es la necesidad de no confundir la metodología tradicional de búsqueda de naturalezas jurídicas, con el uso meramente retórico de ciertos conceptos, que por sus connotaciones emotivas permiten resolver casos mediante el expediente de sostener que dicho caso se encuadra dentro de ese concepto con repercusiones positivas, sin

³¹ Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 26 a 48, y 55 a 61.

³² El autor citado relacionó a la dialéctica con el estudio de las formas de argumentación. Perelman, con la colaboración de Olbrechts-Tyteca se dedicó al estudio de la lógica de los juicios de valor propios del razonamiento jurídico. Llegó a la conclusión que en los casos de opiniones controvertidas, cuando se discute y se delibera, no hay ninguna lógica propia de ese razonamiento, sino tan solo el recurso a técnicas de argumentación. Esto no significa dejar librado a la emoción, a los intereses, y a la violencia, a los problemas concernientes a la acción humana. Por el contrario, la dialéctica, entendida en el sentido aristotélico como retórica, es la disciplina que estudia acerca de las formas de la argumentación. (Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid. Editorial Civitas, 1979, p. 135 y sig.; ver también Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 52 a 53).

³³ Para Viehweg el método jurídico es una forma de pensamiento tópico, donde se razona de manera problemática, mediante el empleo de ciertos puntos de vista o argumentos que tienen la particularidad de que si bien no son concluyentes de la controversia, permiten explicar las distintas vinculaciones y conexiones de una cuestión, o las diferentes maneras de abordarlo. Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 56 a 58; Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960,(4a. edición de 1979, tr. castellana de Marcelino Rodríguez Molinario, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. edición, Barcelona, Ariel, 1980), ps. 152 y sig.

³⁴ Sobre la función “sinóptica” de la dialéctica en Platón, ver § 2 y notas 13, 14 y 15. Ver también Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 54 a 55.

³⁵ Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, p. 60.

dar las verdaderas razones que fundan tal solución, o que en todo caso ocultan que dicha solución es el resultado de una decisión meramente discrecional.³⁶

§ 4. Las “naturalezas jurídicas” y las nuevas tecnologías

Un nuevo aporte descriptivo de la índole de tarea en que consiste el método jurídico lo ha dado el desarrollo de los denominados “sistemas expertos”, en cuanto ubican a la búsqueda de “naturalezas jurídicas” (usada la expresión sin resonancias metafísicas) como una técnica de agrupación del material de trabajo, conocida como descripción del conocimiento del dominio. Estos desarrollos resultan confirmados por estudios relativos a la forma en que actúa el pensamiento, relacionados con la creatividad.

Los sistemas expertos constituyen una técnica de “inteligencia artificial” que ha transitado por un terreno que se presta menos a las críticas que ha recibido esta última disciplina.³⁷

Básicamente, los sistemas expertos contienen datos, una teoría que intenta representar el conocimiento sobre el área o dominio en cuestión, y una estructura de control que resuelve en cada etapa qué regla del programa se aplica, según la naturaleza de la situación.³⁸

³⁶ Un ejemplo de este mecanismo –entre tantos otros– fue señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Automóviles Saavedra S.A.C.I.F v. Fiat Argentina S.A.C.I.F.”, del 4/8/1988, publicado en *Fallos*, 311:1337 (*Lexis Nexis*, N° 04_311v1t229), principalmente en su considerando 7°. Se discutió en ese caso la rescisión que efectuó la demandada de un contrato de concesión celebrado con la actora, mediante la invocación de ciertos incumplimientos contractuales de la concesionaria, así como en virtud de una facultad rescisoria unilateral pactada a favor de ambas partes, habida cuenta que el contrato carecía de plazo. El tribunal *a quo* –la Cámara Nacional de Comercio Sala B– había resuelto (ver considerandos N° 24 a 38 del fallo de Cámara publicado en J. A. 1988-I-225, *Lexis Nexis* N° 70033035) que tal cláusula rescisoria unilateral no era válida, porque al tratarse de un contrato de concesión concertado mediante cláusulas predisuestas por la parte fuerte del contrato, dicha cláusula rescisoria unilateral implicaba una violación de la regla moral, de la buena fe y del abuso del derecho. Para ello la Cámara empleó una extensa argumentación y fundamentación genérica sobre la importancia de tales principios (la regla moral, la buena fe y el abuso del derecho). Pero a juicio de la Corte, dicha invocación de estos tres principios carecía de referencia concreta a los hechos de la causa. Por ello la Corte sostuvo en el citado considerando 7° que “el a quo restó todo valor a una cláusula de un contrato, que es ley para las partes (art. 1197, Código Civil), con apoyo en principios generales, sin atender en forma concreta y precisa a las particulares circunstancias del sub lite. Al ser así –como se demostrará más adelante–, el pronunciamiento apelado satisface sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa... Si bien es cierto que determinar en qué clase de situaciones existe ejercicio abusivo de un derecho constituye una cuestión reservada a los jueces de la causa y ajena, por regla, a la instancia extraordinaria, el principio debe ceder cuando la decisión no se apoya en disposiciones normativas ni criterio alguno, sino que es el resultado de afirmaciones dogmáticas sustentadas en la sola voluntad de los jueces...”

Otro ejemplo que se relaciona directamente con los temas que se tratarán más adelante en este trabajo, es el análisis que hace Rodolfo Rotman (ver el artículo que se cita más adelante en nota 498) respecto de la fórmula “moral y buenas costumbres” de que hacen uso muchos jueces para ordenar la reducción de las tasas de interés. En efecto, dicha fórmula es inevitable que concite adhesión (¿quién podría estar en contra de ellas?). Pero la cuestión no respondida en tales fallos es concretamente por qué ciertos límites cuantitativos de tasas de interés, desprendidos de toda referencia a otras circunstancias de los casos que llevaron a pactarlas, son contrarios a dichos principios. y sobre la evolución del significado “emotivo” de la palabra “usura”, ver el artículo de Alberto Molinario que se citará más adelante en las notas 995 y 1010.

³⁷ Bunge, ob. cit., p. 237. Dentro de esta disciplina, los sistemas expertos constituyen una orientación opuesta a la inicial en materia de inteligencia artificial (que tendía a encontrar métodos de resolución de problemas de propósito general). En efecto, los “sistemas expertos” han tenido éxito en cuanto se han circunscripto a áreas de dominio restringidas, permitiendo que los no expertos puedan aprovechar parte del saber de los expertos en ciertas disciplinas, tales como el diagnóstico de enfermedades infecciosas (sistema MYCIN) deducir estructuras moleculares a partir de espectrogramas de base (sistema DENDRAL), etc. (Alty, J. L. y Coombs, M. J., *Expert Systems. Concepts and Examples*, Alty and Coombs, 1984 (tr. castellana de Ramón Pérez Muñoz y Pilar Rubio de Lemos, *Sistemas expertos. Conceptos y ejemplos*, Madrid, Díaz de Santos S. A., 1986, ps. 55, 91 y 92).

³⁸ Alty y Coombs, ob. cit., ps. 55 a 58.

El sistema de representación del conocimiento relativo al dominio o especialidad se logra generalmente mediante las clasificaciones de los objetos relativos al dominio en cuestión, así como de las relaciones entre tales objetos.³⁹ La técnica más usada para la representación del conocimiento, es la de las llamadas “redes semánticas”, que se basan en la simple y antigua idea ya existente entre los antiguos griegos, de que la memoria se compone de asociaciones entre conceptos.⁴⁰

Los que han intentado desarrollar sistemas expertos para tratar de emular la forma de resolver problemas no rutinarios a la manera que lo hacen los juristas dentro del sistema jurídico —o de la cultura— del llamado “derecho continental”, describen los pasos de la siguiente manera: en primer lugar el experto ha de construir un pequeño conjunto de normas (artículos o partes de artículos del código o ley pertinente, alguna disposición de tipo procesal, alguna regla contenida en alguna circular o disposición administrativa, eventualmente principios extraídos de alguna sentencia judicial, y hasta en algún caso, principios generales). De ese “pequeño sistema normativo”, el jurista empieza a extraer consecuencias normativas.⁴¹ Tenemos ya los datos básicos para la solución del problema con los que trabajará el jurista.

Para la representación del conocimiento jurídico la técnica usada también ha sido — como en otros tipos de sistemas expertos— la de las ya mencionadas redes semánticas, que básicamente es el ya conocido método de definición por “género próximo y diferencia específica”.⁴²

Como hemos visto hasta aquí, la tarea descripta no es otra que la actividad que desde los romanos viene realizando la ciencia jurídica, a partir del citado proyecto de Cicerón de división del derecho civil en sus géneros, y de distinción de sus especies.⁴³ Esto ha permitido afirmar a

³⁹ Esto coincide también con la teoría que sostiene que el pensamiento actúa sobre la base de identificación de modelos (ver De Bono, ob. cit., *pasim*).

⁴⁰ La estructura de una “red semántica” puede describirse como compuesta por dos puntos, o “nodos”, unidos por una “relación”. Los “nodos” representan conceptos, y las relaciones pueden ser de distintos tipos. La relación más importante es la llamada “es un”: o sea, la de ser miembro de una clase. Otro tipo de relación es la de “tener”, que indica que un concepto es parte de otro. (Alty y Coombs, ob. cit., p 63 y sig).

⁴¹ Martino, Antonio, “Sistemas expertos legales”, en *Informática y Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987, vol. I, p. 167 y sig.

⁴² Así, para representar el conocimiento jurídico relativo a la teoría del contrato, se dice que la compraventa es un *acuerdo de voluntades*, al que se le agregan tres características: “objeto comerciable”, “precio cierto” y “transferencia de la propiedad del vendedor al adquirente”: pero si se suprime la condición “transferencia de la propiedad” nos hallamos frente a un contrato de *locación*; si por el contrario se elimina el “precio”, se configura una *donación*; etc. (Martino, ob. cit., ps. 169 y 170).

Por supuesto que la representación del conocimiento jurídico no puede agotarse con el uso de la relación “es un” (de pertenencia a una clase). Ya había advertido Hart que para la definición de los conceptos jurídicos que constituyen la cúspide de la pirámide conceptual, la técnica de la definición por “género próximo y diferencia específica” se revelaba insuficiente. Recuérdese el análisis del citado autor en torno del concepto de *persona jurídica*, respecto del cual sugiere cambiar la pregunta “¿qué es una persona jurídica?”, por la pregunta “¿bajo qué condiciones las normas jurídicas atribuyen responsabilidades a las personas jurídicas?” (ver nota 628).

Veremos a más adelante las otras “relaciones” que sirven de base para construir una “red semántica”.

⁴³ Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 26 a 30.

quienes se han adentrado en el estudio de los “sistemas expertos”, que el lenguaje jurídico plantea un campo de aplicación privilegiado.⁴⁴

Por otra parte, el desarrollo de las redes semánticas para la representación del conocimiento jurídico en su aplicación a la informática, no se ha limitado exclusivamente a los sistemas expertos. Esta técnica ya se ha aplicado –en la informática jurídica documental– para la construcción de *thesaurus*.⁴⁵

Dentro de las técnicas empleadas por esta disciplina, es de destacar por su vinculación con la tesis propuesta, el uso de herramientas lingüísticas, tales como los tipos básicos de relaciones que pueden establecerse entre los vocablos.⁴⁶

La última etapa para la construcción de sistemas expertos se dijo que era la relativa a la “estructura de control”: la determinación de la regla a aplicar en cada etapa del procedimiento.⁴⁷ Para la solución de este tipo de problemas la inteligencia artificial ha tratado de desarrollar estrategias que permitan evaluar en cada etapa la probabilidad de éxito de los caminos que se exploran para tratar de obtener la respuesta buscada. Estas estrategias no garantizan la posibilidad del éxito, pero aumentan significativamente la probabilidad de obtenerlo. Se trata de las llamadas reglas *heurísticas*.⁴⁸

⁴⁴ Ello es así, puesto que nuestra ciencia junto con la economía, son las ciencias sociales mejor estructuradas, no obstante lo que muchos juristas piensan. (Martino, ob. cit., p. 169).

⁴⁵ Un “thesaurus”, es una lista de términos predeterminados, que a su vez cuenta con una serie de correlaciones entre cada uno de ellos, que se utiliza –entre otras cosas– para el archivo y recuperación de documentación. Dicho sistema funciona de modo tal que una vez que se archivó un documento bajo un término o voz de la lista por sus relaciones con el mismo, pueda ser recuperado reclamándolo no sólo por la voz original, sino por otra u otras distintas, en mérito a otras vinculaciones que el tema tratado en el documento pudo tener con otros temas distintos que aquél bajo el cual se archivó inicialmente. (López Muñoz Goñi, Miguel, *Informática jurídica documental*, Madrid, Díaz de Santos S. A., 1984, ps. 68 a 70).

Esta técnica de los *thesaurus* –también de uso antiguo– ha recobrado impulso a partir de la difusión de los ordenadores electrónicos, y ha sido aplicada por la “informática jurídica documental”, para la formación de bancos de datos de jurisprudencia (tal como el Sistema Argentino de Informática Jurídica, etc.), y de bibliografía.

⁴⁶ Tal el caso de las relaciones *sintagmáticas*, *paradigmáticas* y *asociativas*. Recuérdese aquí lo que antes se dijo acerca de las redes semánticas, en cuanto a que se componían de dos conceptos o “nodos”, unidos o enlazados por una “relación”. Dentro de las relaciones asociativas –que son las que interesan al tema en tratamiento– se encuentran: las de tipo *jerárquico* (la relación “es un” a que antes nos hemos referido), que establece vínculos verticales entre los términos (p. ej.: acto jurídico-contrato-mutuo). Las de *equivalencia*: establecen relaciones de sinonimia u horizontales (p. ej.: mutuo-préstamo). Las de *afinidad*, que ya no pueden representarse gráficamente en términos de verticalidad y horizontalidad, digamos que establecen relaciones cruzadas en el campo semántico, con base empírica de tipo subjetivo (p. ej.: en cuanto a los conceptos *mutuo-sociedad*, en tanto que el prestatario y el aportante a la sociedad esperan recibir una compensación en dinero, hay razones para suponer que dicha relación sea relevante como para señalarla). Y por último las de *conurrencia* (causa-efecto), que como las últimas, se podrían representar como relaciones “cruzadas” (p. ej.: incumplimiento-mora). López Muñoz Goñi, ob. cit., ps. 88 a 96. Comp. Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, p. 48.

⁴⁷ Recuérdese lo afirmado en el § 1, en cuanto a que en el conocimiento jurídico se encuentran a menudo problemas para los que se carece de un procedimiento de solución efectivo (tales como la determinación de las normas jurídicas que concurrirán a resolver un caso y las cuestiones de indeterminación semántica: ambigüedad y vaguedad).

⁴⁸ Tales reglas se caracterizan por la particularidad de evitar la necesidad de efectuar el rastreo de todas y cada una de las alternativas del “árbol” de posibilidades. Cuando nos enfrentamos a la necesidad de elegir opciones para sortear una dificultad, no todas las posibilidades lógicas nos serán de utilidad. En consecuencia, recurrimos a ciertas ayudas que nos permiten descartar las alternativas que de antemano podemos presumir que serán inútiles. (Alty y Coombs, ob. cit., ps. 81 y sig.; en especial p. 86.) Un ejemplo de lo expuesto es el recurso usual de imprimir en la parte superior de todas las hojas de un diccionario, o de la guía telefónica, la primera y la última palabra de cada hoja, con el objeto de evitar una búsqueda palabra por palabra, permitiendo así la eliminación de la consulta de las hojas innecesarias, limitándola en cambio a aquella dentro de la cual se encuentra la palabra buscada (Singh, Jagjit, *Great Ideas in Information theory, Language and Cybernetics*, Jagjit Singh, 1966 (tr. castellana de Ana Julia Garriga Trillo, *Ideas fundamentales sobre la teoría de la información del lenguaje y de la cibernética*, Madrid, Alianza Editorial, 1972, 4ª edición, castellana de 1982), p. 272 y sig., en especial p. 274.

La naturaleza de los recursos heurísticos varía grandemente de una actividad a otra, así como la eficacia de los mismos, o la probabilidad de obtener buenos resultados con ellos. En efecto, la aplicación de tales técnicas no impide que dentro de las alternativas descartadas como consecuencia de su utilización, se esconda alguna que podría haber resultado valiosa.⁴⁹

El éxito de las técnicas heurísticas estará asociado seguramente, a la aptitud puesta de manifiesto en la representación del conocimiento jurídico mediante redes semánticas (en el caso de la ciencia jurídica de raíz romanista, la clasificación del material en “naturalezas jurídicas”), puesto que –como ya se dijo– tales clasificaciones hacen explícitas las vinculaciones de una cuestión con otra, que han podido preverse de antemano, dentro del gran árbol de alternativas que se le plantean al experto (en nuestro caso el jurista) al comienzo del análisis del tema. Ello se logra mediante la agrupación del material de trabajo en función de ciertas particularidades de los “conceptos” que de antemano pueden suponerse relevantes a los fines de la solución de un problema.

La explicitación de las técnicas “heurísticas”, sin duda contribuirá a disminuir la dificultad que tradicionalmente han planteado los problemas de la clasificación de los llamados casos de “penumbra”.⁵⁰ Si bien no existe una forma matemática de resolver la clasificación de los individuos en los tipos, las reglas heurísticas permiten cuantificar las probabilidades de inclusión en tales categorías. Y esto en definitiva no es un problema exclusivo de la ciencia jurídica.⁵¹

Lo expuesto muestra a las claras que la importancia de las clasificaciones en la ciencia jurídica se relaciona tanto con el aspecto histórico, como con la posibilidad de contribuir a esclarecer la forma en que en realidad los “expertos” en derecho resuelven sus problemas.⁵²

§ 5. Algo más sobre la razón de ser de los conceptos en una teoría jurídica

Dicho lo expuesto, ha llegado el momento de relacionar lo antes expresado sobre la función sintetizadora de la dialéctica platónica (§ 2 y notas 13, 14 y 15) –en tanto fuente

⁴⁹ Para usar la gráfica expresión de Jagjit Singh, mediante la utilización de técnicas heurísticas puede ocasionalmente “tirarse al bebé con el agua de baño” (Singh, ob. cit., p. 274).

⁵⁰ Dicho en otras palabras, lo expuesto se refiere a la cuestión de aquellos casos que, aun cuando carezcan de algunos de los rasgos o características consideradas típicas, no por ello justifican su exclusión del concepto general, y que llevara a Larenz a denominar a los conceptos jurídicos como “tipos estructurales” (Larenz, ob. cit., p. 457 y sig.; Le Pera, *La “naturaleza jurídica”*, ps. 92 a 95).

⁵¹ Martino, ob. cit., p. 170.

⁵² Así ha podido decirse que “esta permanente explicitación del conocimiento retroaccionará a su vez sobre el conocimiento jurídico (feedback), lo que demuestra una vez más la existencia de aquella función de ‘espejo activo’ que tiene la informática sobre el derecho”. (Martino, ob. cit., p. 176).

inspiradora del proyecto de Cicerón acerca del método jurídico (nota 27)– con lo que se acaba de reseñar (§ 4) sobre la tarea de los juristas en tanto “expertos” en sus disciplinas, que para resolver casos, se sirven de la construcción de *teorías* que consisten en el establecimiento de relaciones entre los conceptos, que permiten aplicar técnicas *heurística* para seleccionar las reglas que contribuirán a resolver ese caso. Esta explicitación de las relaciones entre los conceptos, rememora la obtención del punto de vista o visión sinóptica de la dialéctica platónica, aunque a partir de la descripción que nos brindan quienes han estudiado la manera en que operan los “expertos”, vemos funcionar esas ideas sin las resonancias metafísicas de antaño.

La *teoría jurídica*, en el sentido recién señalado, hace las veces de un “mapa” que nos indica cómo llegar desde un lugar a otro dentro de un área determinada: los sitios de interés son los *conceptos jurídicos* (que forman parte de la teoría), y los distintos caminos que vinculan los sitios de interés son las *relaciones* (jerárquicas, de equivalencia o afinidad, etc.) entre tales conceptos. En lugar de un área geográfica representada por el “mapa”, la *teoría jurídica* describe sectores de las relaciones sociales relevantes para la regulación normativa, por parte de una comunidad jurídicamente organizada. Por otra parte, un mapa descriptivo de un área determinada debe servirnos para elegir diferentes caminos para llegar desde un sitio a otro (algunos caminos serán preferibles sobre otros, por su extensión, otros porque aún utilizando un mayor recorrido nos permitirá desplazarnos con mayor rapidez, otros porque en un mismo viaje podremos apreciar distintos sitios de interés sin tener que volver atrás, etc.). De la misma manera, una “buena” *teoría jurídica* debe permitirnos establecer distintas relaciones entre los *conceptos*, según cuáles fueren nuestros intereses.⁵³

Los *conceptos* en las *teorías jurídicas* son acuñados por los juristas. Pero también, a veces, el legislador se vale de esos mismos conceptos delineados en las teorías, a fin de asociarlos a reglas en las que se establecen consecuencias normativas. Encontramos ejemplos de *conceptos* utilizados en este segundo tipo, en diversas “figuras” legisladas: tal el caso de la compraventa, la donación, la locación, la hipoteca, etc. Es en este sentido veremos (§ 58) que los *conceptos jurídicos* son definiciones o especificaciones de un término (sus características definitorias) que “soportan” (se le aplican) propiedades (esto es prescripciones jurídicas).

⁵³ Se pueden establecer, desde luego, muchas analogías acerca de las *teorías jurídicas*. Al respecto es interesante destacar cómo una *teoría jurídica* (en tanto mecanismo de representación del conocimiento de un *dominio*) desarrolla la simple y antigua idea de que la memoria se compone de asociaciones entre conceptos (nota 40). Esto nos puede llevar a decir que si bien somos capaces recorrer un sitio nuevo para nosotros, sin la ayuda de un mapa (contratando por ejemplo un guía turístico), el mapa habrá de ayudarnos, luego de un viaje intenso en el que hemos recorrido numerosos sitios, a recuperar de la memoria las imágenes desordenadas que suelen quedarnos en tales circunstancias.

En efecto, la información que tenemos en nuestra memoria no nos es útil si no la podemos relacionar de alguna forma. Así es como las *teorías* o “grillas de categorías” son elementos indispensables para nuestra interpretación del entorno que nos rodea.

Es necesario ahora referirse a ejemplos de conceptos que no son objeto de definiciones legislativas y por lo tanto no son el “soporte” de prescripciones (consecuencias normativas). Ellos nos servirán de ilustración para ver su funcionamiento dentro de las teorías, y su función *heurística* sugerente de ideas acerca de los problemas.

Un caso lo tenemos con el concepto de *personalidad jurídica* (notas 628 y 634). Este es el caso de un concepto, útil para la *teoría jurídica*, que no tiene sin embargo asociadas consecuencias normativas. En tal sentido se ha dicho que es un concepto puramente clasificatorio, toda vez que si bien se lo utiliza para relacionar situaciones en las que se presenta algún grado de separación patrimonial, el alcance de dicha separación patrimonial no surge de consecuencias normativas asociadas por el legislador al citado concepto –que no define– sino de los atribuidos a otros tales como el de *sociedad anónima*, *fundación*, *fideicomiso*, *asociación*, etc. Por otra parte, hay situaciones de separación patrimonial que algunos denominan de “primer grado” (nota 634 mencionada) como es el caso de las sociedades comerciales con mecanismos de responsabilidad solidaria para todos o algunos de los socios, cuyo encuadramiento o no dentro de la categoría de *personas jurídicas* ha sido muy discutido en el derecho comparado; de la misma forma se discute entre nosotros sobre el encuadramiento o no de los *consorcios de propiedad horizontal*, dentro del aludido concepto, etc. En todos estos casos el grado (siempre variable) de separación patrimonial (otros autores prefieren hablar de un grado variable de capacidad), surge de prescripciones asociadas por el legislador a cada uno de estos otros conceptos y no al de *personalidad jurídica*.⁵⁴ No obstante la carencia de consecuencias normativas asociadas al concepto de *personalidad jurídica* (que el legislador ha asociado a los casos que la doctrina clasifica como tales: sociedades anónimas, fundaciones, asociaciones, etc.), la doctrina (y alguna vez el legislador) no deja de usar dicho concepto.

Otro ejemplo de concepto perteneciente a la *teoría jurídica* interesante de estudiar, es el de *empresa*. Desde comienzos del siglo XX la elucidación del mismo ha sido por demás conflictiva para la doctrina, no solo nacional sino comparada. No obstante, luego de muchos debates, análisis más recientes nos han permitido clarificar algunos aspectos sobre el particular.⁵⁵

⁵⁴ Cabe recordar aquí lo manifestado en el Proyecto de Código Civil elaborado por la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación” de 1987, artículo 34 inciso 5, y Notas Explicativas, capítulo II, apartado C (sobre las reformas en particular), punto 2, mencionado en la nota 634.

⁵⁵ En primer lugar, no hay un único significado del concepto empresa en los diferentes contextos jurídicos, sino diversos usos del mismo, dentro de los cuales se pueden señalar algunas afinidades. La definición clásica de este concepto se infiere de la que da el Código Civil Italiano de 1942: actividad económica organizada para la producción o el intercambio de bienes o servicios. Pero el concepto de *actividad* no es un término técnico jurídico, dado que no está suficientemente desarrollado por la doctrina y no se le pueden atribuir claramente relaciones con otros términos.

Por otra parte, la palabra “empresa” se suele usar o bien en el sentido de empresario y o bien en el de hacienda. En ambos usos, la estructura sintáctica normalmente empleada en distintos giros, coloca al sustantivo “empresa” de una forma tal que lo hace adquirir el rol de sujeto (en este sentido puramente lingüístico); de ahí ha sido fácil la asociación con la noción de sujeto de derecho o bien con la más familiar que acabamos de

Cabe preguntarse entonces, luego de dicho proceso, qué aporta este concepto a la *teoría jurídica*, en particular a la elucidación de un “mapa” de las relaciones patrimoniales en el marco de la actividad económica. Dicha pregunta parece por demás importante, habida cuenta de que, no obstante que las sucesivas vías por las cuales este concepto se introdujo en el vocabulario jurídico (acto subjetivo de comercio, sujeto del “estatuto del comerciante”, hacienda mercantil, patrimonio separado de las distintas explotaciones de un sujeto), parecen en vías de agotar su trascendencia o de ser sustituidos por otros, su uso (no solo en el lenguaje corriente sino también en el legislativo) sigue teniendo una importancia creciente.

La respuesta a este interrogante hay que buscarla en las consideraciones que se venían realizando sobre la función de los conceptos en la teoría jurídica, como “nodos” que a través de sucesivas “relaciones” se conectan entre sí para tratar de representar una determinada porción del conocimiento (en el caso el de la regulación jurídica de las relaciones económicas): este concepto permite explicitar relaciones –relevantes desde el punto de vista funcional– entre otros conceptos, que las corrientes relaciones jerárquicas (la de pertenencia a géneros de orden superior) no muestran. Tal el caso cuando “empresa” sustituye a *empresario*, porque aquí “empresa” alude a todo titular de una “empresa”, sea persona física o jurídica, y en este caso cualquiera sea la forma jurídica adoptada (eludiendo así la significación de “persona física” que connota “empresario”). Este uso es frecuente en la legislación laboral, administrativa y ha tenido una aplicación significativa en la terminología de la reforma de 1983 a la ley de sociedades, cuando en la regulación de las figuras de los contratos de colaboración empresaria, se habla de “empresas” y de “actividad empresaria” para referirse a la categoría que comprende a los partícipes de tales contratos, ya fueren “empresarios individuales” o estuvieren organizados bajo alguna forma societaria (arts. 367, 368, 378 inc. 8º, 379 y 381 ley citada). Por su parte, y probablemente por la connotación “patrimonial” del vocablo “empresa” (en su uso de *hacienda*), también permite comparar (reunir bajo un término común) formas de explotación económica que

comentar de persona jurídica. Sin embargo, cuando se habla del empresario como sujeto del conjunto de derechos y obligaciones conocido como “estatuto profesional” del comercio, sin duda que no constituye una nueva clase de sujetos de derecho (como no lo constituía el comerciante).

Tampoco cuando se habla de “empresa” en el sentido de hacienda –esto es el patrimonio especial relacionado con el desempeño de la actividad empresaria– cabe encuadrarla como sujeto de derecho, toda vez que más allá de cierto tratamiento unitario que le asignan las leyes a la transferencia conjunta de tales bienes, no alcanza ello a conformar “patrimonios” verdaderamente separados (más allá de algunos rasgos indicativos pero no suficientes en legislaciones del tipo de la alemana). Esta tendencia visualizada en la doctrina, terminó por diluirse a partir de la generalización de la técnica de la constitución de *sociedades anónimas*, para generar patrimonios separados a los fines de distintas explotaciones económicas. Por otra parte, la sorpresa generada porque un mismo ente (la “empresa”) tuviera la posibilidad de ser considerado tanto sujeto o como objeto de derechos, lo que pareció a muchos contradictorio, se disuelve a partir de las elucidaciones recientes sobre el concepto de personalidad jurídica (nota 640), que eliminan la necesidad de referirse a él como un “ente”, aceptando que puede hablarse de un simple término (técnico jurídico) que no alude a nada con “existencia” aunque sí con “significado” (nota 57).

Lo expuesto allana bastante el camino para aceptar que las diferencias en cuanto a la clasificación de la empresa (en su sentido de hacienda) como universalidad de hecho o de derecho, obedecen por un lado a la oscuridad existente sobre el alcance de estas dos categorías técnico-jurídicas, así como por otro a las diferentes características que le atribuyen los distintos modelos de legislaciones: bien un conjunto de bienes muebles –modelo francés–, o bien un cuasi “patrimonio especial” –modelo alemán– (Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Empresa, hacienda y fondo de comercio, capítulos V a VII, ps. 77 a 87).

recurren a diferentes mecanismos jurídicos de vinculación de los bienes afectados, como sucede con las *sociedades comerciales* y las *empresas estatales*.⁵⁶ En forma parecida, el concepto de *empresa* permite relacionar (tal como lo hace el artículo 6 de la ley 25.156 de Defensa de la competencia) operaciones económicas similares, tales como la “compra” de un *fondo de comercio (hacienda)*, la *fusión* por absorción de una sociedad comercial por otra o la compra del paquete accionario de una sociedad anónima (vínculos que explicita la expresión del inglés “mergers and acquisitions”), que según el criterio de las relaciones de “pertenencia” (a la clase jerárquicamente superior) no podríamos establecer, dado que a las *sociedades comerciales* se las encuadra en la categoría de los *sujetos de derecho* y a la *hacienda* no, según vimos.

Es útil ahora, efectuar otras comparaciones entre los dos ejemplos de conceptos de la *teoría jurídica* que venimos analizando. El concepto de *empresa* pertenece al lenguaje corriente, y el de *persona jurídica* no. Este último concepto, carece de “referencia semántica” (esto es, no hay cosas de “existencia real” mencionadas por este término, aunque sí tiene “significado”: nota 929), pero ello no constituye ninguna anomalía, puesto que como veremos (nota 628), muchos términos justifican la razón de su utilización en que son una manera de condensar ideas que de otra forma requerirían una larga exposición: en el caso de algunos términos *técnico jurídicos* su alcance es correlacionar ciertos hechos a los que las normas asignan ciertas consecuencias jurídicas; en particular se trata aquí de destacar que ciertos bienes habrán de responder por deudas, según un mecanismo distinto del principio general (“el patrimonio es prenda común de los acreedores”) y qué ello sucederá según la utilización de algún recaudo especial de “representación”. En el caso de *empresa*, puesto que sí es un término de uso común, y que además, en cuanto su uso en la teoría jurídica, tiene diversos alcances, su situación es distinta: no podemos decir sin más que carezca de “referencia semántica”.⁵⁷

Esta función de los conceptos, dentro de las teorías, es la que nos será de interés más adelante en este trabajo.

⁵⁶ Comp. Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Empresa, hacienda y fondo de comercio, capítulo IX, ps. 89 a 91.

⁵⁷ A partir de lo expuesto, cabe agregar que los términos de una teoría jurídica cuanto más técnicos y abstractos son, tanto más alejados están de la aplicación práctica y en los casos extremos llegan a carecer por completo de “referencia semántica” (o de extensión); solo cuentan con “intensión” (o sea, notas caracterizantes de su significado), como el caso analizado de *personalidad jurídica*. En el otro extremo, los términos no técnico jurídicos, están más cerca de la aplicación práctica, y por ende, cuando son objeto de definición en las leyes, éstas deben poner el acento en el aspecto “extensional”: esto es el alcance de las situaciones concretas que quedan comprendidos en la definición. (Martino, *Le definizioni legislative*, citada por Atienza, Manuel, ob. cit., p. 280).

PARTE II: EVOLUCION HISTORICA DEL PROBLEMA DEL INTERES

CAPITULO 3: POR QUÉ SE RESEÑA LA HISTORIA DEL INTERÉS

§ 6. Influencia de la legislación anti-usura en la estructura de los contratos de crédito

Puesto que el presente trabajo se propone plantear un punto de vista unificador respecto de las relaciones jurídicas que dan lugar a la circulación del *crédito*, que al día de hoy se muestran bajo el ropaje de situaciones que reciben distintos nombres y –frecuentemente– distinto régimen jurídico bajo cada una de tales denominaciones, tal como se dijo en la INTRODUCCION, es del caso empezar por encontrar el origen de ese proceso de fragmentación.

Se dijo que se entiende por circulación de *crédito*, aquellas relaciones en las que una parte entrega a la otra una prestación (*capital*) a cambio de la cual acepta diferir la exigibilidad de la restitución de la contraprestación correspondiente, siempre que a cambio de la privación del uso de ese capital, se le otorgue una retribución adicional a la restitución del *capital*, que cumple la función de *renta* o *interés*.

En consecuencia, para buscar el origen del proceso de fragmentación antes aludido, habrá de ser necesario remontarse al surgimiento de la prohibición de percibir intereses. Dicha prohibición –así como todo lo relativo al fenómeno de los intereses– se planteó como una problemática propia del contrato de *préstamo* o *mutuo*. Ello se manifestó en muchas legislaciones de la antigüedad, y se generalizó en Europa en la edad media cristiana.

Puesto que las circunstancias de la vida económica en la baja edad media hicieron difícil prescindir de mecanismos de retribución a los capitales, a los fines de permitir alguna forma de circulación de *crédito*, la atención dejó de limitarse al problema de los *intereses* en el *mutuo*. Y es aquí cuando la historia de la prohibición de los intereses, habrá de llevarnos a seguir el problema en otras figuras jurídicas.

Puesto que dicho proceso es sumamente complejo, y las fuentes primarias de conocimiento del mismo no están suficientemente difundidas en nuestro medio, habrá de ser necesario detenerse a estudiar con detalle el proceso que hubo de transitarse en la cultura occidental, desde la prohibición hasta la permisión de los intereses.

CAPITULO 4: LA ANTIGÜEDAD

§ 7. El código de Hamurabi (Babilonia)

Este código, que data aproximadamente de 18 siglos a. de C., corresponde a la civilización babilonia, que se desarrolló en Mesopotamia aproximadamente entre el 2000 a.C. y 1600 a.C. Babilonia fue probablemente la primer gran metrópoli de la humanidad. Y Hamurabi, fue el gobernante que dio la legislación que lleva su nombre. Está escrita sobre una gran piedra negra que hoy se exhibe en el Museo del Louvre. En dicha piedra, se ve la ilustración del dios Samash, dios del sol y la justicia, entregando las leyes al rey Hamurabi.

Esta legislación no prohibió el interés. Se acostumbraba entre los babilonios a realizar préstamos de cosas tales como cereales, sésamo, dátiles, aceite, lana, ladrillos y plata, o de bienes con aptitud cancelatoria de obligaciones (ciertos metales, etc.). Estos préstamos los realizaban los mercaderes (*damqarum* o *tamkarum*) o los templos que cumplían funciones de intermediarios financieros. Los préstamos podían ser gratuitos u onerosos.⁵⁸ Para los casos en que el préstamo llevaba intereses, la propia ley establecía su límite, así como el límite del precio de la retribución del médico, del veterinario, del albañil y del barquero.

En efecto, el Código de Hamurabi, en su párrafo 88 establecía:

«si un mercader ha prestado grano o plata con interés, recibirá por cada *gur* [unidad de capacidad equivalente a 300 *qa*, o sea 120 litros] de grano cien *qa* [o sea 0,4 litros, lo que hace un tercio del capital prestado] de grano como interés. Si presta plata con interés, por cada *siclo* [unidad de peso equivalente a poco más de 8 grs.] de plata recibirá un sexto de siclo y seis *she* [medida de peso equivalente a unos 47 mg., lo que hacía un tercio y un quinto] como interés».⁵⁹

Pero el concepto de interés tenía entre los babilonios una acepción más amplia que entre nosotros. Ellos no distinguían el “interés” de la “ganancia”. La palabra “*siptu*” designaba entre ellos el producto o acrecimiento del capital, sin distinguir según la naturaleza del capital prestado.⁶⁰

⁵⁸ Lara Peinado, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid, Editora Nacional, 1982, ps. 63/4.

⁵⁹ *Código de Hammurabi*, edición citada, p. 100, y notas 262 a 266 en p. 194.

⁶⁰ Cuq, Eduard, *Etude sur le droit Babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, p. 245 y 248, citado por Cardahi, Choucri, “Le prêt a interet e l'usure au regard des législations antiques de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, juillet-septembre 1955, p. 502.

§ 8. Leyes de Manú (India)

Esta antigua legislación hindú, según algunos data del siglo XIII a. de C.⁶¹ Corresponde a la influencia indoeuropea, esto es a la llamada influencia “védica” en dicha cultura.

Tampoco en esta legislación se encuentra una prohibición del préstamo a interés, sino que por el contrario lo reglamenta:

«El que prestó dinero, si tiene una prenda, debe recibir además de su capital, el interés fijado por Vasishtha; es decir, la octogésima parte de ciento por más o uno y cuarto.»

Prescribe igualmente que

«...si no tiene prenda, tome dos por ciento al mes, recordando el deber de las gentes de bien; pues tomando dos por ciento no es culpable de ganancias ilícitas.»⁶²

La reglamentación también tiene en cuenta la clase social a la que pertenece el prestamista (habida cuenta del sistema de castas que imperó en la cultura hindú), a los fines de determinar la tasa máxima de interés: dos por ciento mensual un Bracmán, tres por ciento un Chatria, cuatro por ciento un Vaisya, y cinco por ciento un Sudra.⁶³

Otras limitaciones a la tasa de interés surgían de la siguiente disposición:

«El interés de una suma prestada, recibido de una sola vez y no por mes o por día, no debe sobrepasar al doble de la deuda; es decir, no debe ascender a una suma mayor que el capital que se reembolsa al mismo tiempo; y tratándose del grano, de los frutos, de la lana o de la crin, de las bestias de carga, prestados para ser pagados en objetos del mismo valor, el interés debe cuando más elevarse hasta quintuplicar la deuda.»⁶⁴

Una disposición que llama la atención, habida cuenta del disfavor con el que se considera que fue tratado el interés en la antigüedad, es la que sigue:

«Cuando un hombre perfectamente al corriente de las travesías marítimas y de los viajes por tierra y que saben proporcionar el beneficio a las distancias de los lugares y el tiempo, fijan un interés dado por el transporte de determinados objetos, esta decisión tiene fuerza de ley con relación al objeto determinado.»⁶⁵

§ 9. Los hebreos

En el pueblo hebreo aparece el antecedente más antiguo en cuanto a la prohibición del préstamo a interés, aún cuando existen discrepancias respecto del alcance de dicha prohibición.

Así, en el *Éxodo*, 22–24, se dice que

⁶¹ Loiseleur Deslongchamps, A., *Leyes de Manú*, (tr. castellana de V. García Calderón, París, Garnier Hermanos, sin fecha) prefacio a la edición francesa, ps. VII a IX.

⁶² *Leyes de Manú*, edición cit., Libro octavo, N° 140 y 141, p. 247.

⁶³ *Leyes de Manú*, ed. cit., Libro octavo, N° 142, p. 247; comp. con el criterio similar que utiliza la constitución de Justiniano del 528, reproducida en el *Código*, Libro IV, Tít. XXXII, De los intereses, Ley 26, art. 1, en cuanto toma la profesión de las personas, o la actividad a la que dedicarán las sumas prestadas, para determinar la tasa máxima de interés (ver infra § 17).

⁶⁴ *Leyes de Manú*, ed. cit., Libro octavo, N° 151, p. 248.

⁶⁵ *Leyes de Manú*, ed. cit., Libro octavo, N° 151, p.248.

«Si prestáis dinero a alguno de mi pueblo, al pobre, vecino tuyo, no serás usurero con él, exigiéndole intereses.»

El citado texto corresponde a un período muy antiguo de la historia del pueblo hebreo.⁶⁶

Por su parte, en el *Levítico*, (25–25 a 37) se dice:

«Si un hermano tuyo hubiere contraído deuda contigo y no tuviere con qué pagar, lo sostendrás a título de huésped o inquilino de manera que pueda vivir contigo. No le prestarás dinero a interés ni le darás víveres a usura”...»;

y en el *Deuteronomio*, 23–20 y 21, se puede leer que

«...no exigirás interés alguno de tus hermanos ni por dinero, ni por víveres, ni por ninguna otra cosa que se suele prestar a interés. Puedes exigirselo al extranjero, pero no a tu hermano...»

No obstante ello, algunos entendieron que dicha prohibición no se habría limitado sólo respecto de los extranjeros. Para ello se apoyaron en textos que no se refieren expresamente al problema, sino por ejemplo, el caso de *Éxodo*, 22–20, en cuanto se dice que

«no maltratarás ni oprimirás al extranjero, porque también vosotros fuisteis extranjeros en tierra de Egipto”.⁶⁷

Palabras similares se encuentran en el texto de *Éxodo*, 23–9.

Otros han sostenido que esta prohibición no tenía el carácter de un precepto divino, sino tan solo de una regla civil, apropiada para un pueblo pequeño, pobre, más agrícola que comerciante, de un corazón duro y avaro, al cual era necesario suavizarle el carácter, y fortificarle los vínculos interiores.⁶⁸

Sobre el carácter avaro que se le atribuyó al antiguo pueblo judío, ilustra el pasaje del *Deuteronomio*, 15–7 y 8, que dice:

«Si hubiera en medio de ti un necesitado, uno de tus hermanos, en una de las ciudades de la tierra que Yavé, tu Dios te da, no seas inhumano ni niegues tu ayuda a ese compatriota necesitado, y le prestarás cuanto le falta.»

⁶⁶ Se ha sostenido que de haberse redactado la ley en el período más desarrollado en que el pueblo judío se había organizado como una monarquía, el interés no se habría prohibido (Johnson, Paul, *A history of the Jews*, London, Weinfeld and Nicolson, 1987 (tr. castellana de Anibal Leal, *La historia de los judíos*, Buenos Aires, Javier Vergara Editor S. A., 1991), p. 179).

⁶⁷ Spota, Alberto G. “El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-VI, ps. 75 y sig. (en particular, p. 81).

⁶⁸ Tal es la opinión de los primeros defensores de la permisón del interés, como el caso de Saumaise y Noodt, citados por Troplong, Raimundo Teodoro, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du Prêt*, Paris, Charles Hingray, 1845, ps. 244 y 245. Comp. Weber, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 1905, (2ª edición, 1920; tr. castellana de Luis Legaz Lacambra, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Sarpe, 1984), ps 65 y 66, quien destaca que la diferencia entre lo que él llama el “espíritu del capitalismo” moderno y la actitud “precapitalista” de tipo tradicional, es el hecho que en todas las épocas se registran casos en que se permitió el comercio con razas extrañas. Pero en estos casos la “moral exterior” se diferenciaba de la que regía entre hermanos. Por el contrario, cuando se impuso el “espíritu del capitalismo”, “no se siguió una valoración ética de esta novedad, sino que más bien se la toleró prácticamente, considerándose la o como algo indiferente desde el punto de vista ético o como cosa reprobable, aun cuando inevitable, por desgracia en la practica.”

Modernamente Paul Johnson ha sostenido, dentro de esta línea de pensamiento, lo siguiente: “los judíos soportaban la carga de una ley religiosa que les prohibía prestar con interés entre ellos, pero lo permitía con los extranjeros. Al parecer, la cláusula estaba destinada a proteger y mantener unida a una comunidad pobre cuya meta principal era la supervivencia colectiva. Por lo tanto, el préstamo correspondía al ámbito de la filantropía; pero uno no estaba obligado a ser caritativo hacia aquellos a quienes no conocía o no le importaba...” (ob. cit., p. 179).

Aparecen además en el Antiguo Testamento otras referencias sobre el particular, como por ejemplo en el salmo 14 de David, cuando se enumeran las condiciones para presentarse delante de Dios. Allí se dice:

“¿Quién entrará, Yavé, en tu casa, quién morará en tu monte santo? Aquel que anda sin tacha... que... no presta a usura su dinero...” (vers. 1 a 5).

En similares términos se expresa el profeta Ezequiel en el capítulo 18:

«Si un hombre es justo y observa derecho y justicia, (vers. 5)... si no presta con usura ni toma interés (vers. 8); ...tal hombre es justo y vivirá dice el Señor Yavé (vers. 9).»

Pero desde ya que los judíos debieron de hecho recurrir al préstamo a interés, como es de suponer.⁶⁹ Diversos pasajes bíblicos dan testimonio de que no se cumplía la ley.⁷⁰ Como contraposición a ello, se sabe que las autoridades religiosas intentaban ser estrictas en su aplicación. En este sentido, los dictámenes talmúdicos,⁷¹ muestran la preocupación por prohibir toda forma encubierta de cobro de intereses.⁷²

§ 10. Grecia

La historia de la Grecia antigua suele dividirse en los siguientes períodos: a) Un período *minoico*, entre el 3000 a. C. al 1500 a. C. aproximadamente. b) El período *micénico*, entre el 1500 a. C. y el 1200 a. C. c) La llamada *edad oscura*, entre el 1200 a. C. y el 800 a. C. d) La edad *arcaica*, entre el 800 a. C. al 490 a. C. e) La época *clásica*, entre el 490 y el 323 a. C. f) La época *helenística*, entre el 323 a. C. y el 31 a. C..⁷³

⁶⁹ Johnson, ob. cit., p. 179.

⁷⁰ Libro I de Samuel, 22,2; Libro II de los Reyes, 4,1; Isaías, 50,1; Ezequiel, 22,12; Nehemías, 5,1-13.

⁷¹ *Talmud* significa “estudio” o “aprendizaje”. Constituyen comentarios de la *Mishná* que consistían en determinaciones de la teoría legal a la luz de casos reales, realizados por eruditos, cuya compilación concluyó entre los siglos IV y V d. c.. A su vez la *Mishná*, que significa “repetición” o “estudio”, constituye la recopilación -en una etapa anterior al Talmud (siglo II d. C.)-, de estudios transmitidos primero oralmente, acumulados durante siglos, sobre los libros sagrados (el *Pentateuco* o *Torah*, y la restante ley escrita judía). Conf. Johnson, ob. cit., ps. 97 y 157/8.

⁷² Johnson, ob. cit., p. 179.

⁷³ Langer, William L. *An Encyclopedia of World History*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1940 (tr. castellana de la 5ª edición de 1970, de Javier Faci Lacasta y otros, *Enciclopedia de la historia universal*, Madrid, Alianza Editorial S. A., 1980), vol. 1, ps. 81 a 115 y 124 a 138.

El período *minoico* tuvo como epicentro a la isla de Creta (los palacios de Knosos, Festos, etc.), la escritura era el “linal A” aún no traducido.

El período *micénico* tuvo su centro de gravitación en Micenas (las ruinas descubiertas por H. Shliemann: los llamados tesoros de Atreo y máscara de Agamenón, etc.), la escritura de este período fue la llamada “lineal B”, traducida por Michael Ventris. Fue la época en que tuvo lugar la guerra de Troya.

La llamada *edad oscura* se inició a partir de la caída de los palacios micénicos, durante la que se habrían producido las invasiones doriae y no se registran documentos escritos (fue la época de transmisión oral de las hazañas de los héroes del período micénico, a través de rapsodas llamadas aedas).

La *edad arcaica* fue el período durante el cual empezaron a darse las condiciones de formación de las *poleis*, se da un surgimiento de la actividad económica, que acarrea problemas entre la antigua nobleza aristocrática y los plebeyos que prosperaron económicamente, se adopta el alfabeto fenicio adaptado al griego y se vuelca a la forma escrita la tradición oral de la guerra de Troya (Homero), comienza la reflexión sobre los problemas del cosmos, que se considera el nacimiento de la filosofía (filósofos presocráticos).

Para la *época clásica*, los hechos que se toman como hitos de principio y final, son por un lado las batallas de Maratón y Salamina, en la que los griegos rechazan la invasión persa y por otro la muerte de Alejandro Magno. Es la época de esplendor de Atenas y del máximo desarrollo de la polis griega; durante este período -conocido como el Siglo de Pericles, que gobernó en Atenas buena parte del mismo- se produce el gran desarrollo de las artes, la arquitectura (la construcción del Partenón), cambia el objeto de la reflexión de los filósofos (del cosmos del período

El derecho griego, hasta la época *arcaica*, había sido administrado por el soberano (*wanax* en el período micénico, el *basileus* durante la edad oscura) en forma oral y sobre la base de criterios de tradición. Recién empieza a pasar a la forma escrita en el período arcaico. Se conoce poco del proceso de tránsito de una forma a la otra. Asimismo son pocos los textos legales que se conservan de la antigüedad griega.⁷⁴ Pero la influencia griega en el derecho occidental moderno, es de suma importancia en lo que hace a la elaboración de los conceptos de justicia, estado de derecho, la distinción entre derecho positivo y derecho natural, el concepto de responsabilidad, etc., en tanto que luego fueron adoptados por los romanos.⁷⁵

En razón de lo expuesto, antes de empezar con el análisis del aporte de los antiguos griegos al tratamiento legal del interés y la usura, habremos de pasar una detallada revista a la evolución del concepto de *justicia* en esta cultura, para luego ver cómo se relaciona en ella este desarrollo, con el problema de los intereses.

En los documentos griegos más antiguos (volcados a la forma escrita en el siglo VIII a. C., pero que relatan hechos del siglo XII a. C.), como la *Iliada* (XV, 87 y 93; XX, 4) y la *Odisea* (II, 68) la palabra para expresar la noción de *justicia* era *Themis*. De acuerdo con la visión religiosa de este pueblo, según la cual la creación del mundo no es obra *ex nihilo* (de la nada) de ninguna divinidad extraña a ese mundo (como es el caso de la tradición judía y sus derivadas: la cristiana y la islámica), sino que los dioses eran potencias o fuerzas operantes en todos los órdenes de lo que para los modernos es la “naturaleza” y lo social. En este sentido *Themis* era una diosa (personificada), pero también llegaría a ser una de las formas de lo que hoy llamamos *Justicia*. Sin embargo, el papel de *Themis* en aquellas fuentes era secundario e incidental, lo que resulta demostrativo de la poca importancia que la misma tenía en la sociedad micénica, donde la justicia se impartía oralmente por parte de los reyes y señores nobles a súbditos que desconocían y no podían prever los contenidos de tales soluciones. *Themis* era *justicia* en sentido de autoridad impuesta a los súbditos.

En Hesíodo –autor del siglo VII a. C. aproximadamente perteneciente no ya al mundo de la nobleza sino al campesinado de Beocia–, al lado de *Themis* aparece *Dike*. Encontramos

anterior se pasa a los problemas del hombre: los sofistas y Sócrates) y la disciplina alcanza el punto más alto en la historia de Grecia con Platón y Aristóteles.

Para la época *helenística* el hito de inicio es la muerte de Alejandro Magno y el del final la batalla de Actio, en que el ejército romano de Augusto derrota a las fuerzas de Marco Antonio y Cleopatra, y desplazan en el Mediterráneo la influencia helénica hacia Roma. Es la época de la desaparición de la polis, el centro cultural de importancia se trasladó de Atenas a Alejandría (la gran biblioteca), y aparecen las escuelas filosóficas epicúreas, cínicas y estoicas, para dar satisfacción a las necesidades espirituales de hombres a quienes el centro de referencia de sus dioses, sus leyes, su cultura (la polis), había desaparecido.

⁷⁴ Jaeger, *Paideia*, p. 106. Ver también del mismo autor “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, traducción de A. Truyo y Serra, en *Revista de Estudios Políticos*, 1953, N° 67.

⁷⁵ Siperman, Arnoldo, ob. cit., capítulo 2, ps. 43 y sig.

referencias a Dike en las dos obras de este autor que han subsistido íntegras: la *Teogonía* y *Los trabajos y los días*. En Hesíodo, encontraremos un reflejo del estado de cosas propio del período antes denominado como *arcaico*.

La *Teogonía* es una cosmogonía (intento de racionalización) que presenta las genealogías de los dioses, tomando a este efecto parte del “fondo colectivo” ya existente en la *Iliada* y la *Odisea*. En esta explicación, el garante del orden del mundo, luego de diversas peripecias que siguieron a las primeras generaciones de dioses, es Zeus. De los diversos matrimonios de Zeus, en uno con Themis (la ya citada antigua expresión de la justicia en la *Iliada* y la *Odisea*), nació Dike que asume ahora el rol relativo a la Justicia, con un matiz particular.

En *Los trabajos y los días*, Hesíodo narra la historia de un pleito que mantuvo con su hermano Perses relativo a la división de la herencia del padre de ambos, con motivo de que Perses se había apropiado de una parte mayor que la que le correspondía. Como consecuencia de ello, Hesíodo le da una serie de consejos a su hermano sobre la conveniencia de no canalizar el natural deseo de progreso económico mediante la generación de pleitos injustos, sino a través del trabajo. En el medio de ese relato, aparece un significado específico y nuevo de *dike*. Este término es usado en este texto, relacionado siempre a contextos jurídico-procesales. Se utiliza para designar las resoluciones de los *basileus* (los reyes o nobles) que dirimen conflictos sobre la base de normas no escritas que sólo ellos conocen, a quienes califica como “los comedores de regalos”. De ello se infiere que era costumbre hacer regalos a estos funcionarios. Hesíodo sugiere que su hermano ha recurrido a este recurso de los “regalos” para inclinar la decisión de los *basileus* a su favor, pero no hay motivos para suponer que siempre hubiera una nota de corrupción en estas prácticas. Así las *dikai* (plural de *dike*) de los *basileus* pueden ser “torcidas” o “rectas”. De esta caracterización de *dike* como decisión de un funcionario humano, que de hecho puede ser recta o no, pasa Hesíodo a lo que según nuestra perspectiva era una “personificación” de la noción de *dike* (pero que en la visión de los antiguos griegos era natural, como se dijo).⁷⁶ En efecto, nuestro autor advierte a los reyes, que la forma en que ejerzan sus funciones decisorias, determinará la prosperidad o la desgracia de las ciudades por ellos gobernadas, pues Zeus les señala la *dike*, cuando no la cumplen, con calamidades:

«¡Oh reyes! Tened en cuenta también vosotros esta justicia; pues de cerca metidos entre los hombres, los Inmortales vigilan a cuantos con torcidos dictámenes se devoran entre sí, sin cuidarse de la venganza divina.

⁷⁶ Jaeger, *Paideia*, p. 71 y sig.; Poratti, Armando, “Dike y conflicto” en *El pensamiento antiguo y su sombra*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000, ps. 29 a 33.

«Treinta mil son los Inmortales puestos por Zeus sobre la tierra fecunda como sus guardianes de los hombres mortales; éstos vigilan las sentencias y las malas acciones, yendo y viniendo, envueltos en niebla, por todos los rincones de la tierra.

«Y he aquí que existe una virgen, Dike, hija de Zeus, digna y respetable para los dioses que habitan el Olimpo; y siempre que alguien la ultraja injuriándola arbitrariamente, sentándose al punto junto a su padre Zeus Cronión, proclama a voces el propósito de los hombres injustos para que el pueblo pague la loca presunción de los reyes que, tramando mezquindades, desvían en mal sentido sus veredictos con retorcidos parlamentos. Teniendo presente esto, ¡reyes!, enderezad vuestros discursos, ¡devoradores de regalos!, y olvidaos de una vez por todas de torcidos dictámenes. El hombre que trama males para otro, trama su propio mal; y un plan malvado perjudica más al que lo proyectó.

«El ojo de Zeus que todo lo ve y todo lo entiende, puede también, si quiere, fijarse ahora en esto, sin que se le oculte qué tipo de justicia es la que la ciudad encierra entre sus muros...» (versos 249 a 270).

Así es como con el tiempo se fue formando un concepto de *dike* referido a cuestiones de la justicia y los procedimientos, según el cual se llegó a decir que las partes “dan” y “toman” dike: el culpable da dike (indemnización, compensación), el perjudicado (cuyo derecho es restablecido en un juicio) toma dike. En otras palabras, *dike* viene a ser algo así como dar a cada uno lo que le es debido⁷⁷ (frase que nos es familiar, por Ulpiano, *Digesto* 1, 1, 10).

El segundo hito en el desarrollo del concepto de *justicia* aparece en Solón, como parte de los conflictos propios de la edad arcaica, que dieron lugar a la formación de la *polis* y del “estado de derecho”. Solón fue un poeta y legislador ateniense que vivió en el siglo VI a. C.. Solón constituye un aporte a la cuestión que nos interesa, en dos aspectos: en cuanto a la evolución de la idea de justicia y en cuanto a la aplicación de esa idea a la legislación que estableció en Atenas con relación al problema del interés.

Para adentrarnos en la comprensión de la concepción de Solón acerca del problema de la justicia, es necesario recordar los cambios que se produjeron en Grecia en el paso del período denominado como la “edad oscura”, al llamado período “arcaico” (nota 73). El desarrollo de una economía comercial e industrial, el hecho de retomar la navegación en el mar, la adaptación del alfabeto fenicio que permite la reinserción en la cultura escrita, la incorporación de la moneda hacia el siglo VII a. C. proveniente posiblemente de Lidia, la codificación del derecho (generalmente por un legislador, funcionario profano y “público”), el cambio del régimen de primogenitura a uno de división del patrimonio hereditario entre los herederos, fueron todos cambios que dieron lugar a la formación de la *polis* o las *poleis*.⁷⁸

Entre todos esos cambios sociales, la introducción de la moneda tuvo un particular efecto. Creó las condiciones para un cambio en la medida de las posibilidades individuales respecto de la acumulación de riqueza. De la lectura de Hesíodo se puede inferir que el

⁷⁷ Jaeger, *Paideia*, p. 106.

⁷⁸ Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1920, ps. 428 a 430; Austin, Michel y Vidal-Naquet, Pierre, *Economies et sociétés en Grèce ancienne*, Armand Colin, Paris 1972, (traducción castellana de Teófilo Lozoya, *Economía y sociedad en la antigua Grecia*, Ediciones Paidós Ibérica S. A., Barcelona, y Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 1986), ps. 67 y sig.; Poratti, Armando, ob. cit., ps. 34 a 36.

crecimiento económico en las sociedades campesinas de su época, podía dar lugar a que una persona llegara a adquirir la tierra correspondiente a la unidad de producción de otra. Una vez introducida la moneda, los terratenientes pueden acumular riquezas mucho más allá del límite propio de la economía agraria. En este contexto, aparece la necesidad de Solón de recurrir a la *dike* para restituir el equilibrio en la Atenas de su tiempo.

Veamos la concepción de Solón acerca de *dike* en su elegía a las Musas. Aquí Solón comienza pidiendo a las musas obtener de ellas los valores aristocráticos de felicidad material y honra. Pero con relación a la riqueza, hace una importante aclaración:

«....
 La riqueza que den los hombres acompaña al hombre
 10 de modo estable desde lo más hondo de la base hasta la cima,
 pero aquella que los hombres persiguen bajo abuso, de acuerdo a la decencia no
 llega, sino obedeciendo a actos injustos
 no pretendiéndolo se hace conveniente, y rápidamente se inmiscuye la ate [ceguedad de espíritu],
 su origen nace a partir de algo pequeño como el del fuego,
 15 de poca importancia al principio, pero tiene un triste final,
 porque no duran mucho entre los mortales las obras del abuso,
 sino que Zeus avizora el fin de todas las cosas, y de repente
 tal como a las nubes rápidamente disipa el viento
 primaveral, el cual agitando el fondo del estéril mar
 20 de muchas olas y en tierra productora de trigo
 devastando los hermosos cultivos va hasta el asiento de los dioses
 al alto cielo, y permite ver de nuevo al aire puro,
 y resplandece la hermosa fuerza del sol sobre la tierra
 fecunda y de las nubes ya no es posible ver ninguna,
 25 de esta misma naturaleza es el castigo de Zeus, y no se irrita
 tan agudamente por cada cosa como el hombre mortal,
 jamás se ha olvidado por completo de aquel que un corazón
 culpable tuviere, y de todos modos al final lo descubre,
 un delito castiga inmediatamente, otro después, y aquellos mismos
 30 que huyen la *moira* [destino, “parte” que a uno le toca en la vida, de lo cual ni los dioses escapan] de
 los dioses que va sobre ellos no los encuentra,
 pero de todos modos va de nuevo, y los inocentes los actos pagan
 o los hijos de éstos o bien la familia que vendrá...»⁷⁹

En la distinción entre la riqueza dada por los dioses y la obtenida injustamente, se encuentra una reminiscencia de los consejos de Hesíodo a su hermano Perses antes referida. También recuerda a Hesíodo la referencia al castigo de Zeus, aunque el acento en cuanto a la injusticia que castiga Zeus, es respecto del ansia de riquezas. Pero ahora, respecto del castigo de las acciones injustas, se observa un comienzo de cuestionamiento sobre la legitimidad moral del castigo que, por haber sido rehuido la recepción del mismo por los autores de los hechos injustos, termina cayendo más tarde sobre los inocentes, o los hijos, o la familia que vendrá (versos 25 a 32). Este cuestionamiento será retomado más tarde por los trágicos griegos del siglo

⁷⁹ Fragmento 1 en la organización de Diehl, en traducción de Héctor García C., “DYKE y UBRIS en contrapunto en la poética de Solón” en *Revista Analecta*, Año I Nº 1, Centro de Estudios Humanísticos Integrados, Universidad de Viña del Mar, en <http://www.uvm.cl/educacion/publicaciones/analecta/analecta-1-index.htm>.

V a. C. Pero aquí en Solón, este castigo de los inocentes es todavía una garantía del orden de la totalidad.⁸⁰

Con relación al problema de la riqueza, agrega más adelante en el mismo poema:

- 71 «De la riqueza no hay término fijado para los hombres
pues los que ahora entre nosotros tienen mayores medios de vida
se esfuerzan doblemente, ¿quién podría saciar a todos?
Ganancias a los mortales dieron los inmortales,
75 y la ate a partir de ellas mismas se manifiesta, a la que cuando Zeus
envía para castigar, cada uno a su tiempo la tiene.»⁸¹

Se refiere al problema de la falta de límites del deseo de riqueza, que va a considerar en otro lugar, como la causa de los desequilibrios sociales que castigaron la Atenas de su tiempo.

Sobre la descripción de los problemas sociales que lo llevaron a tener que intervenir con posterioridad, ya como legislador, se conserva su poema conocido como *Eunomía*:

- «.....
5 Pero los propios ciudadanos destruir la gran ciudad
con sus insensateces quieren, por las riquezas seducidos,
y la injusta manera de pensar de los conductores del pueblo,
para quienes está dispuesto que por su gran soberbia muchos sufrimientos
padezcan, pues no saben contener la saciedad
10 ni ordenar los placeres en la tranquilidad del festín cotidiano.
.....
y se enriquecen seducidos por obras injustas
.....
ni de las propiedades sagradas y no teniendo ninguna
consideración por las públicas roban por saqueo unos de un lado, otros de otro
ni se preocupan por los sagrados fundamentos de la justicia,
15 la cual callada conoce las cosas presentes y las pasadas,
y con el tiempo de todas formas llega para vengarse.»⁸²

Y más adelante continúa en el mismo poema:

- 27 «Así una desgracia social llega hasta la casa de cada uno,
y las puertas del patio no pueden retenerla aun más,
por encima del elevado cerco atraviesa de un salto, y encuentra de todos modos
30 aunque la persona huyendo esté en el fondo del tálamo.
Estas cosas enseñar a los atenienses mi espíritu me ordena,
que los males más grandes dysonomía entrega,
en cambio, la eunomía, bien ordenada y ajustada, todo lo clarifica,
y con frecuencia a los injustos pone cadenas,
35 las cosas ásperas suaviza, pone fin a la saciedad, el abuso reduce,
diseca los brotes que nacen de la ate,
endereza las sentencias torcidas, y las acciones soberbias
apacigua, pone fin a las acciones de la discordia,
pone fin al rencor de la terrible rivalidad, y dependen de ella
40 todas las cosas para los hombre ajustadas y discretas.»⁸³

⁸⁰ Poratti, A. ob. cit., p. 36; García C., Héctor, en "DYKE y UBRIS ..." citado en nota anterior.

⁸¹ Id. nota 79.

⁸² Id. nota 79.

⁸³ Fragmento 3 en la organización de Diehl, trad. citada de Héctor García C.

Entre los castigos que según Hesíodo, imponía la divinidad a la ciudad injusta, y las consecuencias que ve Solón, se puede establecer una diferencia: los castigos que advertía Hesíodo estaban más en el orden de la naturaleza (tormentas, inundaciones, malas cosechas, etc.); para Solón, más en el orden de la vida social (inquietud política, lucha de partidos, guerra civil, etc.). Y a su vez, los bienes con que se favorece a la ciudad justa son: la concordia, la paz, la prosperidad (también en el orden de lo social). Se puede ver en la concepción solónica de justicia, cómo las relaciones de causa a efecto entre los fenómenos sociales, son un reflejo de la causalidad de los fenómenos cósmicos que, en tiempos de Solón habían descubierto los filósofos jónicos de la naturaleza.⁸⁴

En cuanto a los conflictos sociales producidos en la Atenas de Solón, se conserva otro relato escrito unos cientos de años después, en prosa, debido a Aristóteles, quien además relata acerca de la legislación sobre el *préstamo a interés* que estableció el Citado Solón. Al respecto nos relata Aristóteles:

«2. Más tarde sobrevino discordia entre los nobles y la multitud durante mucho tiempo. Pues su constitución era en todo oligárquica, y además eran esclavos de los ricos los pobres, ellos mismos y sus hijos y mujeres. Y eran llamados clientes y “sextarios”, pues por esta renta de la sexta parte cultivaban las tierras de los ricos. Toda la tierra estaba repartida entre pocos. Y si no pagaban la renta eran embargables ellos y sus hijos. Y los préstamos, todos los tomaban respondiendo con sus personas hasta el tiempo de Solón, pues éste se convirtió el primero en jefe en el pueblo. Era ciertamente el más duro y más amargo para el pueblo, entre los muchos males del régimen, la esclavitud; es más, como consecuencia de ésta, sufrían también por los restantes, pues, podemos decir, estaban desposeídos de todo...»

«5...y como muchos eran siervos de los pocos, se levantó el pueblo contra los nobles. Y como fuera la discordia violenta y durase mucho tiempo la oposición entre unos y otros, escogieron, de común acuerdo como árbitro y arconte a Solón, y le encomendaron la constitución a él...»

«6. Colocado, pues, Solón al frente de los negocios, libertó al pueblo para el presente y para el futuro con la prohibición de los préstamos sobre la persona, y puso leyes e hizo una cancelación de las deudas privadas y públicas, que llaman “descarga”,⁸⁵ pues fue como si se hubieran quitado de encima un peso.⁸⁶

Acerca del alcance de las medidas de Solón en lo relativo al préstamo a interés, tenemos otro testimonio de la antigüedad, en las *Vidas paralelas* de Plutarco (h. 46-h.119 d.C.):

«Lo que los modernos han dicho de los atenienses, que lo que había en las cosas de desagradable lo encubrían con nombres lisonjeros y humanos, atenuándolo urbanamente, fue, según parece, maña de que usó Solón el primero, al llamar alivio de carga a la abolición de los créditos. Este fue su primer acto de gobierno, disponiendo que los créditos existentes se anulaban, y que en adelante nadie pudiese prestar sobre las personas. Con todo, algunos, y entre ellos Androtión⁸⁷, han escrito que no fue la extinción de los créditos

⁸⁴ Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, p. 24.

⁸⁵ El traductor de Aristóteles formula una aclaración sobre este punto, en la obra referida en la nota 86, en una nota de pie de página, en los siguientes términos: “Que la *seisacqeia* o “descarga” fue no una reducción, sino una cancelación total de las deudas garantizadas hipotecariamente es la opinión dominante en los intérpretes modernos; es dudoso que se extendiera a deudas de otra clase. Ya en el siglo IV a. C. era dudoso en qué consistió la descarga de Solón, pues en la política del tiempo la reducción de deudas se consideraba una medida anárquica, inconcebible en Solón; así se oscurece esta disposición con interpretaciones y atenuaciones, y cuando Aristóteles no es más terminante, es que la duda se hallaba en sus fuentes. ...”

⁸⁶ Aristóteles, *Constitución de Atenas*, edición bilingüe y traducción castellana de Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1948: parágrafo 2, pág. 47; par. 5, págs. 53 y 55; parág. 6, págs. 55 y 57. Se encuentra publicado en por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, en su sitio de Internet denominado “Biblioteca Jurídica Virtual”: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/769/3.pdf>

⁸⁷ Político contemporáneo de Demóstenes (h.384-322 a. C.). En el destierro escribió una *Historia del Ática*.

el alivio con que se recrearon los pobres, sino sólo la reducción de las usuras, y que a este acto de humanidad, justamente con el aumento de las medidas y del valor de la moneda que también se hizo, se le dio aquel nombre de *seisakhtheia*, o alivio de carga... pero los más afirman que la *seisakhtheia* fue verdadera anulación de contratos, con los que guardan consonancia los poemas.⁸⁸ Gloriase en ellos Solón de que “levantó de la tierra hipotecada los mojoneros fijados por todas partes”; de que “antes era sierva y ahora era libre”; y de que a los ciudadanos adjudicados por deudas,⁸⁹ a unos los había restituido de país extraño, “no sabiendo ya la lengua ática por el tiempo que habían andado errantes”, y “a otros que en su patria sufrían la indignidad de la esclavitud” los había hecho libres.»⁹⁰

Pero cualquiera haya sido el alcance de dicha legislación con relación a las deudas, parecen haberse limitado a las deudas ya contraídas. Ninguna restricción registran tales fuentes, sobre la reglamentación de los nuevos préstamos. De allí que, citando a Saumaise, Troplong sostenga la afirmación de que entre los griegos existía libertad para pactar la cuantía de los intereses.⁹¹

El otro aspecto digno de mención respecto de la legislación de Solón, con relación al préstamo a interés, es que estas disposiciones (junto con otras de carácter político, y otras económico, como las relativas a los pesos y medidas), fueron dadas por escrito. Aristóteles lo recuerda en estos términos:

«7. Estableció una constitución y dispuso otras leyes; dejaron de servirse de las instituciones de Dracón, excepto las referentes al homicidio. Inscribieron las leyes en las columnas giratorias de madera, las colocaron en el Pórtico Regio y juraron todos guardarlas.»⁹²

El paso de la oralidad a la forma escrita de la ley, significó un cambio trascendente, puesto que a partir de ello, ésta adquirió un carácter público. Su conocimiento que había sido monopolizado por sacerdotes y la clase superior, se abrió al pueblo. Así, con el tiempo, esta ley escrita pasará a denominarse *nomos*.⁹³

Por cierto que no cabe interpretar que Solón se considerara a sí mismo como un legislador en el sentido moderno, que tuviera la posibilidad de “sancionar” una legislación sobre la base de su criterio personal, sino que el texto que escribió, lo hizo en tanto que su contenido se adecuaba a la *dike*. Así transcribe Aristóteles su pensamiento, según el propio Solón lo dejó plasmado en otro poema:

«Leyes lo mismo para el malo que para el bueno
ajustando para cada uno la recta *dike*»

⁸⁸ Estos fragmentos de los poemas de Solón corresponden al número 24 de la organización de Diehl, también reproducidos en Aristóteles, *Constitución de Atenas*, parágrafo 12, 4ª edición citada, ps. 69 y 71.

⁸⁹ En la traducción de las *Vidas paralelas* de Francisco Montes de Oca, México, Editorial Porrúa, 1993, p. 95 (que no es la que se siguió para el resto de la cita, según surge de la nota 90), la expresión “ciudadanos adjudicados por deudas” es traducida por “ciudadanos obligados por deudas”.

⁹⁰ Plutarco, *Vidas paralelas*, (traducción castellana Don Antonio Ranz Romanillos, Raíz y Rama, Barcelona, 1945), “Solón y Pública”, cap. XV, p. 61.

⁹¹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. VIII.

⁹² Aristóteles, *Constitución de Atenas*, edición y traducción citadas, pág. 57.

⁹³ Fustel de Coulanges, ob. cit., ps. 428 y 429; Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, p. 22.

escribí ...»⁹⁴

Su legislación entonces, no era una imposición arbitraria, sino la expresión escrita de la *dike*: implicaba el intento de plasmar lo que él consideraba el orden social verdadero, el orden natural y lógico de las cosas.⁹⁵ Es el “juego de las partes en el todo, la lógica que subyace en la discordia”, que se oponía a *hybris* (desmesura), que en el caso implicaba “la parte que se toma como todo”.⁹⁶

En cuanto a la situación en que quedó Atenas después de las leyes de Solón, Aristóteles relata lo siguiente:

«11. Habiendo trazado la constitución del modo dicho, dado que se acercaban para molestarle sobre las leyes, ensalzándole unas cosas y consultándole otras, como quería dejar aquellas sin cambio y no hacerse odioso si seguía en la ciudad, se desterró y emprendió un viaje a la vez de comercio y curiosidad a Egipto... A la vez ocurría que muchos de los nobles le eran enemigos por la reducción de deudas, y que ambos bandos habían cambiado de opinión al hallarse con una situación que no era la que esperaban. Pues el pueblo había creído que él lo iba a repartir todo, y los nobles, que iba a volverlo al estado anterior o cambiarlo poco. Solón se había puesto frente a unos y a otros, y (estando en condiciones de apoyarse en unos u otros, como quisiera, y hacerse así tirano), prefirió hacerse odioso a unos y a otros, salvando a la patria y estableciendo las leyes mejores.»⁹⁷

El propio Solón dejó su impresión acerca de la situación en que quedó frente al pueblo de Atenas, luego de haberle dado sus leyes, en estos versos, que transcribe Aristóteles:

«Al pueblo di tanto honor cuanto le basta,
sin quitarle estimación y sin levantarle;
los que tenían la fuerza y eran sobresalientes en riquezas,
a éstos les protegí para que nada vergonzoso sufrieran.
Y me mantuve levantando fuerte escudo para unos y otros,
y no dejé que ni unos ni otros vencieran injustamente.»⁹⁸

Como conclusión de la concepción de *justicia* en Solón, aplicada a la legislación sobre el préstamo a interés en el marco de los conflictos sociales de su tiempo, se puede concluir que Solón sabía que los conflictos que le tocó enfrentar eran raigales, constitutivos de la sociedad misma y por tanto insuprimibles. Por lo tanto, su sabiduría consistió en ver el conflicto como esencial e irrebasable, y a la vez saberlo aprovechar para manejarlo y aplacarlo, haciendo con la ley, que los contrarios se equilibren.⁹⁹

La reflexión filosófica griega durante el siglo VI a. C. continuó por el camino de explorar las consecuencias de lo que se podría llamar la lógica del conflicto de los opuestos, con Anaximandro y Heráclito. La tragedia del siglo V a. C. continuó con la problemática de los

⁹⁴ Fragmento 24 de Diehl, tomado de Aristóteles, *Constitución de Atenas*, edición y traducción citadas, p. 71.

⁹⁵ Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, ps. 24 y 25.

⁹⁶ Poratti, ob. cit., p. 38.

⁹⁷ Aristóteles, *Constitución de Atenas*, edición citada, p. 67.

⁹⁸ Fragmento 5 de Diehl, tomado de Aristóteles, *Constitución de Atenas*, párrafo 12, edición citada, p. 67.

⁹⁹ Poratti, ob. cit. p. 38.

conflictos (el conflicto entre *nomos* y *dike* de la *Antígona* de Sófocles es probablemente el más recordado). Pero el pensamiento de los sofistas durante este siglo, le dio un giro a la situación. Conocemos el pensamiento de los sofistas principalmente a través de sus enemigos, como fue el caso de Platón que vivió ya en el siglo IV a. C. Durante el siglo V a. C. la antigua visión del aspecto “geométrico” del cosmos, según el cual existía una total compatibilidad entre la naturaleza del universo y el orden legal, empieza a ser sustituida por otra visión de tipo “biológico” –si se quiere– de una lucha por la vida en que están empeñadas todas las criaturas. El punto de vista que Calicles y Trasímaco expresan en el *Gorgias* (483 y sig.) y la *República* (338c) de Platón, supone que la ley (*nomos*) es más bien el resultado de una imposición arbitraria impuesta a la naturaleza humana, que de no encontrar obstáculos elegiría siempre la satisfacción de las necesidades, antes que el cumplimiento de los ideales. Se puso en tela de juicio si la ley (*nomos*) era el reflejo de la naturaleza (*physis*) –en el sentido del orden armónico del mundo (la *dike*)– o si era una simple convención que cambiaba de ciudad en ciudad, según los resultados de los poderes circunstanciales. La ley se empezó a valorar, en el pensamiento de los sofistas, más bien por la seguridad que aportaba a la convivencia social, que por los ideales que realizara.¹⁰⁰

El tránsito del siglo V al IV a. C. tuvo como telón de fondo la guerra del Peloponeso, y la derrota de Atenas y su imperio ático. Era el fin del esplendor de la *polis*. Tal fue el contexto en que desarrolló su obra Platón. De su aporte al tema de la *dike*, Armando Poratti dijo:

«En el siglo V, con la conversión de Esparta y sobre todo de Atenas en superpotencias, vuelve a aparecer en un plano más amplio, un elemento de *hybris* y de hipertrofia. Esta vez, la guerra agotó al mundo griego. Platón es un nombre (privilegiado) para su quiebra final –para la consciencia de esa quiebra, que el filósofo elabora en el mito de Sócrates–. Por ello su actitud es de una agobiante responsabilidad (no tiene meramente que hacer una carrera política, sino que tiene que salvar a la Ciudad). La solución –desesperada– que encontró para la imposible tarea de preservar lo que se destruía, fue tratar de detener el conflicto. Así instauró la metafísica de la Identidad. No salvó a una Ciudad cuyo mal era terminal, pero (tal vez sin proponérselo), fundó Occidente.»¹⁰¹

La alusión de Poratti a la “metafísica de la Identidad” pareciera que hay que entenderla referida al hecho que Platón, para responder a la pregunta sobre qué es la *justicia*, remite a otra pregunta: ¿qué es el Bien? (*República*, 505a-506a). Y de su respuesta a esta segunda pregunta (*República*, 511b), se infiere que para Platón, el Bien no era una simple cualidad de la acción humana o del carácter del hombre, sino “el principio supremo del *ser*”.¹⁰² Es claro que esta respuesta remite el problema de la *justicia* al terreno de la metafísica.

En efecto, la reflexión de Platón sobre la cuestión, aparece desarrollada en el Libro VI de la *República*, en el que discute los requisitos que deberá tener el gobernante-filósofo de la

¹⁰⁰ Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, ps. 36 a 38.

¹⁰¹ Poratti, ob. cit., ps. 40 y 41.

¹⁰² Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, p. 38.

ciudad ideal. Dentro de tales requisitos, explica el entrenamiento en la *dialéctica*, sobre lo que ya se ha hablado en el § 2 (ver entre otros pasajes, nota 14 y cita relacionada). En dicho párrafo se dijo que esta expresión tenía en Platón al menos dos acepciones. La que aquí nos interesa es el mecanismo de ascenso de lo sensible a lo inteligible, entendida esta expresión, en el sentido de captación directa de ciertas realidades, por medio del intelecto. Y esto nos lleva a su vez a la “teoría de las ideas” de Platón (ver notas 6, 7 y 8 y texto a ellas relacionado). Y a partir de la interpretación que Aristóteles dio a la teoría de las ideas de Platón, esta referencia tiende a entenderse como dirigida a un mundo ideal de “arquetipos”, según lo ya explicado en el texto vinculado a la nota 16. Esta comprensión es afín a una idea abstracta de *justicia*, que parece desentenderse de los problemas del “aquí y ahora”, y se aleja de su entendimiento como instrumento para la solución de conflictos concretos. Lo expuesto no quiere decir que Platón no haya tenido un programa para la realización de la justicia, basada en la *paideia* (educación de los ciudadanos).¹⁰³ Pero no cabe duda que el legado de Platón ha tenido que ver con un patrón de *justicia* “estático”, opuesto al “dinámico” o “problemático” desarrollado en los primeros momentos de formación de la *polis* en el período “arcaico” de la cultura griega.

Resta ahora referirnos a cómo enfrentaron los antiguos griegos el problema de los intereses, en los tiempos posteriores a Solón. Ya hemos dicho que conservamos pocos textos legales de la antigüedad griega (nota 74). No obstante ello, por lo que podemos reconstruir, los antiguos griegos –a diferencia de los judíos– fueron comunicativos, viajeros y comerciantes; marinos intrépidos, especuladores hábiles y astutos; tenían más inclinación por los negocios y la navegación, que por la agricultura. Por lo tanto no tuvieron razones para establecer prohibiciones para la práctica de los intereses. Y por lo que sabemos de la legislación de Solón, salvo el “alivio” que esta trajo a los deudores hipotecarios, ésta práctica estaba permitida. Así es que la tasa de interés dependía de la abundancia de circulante, y de la mayor o menor solvencia del tomador del préstamo, entre otros factores. En ocasiones, alcanzaba niveles elevados. En Atenas la forma más común de realización del préstamo a interés, era la vinculada a las operaciones marítimas.¹⁰⁴ Los pocos documentos que se conservan, confirman estas apreciaciones.¹⁰⁵

¹⁰³ Jaeger, “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, citada en nota 74, ps. 39 y 40.

¹⁰⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. VIII y IX; Butera, Antonio, voz “Usura”, en *Il digesto italiano: Enciclopedia metodica e alfabetica de legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1914-1921, vol. XXIV, p. 120 y sig. (en especial p. 122); Cardahi, ob. cit., p. 502.

¹⁰⁵ Austin y Vidal-Naquet, ob. cit., N° 117 del Anexo de fuentes conservadas, p. 310 y sig. da noticias de un contrato escrito de un préstamo tomado para operaciones marítimas, con una tasa de interés elevada, conservado por Pseudo-Demóstenes, *Contra la excepción de Lácrilo*, 10-13.

En contraste con el tratamiento dado al tema por las leyes civiles, y la activa práctica comercial del préstamo a interés, cabe mencionar la actitud de los filósofos y pensadores griegos, a lo que luego se hará referencia (§ 12).

§ 11. Roma

Los antiguos romanos, hasta las guerras púnicas no practicaron otra forma de préstamo a interés que las llamadas “usuras terrestres”, puesto que no realizaban el comercio sino con sus rivales.¹⁰⁶

Los ciudadanos romanos desdeñaban el comercio y las artesanías manuales (estas tareas estaban a cargo de libertos). Sólo apreciaban la agricultura. Por su parte, los plebeyos –durante los tiempos de paz– tenían a su cargo las tareas agrícolas, bajo la forma de pequeños propietarios rurales, o como arrendatarios o colonos de los ciudadanos ricos. Pero durante los períodos de guerra tenían una pesada obligación de servicio militar que los obligaba a desatender sus tareas habituales. Esta situación, sumada a los desastres propios de la guerra cuando sus territorios eran invadidos por el enemigo, los hacía recurrir al préstamo de dinero que solicitaban a los patricios –depositarios de la riqueza territorial y monetaria– con la esperanza de poder obtener los medios para restituirlo con la próxima victoria militar.¹⁰⁷

Así las cosas, los patricios asumieron naturalmente el papel de prestamistas de los plebeyos, y tuvieron un trato duro con los mismos. Dice Troplong que mientras la aristocracia feudal fue vana y orgullosa, pero liberal con las clases inferiores, la romana recelaba del pueblo como de un enemigo. A través del tiempo la cuestión de las “usuras” fue motivo de constantes disensiones entre ambos. No obstante lo expuesto, hasta la Ley de las XII Tablas, el problema de las tasas de interés estuvo librado a la voluntad de las partes.¹⁰⁸

Como consecuencia de esta situación los plebeyos se rebelaron, marcharon a la Montaña Sagrada (año 494 a. C.), y exigieron –entre otras cosas– la institución de los tribunales. Sin embargo estos nuevos funcionarios no se ocuparon en un principio de la cuestión de las deudas y los intereses.¹⁰⁹ El tema reaparece con motivo de la sanción de la Ley de las XII Tablas (entre los años 454 a 450 a. C.; 302 de la fundación de Roma según Tito Livio, 3, 31), en los

¹⁰⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XI.

¹⁰⁷ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XII y XIII; Montesquieu, Charles, *De l'esprit des lois*, (tr. castellana de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, *El espíritu de las leyes*, Madrid, ed. Tecnos S. A., 1974 -ed. Ediciones Orbis S. A., 1984, distribuida por Hispamérica Ediciones Argentinas S. A.-), Libro 22, cap. 22, vol 2, p. 337.

¹⁰⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XIV y XV; Montesquieu, ob. cit., lug. cit.

¹⁰⁹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XIX.

cuales se incluyó una disposición sobre las tasas de interés, que no siguió en este punto la tradición griega sobre el particular, a diferencia de otros aspectos de la legislación mencionada.¹¹⁰

La Tabla VIII, de las doce, dedicada a los delitos, en su artículo XVII, prescribe:

“El interés del dinero no puede exceder de una onza por ciento al mes, es decir de doce por ciento al año; la pena del usurero que exceda ese interés será del cuádruplo.”¹¹¹

Cabe aclarar que no existe acuerdo respecto de cuál era la tasa de interés que correspondía al “*unciarum fenus*” (una onza por ciento) que menciona la citada fuente.¹¹²

Años más tarde, luego de la invasión de Roma por los galos en el 389 o 390 a. C. (364 de la fundación de Roma) el pueblo quedó agotado por los gastos de reconstrucción de la ciudad, y de sus propios desastres, de modo que renació el problema de las deudas.¹¹³ Luego de otro período de agitación, los tribunos C. Licinio y L. Sextio, obtuvieron (año 365 a. C., 388 de la fundación de Roma) la aprobación de una serie de medidas favorables a los plebeyos.¹¹⁴

Pero como nada eleva más el precio del dinero que la incertidumbre, los patricios –que vieron el crédito perturbado por las nuevas leyes– terminaron por exigir intereses más altos que los de las Doce Tablas, para entregar sus capitales en préstamo. Así fue como en el año 355 a. C. (398 de la fund. de Roma) –unos diez después de la ley licinia– los tribunos Duilio y Menio propusieron una ley –aceptada por el senado– para restablecer el vigor del interés de la onza por ciento al mes prevista en las Doce Tablas.¹¹⁵

Sin embargo, otros diez años más tarde –en el 355 a. C. (408 de la fund. de Roma)– se produjo una nueva disposición normativa que se ocupó de las relaciones entre acreedores y deudores. Una ley estableció que se daban por canceladas las deudas en cuatro pagos iguales, el

¹¹⁰ Recuérdese la leyenda de la embajada enviada a Grecia para traer las leyes de Solón para ser estudiadas: Langer, ob. cit. vol. 1, p. 120; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XX.

¹¹¹ Ortolán, *Historia de la legislación romana*, trad. castellana de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Leocadio López, 1887, p. 122, quien cita a Tácito, *Annal.*, VI, 16 y a Catón, *De re rustica*, (in proem.). En contra de la opinión de Tácito, ver Montesquieu, ob. cit., L^o 22, cap. 22, vol. y p. cit., quien entiende que la Ley de las XII Tablas no legisló sobre el préstamo a interés, y que atribuye la prescripción contenida por la ley de los tribunos Duilio y Menio del año 355 a. C. (ver nota 115) a la ley decenviral. Troplong, en *Du Prêt*, Préface, p. XXI, entiende que la existencia de la ley duilia-menia no tiene por qué contradecir el antecedente mencionado por Tácito, y que no hay ninguna incompatibilidad en que ambas leyes hayan legislado el mismo interés máximo, sobre todo a la luz de las violaciones que sufrió la primera.

¹¹² Según una primera opinión, era un cien por ciento al año, o doce por ciento al mes, según una segunda era el doce por ciento al año, para una tercera era un 1 por ciento al año, y por último una cuarta entendió que era 8 1/3 al año (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XXI a XLIV; Montesquieu, ob. cit., L^o 22, cap. 22; Messa, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, Società editrice libraria, 1911, N^o 213, p. 334).

¹¹³ Según la tradición, el patricio Manilio fue acusado de aspirar a la tiranía, pues se había dedicado a pagar las deudas de varios plebeyos, y finalmente ejecutado en el año 383 o 384 a. C. -370 de la fundación de Roma- (Langer, ob. cit., lug. cit.; Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XLV a XLVII).

¹¹⁴ Entre las medidas relativas a la situación de los deudores, se decidió que se imputara el capital los intereses percibidos, y que la deuda restante se cancelara, sin interés, en tres pagos anuales. (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XLVIII; Langer, ob. cit., p. 121; Montesquieu, ob. cit., L^o 22, cap. 22, vol. 2, p. 338; Messa, ob. cit., lug. cit., nota 112).

¹¹⁵ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. L; comp. Montesquieu, ob. cit., lug. cit. nota anterior; Messa, ob. cit., N^o 213, p. 335.

primero de los cuales debía ser al contado, y los tres restantes dentro de los tres años. La tasa de interés fue reducida al 5%.¹¹⁶

Años después (en el 413 de la fundación de Roma) estallaron nuevamente las sediciones de los deudores, y según algunos historiadores de cuya veracidad duda Tito Livio, una ley propuesta por el tribuno Genucio habría abolido totalmente el interés de los préstamos. Pero lo cierto es que en todo caso esta disposición no fue observada, y el interés siguió siendo por mucho tiempo un producto del dinero.¹¹⁷

Pero entretanto se empezaba a producir un cambio. Las relaciones frecuentes de Roma con Grecia hicieron modificar la actitud de los romanos hacia el comercio y las empresas marítimas. La moneda había comenzado a ser acuñada desde la guerra con Pirro (282–272 a. C.), era más liviana y circulaba más fácilmente. Bajo los Escipiones (hacia el 190 a. C.), el dinero en Roma era muy abundante. Entonces los patricios ya no fueron los únicos que prestaron dinero a interés. Apareció una clase de hombres dedicados profesionalmente a esta actividad, bajo la protección de la autoridad pública: los banqueros, llamados *trapezitae*, *argentarii*, *mensarii*.¹¹⁸

Ante este estado de cosas no es de extrañar que se buscaran formas para burlar las leyes limitativas del interés. Así es como era corriente que para dicho propósito los acreedores se valieran de los latinos y otros aliados de la república, a quienes no se les aplicaba la ley romana. Por consiguiente, un romano que había prestado dinero a una de sus conciudadanos transmitía su crédito a un latino, a quien le pagaba el interés, y luego lo exigía del deudor. Para evitar ese fraude, la ley sempronia (año 193 a. C., 560 de la fundación de Roma) estableció que a los aliados y a los latinos se les aplicaría el derecho romano en materia de deudas.¹¹⁹

Esta situación determinó que la tasa del 5% dejara de corresponderse con la realidad de su tiempo, y a la postre se fijara un interés del 12% anual.¹²⁰

La práctica del préstamo a interés, de Roma se extendió a las provincias, en busca de la libertad de intereses que no permitía la ley civil a los romanos (y luego de la ley sempronia tampoco a los latinos y aliados como vimos). Por ello es que la historia nos muestra ejemplos de regulaciones en este sentido, también en las provincias. El primer testimonio de dicha regulación

¹¹⁶ Troplong, ob. cit., lug. cit. nota anterior; Montesquieu, ob. cit., lug. cit.; Messa, ob. cit., lug. cit.

¹¹⁷ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. L y LI; Messa, ob. cit., N° 213, p. 333.

¹¹⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LV a LX.

¹¹⁹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LIV y LV; Montesquieu, ob. cit., N° 213, p. 335.

¹²⁰ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LV.

data del año 69 a. C. (684 de la fundación de Roma), en la que se estableció la mencionada tasa del 12% para poner límite a las exacciones usurarias de los cobradores de impuestos¹²¹

Cicerón también dictó un edicto similar para la provincia de Cilicia.¹²²

Entre tanto en Roma, para la época de la guerra civil entre Mario y Sila (año 89 a. C. o 664 de la fundación de Roma), la costumbre había abrogado las antiguas leyes sobre el interés de la media onza mensual. Se registra el caso del pretor Asello, quien creyó –en una cuestión que debió resolver– que debía aplicar aquellas disposiciones caídas en desuso, y finalmente desató tal conflicto que fue asesinado por los acreedores.¹²³ Por otra parte, a esta altura, Roma se había convertido en el centro de los negocios del mundo civilizado; la tasa de interés era el reflejo tanto de la escasez y de la abundancia del dinero, como de los vaivenes políticos. La inmoralidad determinaba tales oscilaciones en la medida que el dinero se necesitaba para comprar favores. Así es como en época de elecciones podía subir súbitamente la tasa de interés.¹²⁴

Finalmente un senadoconsulto del año 50 a. C. (703 de la fundación de Roma) estableció en adelante la tasa del 12% anual como tasa máxima legal sin anatocismo. Y la misma disposición rigió bajo Nerón, Trajano, en tiempo del jurisconsulto Paulo, y bajo Diocleciano.¹²⁵

Con relación a la cuestión del anatocismo (cobro de intereses sobre intereses), el Derecho Romano registra algunas antiguas disposiciones que lo prohibían.¹²⁶ Sin embargo, al lado de esto, otras fuentes son confusas al respecto.¹²⁷

¹²¹ Dicha disposición es debida a Lúculo, comandante romano de la armada de Asia en la guerra contra Mitridates. (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXV a LXVI).

¹²² El propio Cicerón en las cartas a Ático (libro V, epist. XXI), da un ejemplo de la situación imperante en las provincias, y que tales edictos trataban de remediar, del cual surge la noticia de otra disposición normativa sobre esta cuestión. La anécdota refiere el caso de los habitantes de Salamina, que necesitaban tomar dinero prestado a interés, pero no podían obtenerlo de ciudadanos romanos a causa de la ley gabinia (debida al tribuno Gabino), del año 138 a. C. (615 de la fundación de Roma). Aunque no todos están de acuerdo sobre el alcance de esta ley, (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXVII, nota 2.) parece ser que esta disposición extendía el alcance de la ley semproniana -que hacía aplicable a latinos y aliados de Roma las disposiciones romanas sobre deudas e intereses- a los habitantes de las provincias. El relato cuenta que no obstante esta prohibición, el préstamo fue otorgado -aparentemente- por dos ciudadanos romanos (Scaptius y Mantinius), aunque el verdadero prestamista era otro romano: Bruto. La operación se pactó a un interés del 4% mensual (48% anual), y Bruto obtuvo del senado romano que autorizara la transacción. Cuando el conflicto fue llevado ante Cicerón para que resolviera, determinó que se aplicara el edicto que fijaba el interés máximo en la tasa del uno por ciento mensual. El episodio pone de manifiesto cómo las prohibiciones legales de prestar a interés hacían aumentar el costo de éste, el cual debía tentar la avaricia de los que disponían de capitales, hasta superar el temor de perder el crédito. (Montesquieu, ob. cit., lug. cit., ps. 338 a 340; Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXVIII a LXIX).

¹²³ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXX y LXXI; Montesquieu, ob. cit., lug. cit.

¹²⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXI.

¹²⁵ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXII.

¹²⁶ Tal el caso de un Senado-consulto de fecha incierta, que refiere Cicerón (*Ad Attic.*, V, 21, § 12-14), y que luego aparece confirmada por la disposición que recuerda Modestino en la ley 27, Título 1, Libro XLII del *Digesto*, que dice: “El Presidente de una provincia condenó a intereses de los intereses contra las leyes y las sacras Constituciones, y por esto Lucio Ticio apeló contra la sentencia injusta proferida por el Presidente; pregunto, si, no habiendo apelado en este caso Ticio conforme a la ley, se podría exigir el dinero con arreglo a la condenación. Modestino respondió, que si en la sentencia se contuviera una cantidad cierta, nada se exponía para que no se pudiera ejercitar la acción de cosa juzgada.” (conf.: Messa, ob. cit., N° 52, p. 102).

¹²⁷ Ejemplo de ello se encuentra en la ley 9, que recoge a Papiniano y dice: “No habiéndose pagado dentro de cierto día la deuda del dinero dado a interés, yo respondí que no obliga la estipulación del duplo por otro tanto sobre el límite del interés legal; por lo cual tendrá validez la estipulación a proporción de cualquier tiempo deducido el exceso” y la ley 29 -ambas del Título 1, Libro XXII del *Digesto*- que en este caso reproduce a Marciano (*Instituta*, libro XIV), que a su vez dice: “Se determinó, que si alguno hubiere estipulado o intereses sobre la tasa establecida o intereses de los intereses, se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó, y que se puedan pedir los lícitos”.

Los emperadores Diocleciano (284–305) y Maximiano (285–305) por su parte, en la misma línea antes mencionada, decidieron poner más énfasis en la prohibición del anatocismo.¹²⁸

Dentro de las reformas sancionadas por los emperadores Diocleciano y Maximiano, debe mencionarse una institución que no nació vinculada con la cuestión de los intereses, pero con la que se relacionó siglos más tarde. Se trata de una constitución dictada por los citados emperadores que reguló la posibilidad de que el vendedor en el contrato de compra–venta, que hubiese resultado perjudicado en más de la mitad del *justo precio* convenido en el contrato, pudiera obtener la rescisión del mismo. Dicha institución se conoció con el nombre de *lesión enorme*.¹²⁹

§ 12. Los filósofos y pensadores antiguos

La mayoría de las religiones surgidas en el antiguo Cercano Oriente –salvo la judía– permitían el préstamo de dinero con interés. Estos pueblos creían que la materia inanimada tenía vida, y que podía reproducirse. Por lo tanto no encontraron obstáculos para reconocer el derecho al cobro de intereses sobre el dinero prestado. Así lo muestran los códigos legales que rigieron en esas comunidades.¹³⁰

Por el contrario, los pensadores del mundo clásico (griego y latino) coincidieron en reprobar el préstamo a interés. Pero se refirieron al tema siempre en forma por demás escueta, y sin que hayan dejado una teoría al respecto.¹³¹

Un único antecedente de esta época trascendió a la historia de las teorías del interés. Se trata del pasaje en que Aristóteles formula su conocida sentencia según la cual el dinero es incapaz de engendrar dinero. Cuando en su *Política*, describe las clases del arte adquisitivo, explica que hay una llamada crematística. Con relación a ello afirma que:

«la crematística tiene, como hemos dicho, dos formas: una la del comercio al por menor y otra la de la economía doméstica, esta última necesaria y laudable, y la del cambio justamente censurada (pues no es

¹²⁸ La ley 20, Título XIII, Libro II del *Código*, dispuso: “Debe imponerse la nota de infamia a los que se dedican a cobrar intereses inmoderados e ilícitamente exigen intereses de intereses” (Publicada a 16 Calendas de Marzo bajo el cuarto y el tercer consulado de los mismos Augustos [290]).

¹²⁹ En el *Código*, ley 2, Título XLIV, Libro IV, se dice: “Si tú o tu padre hubiereis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del verdadero precio.” (Publicada a 5 de las Calendas de Noviembre, bajo el segundo consulado de Diocleciano y el de Aristóbulo [285]).

Si bien la lesión enorme fue rechazada por nuestro codificador (ver nota al art. 943 del *cód. civil*), este mecanismo evolucionó hacia una forma de evaluación subjetiva del perjuicio (momento a partir del cual su denominación cambió por la de *lesión subjetiva*) y su aplicación se extendió a otros contratos. En ese orden de cosas, el caso típico de lesión subjetiva se considera habitualmente que lo constituye la *usura*.

¹³⁰ Johnson, ob. cit. p. 178.

¹³¹ Tal el caso de Platón, *De legibus*, V, 742; Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, IV, 1; Catón el Censor, en Cicerón, *De officiis*, II, al final; Plauto, *Mostellaria*, acto III, esc. 1; Séneca, *De beneficiis*, V, 10; etc. cit. por Böhm-Bawerk, Eugen von, *Capital e interés, Historia y crítica de las teorías sobre el interés*, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español 1947, 2ª edición 1986 p. 40.

natural, sino a costa de otros); y con tanta más razón se aborrecerá la usura, porque en ella la ganancia se - obtiene del mismo dinero y no de aquello para lo que éste se inventó, pues el dinero se hizo para el cambio, y en la usura el interés por sí solo produce más dinero. Por eso se llama en griego ‘tokos’, pues lo engendrado (‘tiktómena’) es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés viene a ser dinero de dinero; de suerte que de todas las clases de tráfico éste es el más antinatural.»¹³²⁰

Esta opinión de Aristóteles fue motivo de nemorosos comentarios y citas por parte de los autores que se dedicaron a la reflexión sobre el problema de la legitimidad de los intereses, a lo largo de los siglos. Pero en lo inmediato, habremos de referirnos a la influencia que estas ideas ejercieron el cristianismo y a la de éste en la primitiva legislación sobre los intereses.

§ 13. Influencia del cristianismo

Para referirse a la influencia del cristianismo sobre la legislación relativa al préstamo a interés, hay que empezar por analizar los pasajes del Evangelio que han sido vinculados al tema.

El Evangelio según San Lucas, capítulo 6, describe el pasaje en que Jesús dirigiéndose a sus discípulos –luego de haber pronunciado las cuatro bienaventuranzas que abren el camino del cielo (versículos 20 y sig.) y las cuatro maldiciones o imprecaciones que abren el camino del infierno (versículo 24 y sig.)– enseña el amor al enemigo, recomienda bendecir a quien nos maldice, ofrecer la otra mejilla a quien nos ha pegado, orar por quien nos calumnia, etc. (vers. 27 a 31). Luego de ello agrega: “Si amáis a los que os aman, ¿qué mérito tendréis? También los pecadores aman a quienes los aman” (vers. 32). A continuación de ello añade:

«Y si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué mérito tendréis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos otro tanto. Pero vosotros amad a vuestros enemigos, haced el bien y prestad sin esperar remuneración; así será grande vuestra recompensa, y seréis hijos del Altísimo, porque Él es bueno para los ingratos y perversos.» (vers. 34 y 35).

Los pasajes transcritos de los versículos 34 y 35 han generado diversas interpretaciones a través del tiempo.

Por un lado, los primeros teólogos y canonistas, Santo Tomás, y aún algunos civilistas modernos –como el caso de Pothier– entendieron que dicha transcripción era una extensión de aquel precepto del Antiguo Testamento (*Deuteronomio*, 23–2– y 21); y *Levítico*, 25–35 a 37) en que se les prohibía a los judíos el préstamo a interés entre hermanos. Dicha prohibición sería ahora aplicable –según esta interpretación– a toda la humanidad, en atención al carácter universal del cristianismo. Consideraron que la permisón del préstamo a interés a los judíos, no debía ser entendida como un indicio que permitiera justificar su corrección, sino que ello ponía de manifiesto más bien la tolerancia de una situación que, aunque contraria al derecho natural,

¹³²⁰ Aristóteles, *Política*, libro I, III, 23 (tr. castellana de Julián Marías y María Araujo, edición bilingüe, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, p. 40).

era necesaria para evitar un mal mayor, en atención a “la dureza de corazón” atribuida a este pueblo.¹³³

Por su parte, los primeros partidarios de la permisión del préstamo a interés –ya en la edad moderna–, tal como el caso de los citados Saumaise, Noodt y Donneau (de quienes se hablará más adelante), razonaron de otro modo. Entendieron que el pasaje evangélico comentado no debía interpretarse sino como un consejo que marca un ideal de perfección moral, un deber de caridad, y no un precepto de rigurosa justicia: si un cristiano presta a otro –decía Saumaise (*De usuris*, cap. 20, p. 623)– que no sea por el móvil de recibir algo a cambio, o por una reciprocidad de servicios. No habría en ello más que un mérito vulgar. El espíritu de caridad cristiana debe ir más allá: no sólo se debe prestar sin esperar recompensa –que en el caso del préstamo sería el interés– sino que el cristiano debe estar preparado para que eventualmente no le sea devuelto aquello que prestó (en el caso el capital mismo).¹³⁴

Si esta manera de ver las cosas refleja el espíritu de la enseñanza evangélica de prestar sin esperar recompensa –sostiene esta otra interpretación– habría una inconsecuencia en la opinión de los teólogos, de los canonistas y de Pothier, respecto del tratamiento normativo de la posibilidad de pactar intereses en el préstamo, y el derecho a reclamar en justicia la restitución de la propia cosa prestada.¹³⁵ Se señala que las interpretaciones más rígidas de los textos sagrados nunca llegaron a condenar la restitución de la cosa prestada. Ello surge del *Decreto Graciano*¹³⁶ –primera recopilación del derecho canónico, a la que luego se hará referencia–, que recoge citas del concilio Cartaginés y de San Agustín. La primera de las citas dice que se les prohibía a los clérigos presentarse a juicio en búsqueda de ganancias, pero no para evitar una pérdida, así como también que no se les prohibía comparecer a juicio en defensa de intereses ajenos (como los de los pobres o los de la Iglesia). Por su parte, San Agustín dice que no peca quien reclama lo debido, sino quien reclama más allá de lo debido.

¹³³ Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Nueva versión sobre el texto latino con notas y comentarios por Ismael Quiles, S. I., 2ª parte, 2ª sección, cuestión LXXVIII, art. 1, resp. a la segunda objec., p. 316; Pothier, *Oeuvres*, 2ª edición, anotada y correlacionada por M. Bugnet, París, Cosse y Marchal, 1861, Tomo 5º, *Traité de l'usure*, Nº 58 y 59, ps. 65 y 66.

¹³⁴ Saumaise, Noodt y Donneau, cit. por Troplong, *Du Prêt*, Nº 312, p. 247; ver igualmente Turgot, *Memoire sur le prêts d'argent*, 1769 (tr. castellana de J. E. en “Memoria sobre los préstamos de dinero”, en Bentham, Jeremy, *Defence of usury*, tr. castellana del citado J. E.: *Defensa de la usura*, París, Casa del editor, 1828) cap. XI, “Examen y refutación de los argumentos que se sacan de la Escritura contra la legitimidad del préstamo a interés”, p. 167.

¹³⁵ Troplong, *Du Prêt*, Nº 312 y 313, ps. 247 a 249.

¹³⁶ 2ª parte, causa XIV, cuestión 1 (ver la traducción completa de este pasaje en el APÉNDICE 2).

Agrega Troplong que su punto de vista sobre el pasaje del evangelio de San Lucas (“prestad sin esperar recompensa”), en cuanto a que no puede significar una reprobación de la conducta de prestar dinero a interés, es confirmado por otro: el de la parábola de los talentos.¹³⁷

Concuerda con el expresado punto de vista de Troplong, la opinión de A. Merx, según la cual en el pasaje de San Lucas en cuestión (cap. 6, vers. 35) las palabras “μὴ δὲν ἄπελπιζοντες” y su traducción al latín en la Vulgata por “nihil inde sperantes” constituyen una desfiguración de “μὴ δὲνα ἄπελπιζοντες” (=neminem desperantes), que prescriben el préstamo a todo hermano, aun el pobre, sin hablar para nada del interés.¹³⁸

Sin embargo, para Santo Tomás la superabundancia reclamada por el amo a su regreso constituye una metáfora, que simboliza la exigencia de Dios del máximo de bienes espirituales.¹³⁹

Pero volviendo a la Antigüedad, lo cierto es que, más allá del sentido que se les haya atribuido a las enseñanzas de Jesucristo que recogen los Evangelios, los emperadores cristianos a partir de Constantino –primero en legalizar el cristianismo en el año 312 de nuestra era–¹⁴⁰ continuaron autorizando el préstamo a interés.

El propio Constantino dictó una constitución en el 325, con el objeto de imponer límites moderados a la tasa de interés.¹⁴¹ Se ha destacado que la aludida constitución de Constantino fue dictada un mes antes de que el concilio de Nicea (sobre el que volveremos más adelante)

¹³⁷ En el evangelio según San Mateo, capítulo 25, versículos 14 a 30 se relata el caso de un hombre que antes de irse de viaje llamó a sus siervos y les confió sus bienes: a uno le dio cinco talentos, a otro dos, y al tercero uno, según sus capacidades. El que había recibido cinco talentos marchó de inmediato a trabajar con ellos, y obtuvo otros cinco; el de los dos talentos hizo lo propio y consiguió dos; pero el que había recibido uno solo se limitó a guardarlo bajo tierra. Una vez de vuelta el amo les requirió a sus siervos cuenta de lo actuado: aprobó el comportamiento de los dos primeros, pero cuando llegó el tercero, le dijo: “...’Señor sé que eres duro, que cosechas donde no has sembrado y recoges donde no has esparcido. Tuve miedo y fui y escondí tu talento en la tierra. He aquí lo tuyo’. Su amo le respondió: ‘¡Siervo malo y perezoso! ¿Sabías que quiero cosechar donde no he sembrado y recoger donde no he esparcido? Debías pues haber entregado mi dinero a la banca, para que al volver yo, retirase lo mío, con intereses. Quitadle, pues, el talento y dádsele al que tiene diez. Porque a todo el que tiene se le dará y le sobrará, pero al que no tiene, aun lo que tiene se le quitará. Y a ese siervo inútil arrojadlo a las tinieblas exteriores...’” El evangelio según San Lucas, capítulo 19, versículo 11 a 18, relata la misma enseñanza bajo el nombre de “parábola de las minas”. Troplong, *Du Prêt*, N° 312 y 313, ps. 247 a 249.

¹³⁸ Merx, A. cit. por Weber, Max, ob. cit., p. 80, nota 28. En análogo sentido se ha sostenido: “Cuando volvemos los ojos hacia las más antiguas fuentes cristianas, entramos en una terrorífica maraña de contradicciones eruditas... todos los documentos poseen una larga prehistoria antes de alcanzar la forma escrita... Los documentos canónicos (sin hablar de los que después fueron juzgados apócrifos)... se superponen parcialmente con los escritos más tempranos de los Padres de la Iglesia... son defectuosos, en el sentido de que reflejan la controversia eclesiástica tanto como la motivación evangélica, las dificultades de redacción de las descripciones orales de conceptos misteriosos a la forma escrita, y una diversidad de obstáculos lingüísticos. Por ejemplo, los cuatro evangelios declarados canónicos, fueron difundidos, pero no necesariamente escritos inicialmente, en griego coloquial... y fueron pensados en árabe, o son transcripciones de relatos que usaban la lengua árabe en la circulación original, pero que utilizaban citas hebreas y en menor medida, conceptos helénicos o helenizados. Las posibilidades de malentendidos son infinitas. Más aún, no podemos suponer que los evangelios que tenemos reflejan las más antiguas tradiciones orales. El prólogo al evangelio de Lucas aclara que se basa en versiones escritas anteriores, a su vez derivadas de las palabras de testigos oculares: por lo tanto, Lucas es el tercer o quizá el cuarto eslabón de una cadena que se remonta a dos generaciones.” Johnson, Paul, *A history of christianity*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976 (tr. castellana de Anibal Leal, *La historia del cristianismo*, Javier Vergara Editor S. A., Buenos Aires, 1989), ps. 36/7.

¹³⁹ Santo Tomás, ob. cit., 2ª 2ª, cuestión LXXVIII, art. 1, resp. a la 1ª objeción, p. 316.

¹⁴⁰ Langer, ob. cit., vol. 1, p. 190.

¹⁴¹ Dicha constitución fue recogida por la ley 1, del capítulo “De la usura” del *Código Teodosiano*, que fue una recopilación de las constituciones imperiales a partir de Constantino, llevada a cabo por Teodosio II en el año 438 y promulgada como ley para el imperio de occidente en el mismo año por Valentiniano III (Sohm, Rodolfo, *Historia e instituciones del derecho privado romano*, 1883, tr. española de P. Dorado, de la 7ª edición de 1898, Madrid, La España Moderna, sin fecha, p. 170).

impusiera la prohibición del préstamo a interés al clero. Su condición de primer emperador favorecedor del cristianismo, unida a la forma prudente de manejar su administración en lo relativo a las relaciones con los obispos, han hecho suponer a algunos, que su constitución limitativa de la tasa de interés, pero implícitamente permisiva de éste, debió contar con el asentimiento de aquellos.¹⁴² La constitución en cuestión prescribió que en el préstamo de especies tales como el vino, aceite, trigo, granos, etc., el prestamista no podría exigir más del 50%, es decir tres medidas por dos, y en caso del préstamo de dinero no podría exigir más del 12% al año o 1% al mes.¹⁴³ La diferencia en el tratamiento de uno y otro caso es explicada por una constitución de Constantino recogida por el *Código* de Justiniano,¹⁴⁴ que dice así:

«Ciertamente que habiéndose dado en mutuo aceite u otros cualesquiera frutos, la razón de ser incierto el precio aconseja que se admitan aumentos de intereses de la misma materia.»

Por su parte el emperador Teodosio “el Grande” restableció mediante una constitución¹⁴⁵ la pena contra quienes sobrepasaran las tasas de interés permitidas, que establecían las antiguas leyes, aunque esta disposición no fue luego recogida por el *Código* de Justiniano.

§ 14. Conclusiones sobre el problema del interés en la antigüedad

Uno de los puntos que ha quedado claro luego de lo manifestado hasta aquí –no cabe duda– es la aversión del pensamiento antiguo respecto de la percepción de intereses, lo que no debe llamar la atención, habida cuenta de que los préstamos mayormente estaban destinados al consumo, y el crédito productivo llegó a estar muy poco desarrollado. Generalmente el prestamista era una persona rica, y el prestatario pobre, situación que no contribuía a mejorar esta opinión.

Frente a la realidad innegable de que el préstamo a interés se realizaba de cualquier modo, a pesar de las disposiciones limitativas en algunos casos o prohibitivas en otros, y tanto más cuanto mayor era el desarrollo del comercio alcanzado por cada pueblo (tal el caso de Grecia y Roma en la etapa de su expansión), resultaba superfluo abogar a favor del préstamo a interés, y tampoco tenía sentido hacerlo en su contra.¹⁴⁶

¹⁴² Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXX; conf. Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 85.

¹⁴³ Troplong, *Du Prêt*, N° 314 y 315, ps. 251 y 252.

¹⁴⁴ Capítulo “De los intereses”, ley 23.

¹⁴⁵ Dicha constitución del año 386 es recogida en la ley 2, en el capítulo “De usuris” del *Código Teodosiano* (Troplong, *Du Prêt*, N° 316, p. 252 y Préface, p. XCVII en nota “*”).

¹⁴⁶ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 38 a 41.

CAPITULO 5: LA EDAD MEDIA

§ 15. Evolución de las teorías sobre el interés

Las condiciones de vida que se generaron en Europa con posterioridad a la caída del imperio romano (año 476), determinaron un campo propicio a las tendencias contrarias a los intereses –en el plano teórico– que habían imperado en la antigüedad. En estos primeros siglos del medioevo tuvo lugar la “cristianización total de la sociedad europea.”¹⁴⁷ Desde el punto de vista intelectual, para la visión agustiniana –que constituyó el norte de dicho proceso durante la primera parte de la “edad media”–, la labor de los monjes medievales debía ser pasiva: la transmisión del pensamiento de los llamados “Padres de la Iglesia”.¹⁴⁸

Veamos entonces las opiniones que sobre el problema del interés vertieron estos “Padres de la Iglesia”.

Fueron teólogos, que abordaron la cuestión de una forma acorde con el ángulo de su preocupación. Invocaron argumentos basados en el prestigio de la fuente o el autor de los cuales emanaban tales opiniones. Les atribuyeron particular importancia a pasajes de las sagradas escrituras que, sin referirse explícitamente a nuestro problema, eran interpretados –como vimos– en forma contraria a la percepción de intereses. Por otro lado relacionaban la cuestión de la legitimidad de la percepción de intereses con preceptos de amor al prójimo. Luego, sin entrar en la argumentación jurídica y económica, se limitaron a expresar actitudes de desaprobación sobre la cuestión.¹⁴⁹ Breves pasajes de la obra de algunos de éstos (San Agustín, San Jerónimo y San Ambrosio) aparecen reproducidos en el *Decreto Graciano*.¹⁵⁰

En esta primera parte del período no hubo nuevas ideas, además de la ya conocida de la “esterilidad del dinero”, debida a Aristóteles (§ 12). Se advierte ya el deseo de extender la prohibición de percibir intereses, que –como luego veremos– había regido para los sacerdotes desde los primeros tiempos de la organización de la Iglesia, a la legislación civil. Así aparecía

¹⁴⁷ La coronación de Carlomagno por el Papa León III en el año 800 es señalada como el hito simbólico de la realización del proyecto de San Agustín del reino cristiano en la tierra (ver Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 183/4 y 203/204).

¹⁴⁸ Böhm Bawerk, Eugen von, *Capital e interés, Historia y crítica de las teorías sobre el interés*, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español 1947, 2ª edición 1986, ps. 41 y 42.

¹⁴⁹ Böhm Bawerk, ob. cit., lug. cit. nota anterior.

¹⁵⁰ 2ª parte, causa XIV, cuestión 3 (Ver traducción en APÉNDICE 2).

expresado en tiempos de Constantino por Lactancio.¹⁵¹ Sin embargo, veremos luego que la eficacia con que la Iglesia Oriental llevó adelante este propósito fue distinta que la que correspondió a la Iglesia Latina.¹⁵²

Dentro de la Iglesia Oriental es del caso mencionar a San Basilio.¹⁵³ Con relación al tema trató de difundir entre los laicos la idea del préstamo gratuito. Consideraba que, de acuerdo con los textos sagrados, la usura era un vicio.¹⁵⁴ San Gregorio Niseno,¹⁵⁵ no encontró diferencia entre la usura y otros graves delitos como el latrocinio, el bandolerismo y el parricidio; retomó el argumento de la esterilidad del dinero, y comparó a la usura con un robo. Reconocía que en ese momento no existían penas canónicas contra la usura y se asombraba de ello, a pesar de las disposiciones del concilio de Elvira.¹⁵⁶ Se conserva de él un texto conocido como *Contra quienes practican la usura*, en el que trata el problema del préstamo de interés desde la óptica exclusiva del préstamo para consumo.¹⁵⁷ San Gregorio de Nazianzo, también criticó el préstamo a interés.¹⁵⁸ San Juan Crisóstomo,¹⁵⁹ en este tema se caracterizó por declarar la guerra a la ley civil por ser demasiado indulgente; se apoyó igualmente en el argumento de la esterilidad del dinero.

En la Iglesia Latina hay que mencionar a San Ambrosio.¹⁶⁰ Se destacó por la descripción de la dureza de las circunstancias de la época, relativas a la situación de los deudores, similar a la registrada entre los romanos de los primeros tiempos: señaló cómo los acreedores llegaban a secuestrar los cadáveres de los deudores e impedían su sepultura, y cómo otros hacían que sus deudores vendieran a sus hijos en pago de las deudas de los padres.¹⁶¹

¹⁵¹ Escritor cristiano de origen africano que vivió entre el 260 y 340 de nuestra era.

¹⁵² Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXXXVI y sig.

¹⁵³ Arzobispo de Cesarea de Capadocia (hoy Kayseri ciudad de Turquía, en Anatolia central), que fue ordenado sacerdote en el año 364, obispo de Cesarea en el 370 y falleció en el 379.

¹⁵⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXXXVII a LXXXIX.

¹⁵⁵ Obispo de Nisa (pequeña localidad de Capadocia y hermano de San Basilio, nacido en el 335 (?) también en Cesarea de Capadocia y fallecido en el 395).

¹⁵⁶ Concilio celebrado en España en el 305, sobre el que se discute si habría prohibido la usura a los laicos, según se verá más adelante en el § 16 (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. LXXXIX a XCII y p. LXXIX, nota 3).

¹⁵⁷ Ver el texto de la homilía de San Gregorio Niseno ("Contra los que practican la usura") tomado de una traducción del griego al inglés del Hermano Casimir McCambley (traducción al castellano del autor) en APÉNDICE 1.

¹⁵⁸ Fue otro padre de la Iglesia de Oriente, amigo de San Basilio y capadociano como él, nacido en el 330 y fallecido en el 395 (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XCII y sig.).

¹⁵⁹ Nació en Antioquía en el 344, se ordenó sacerdote en el 386. Fue patriarca de Constantinopla, y murió en el 407. Fue célebre por su oratoria. (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. XCIII a XCV).

¹⁶⁰ Nacido en el 340 en Tréveris, fue obispo de Milán y murió en el 397.

¹⁶¹ San Ambrosio, *De Tobia*, cap. 8 a 10, cit. por Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. C; Messa, ob. cit., N° 214, p. 337. En un orden de cosas más general, es de destacar la trascendencia de las ideas económicas de San Ambrosio, toda vez que su condena al comercio -creía que el comercio honesto era una contradicción en si misma- y la propiedad privada, así como su creencia en que la mejor forma de propiedad era la tierra heredada, y que su cultivo y aprovechamiento eran meritorios, confluyeron para conformar una de las doctrinas económico-religiosas más importantes para el cristianismo de la edad media, consistente en considerar a la agricultura como la única manera de ganar dinero no ofensiva (ver Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 128).

Propuso a la sociedad de su época el ejemplo de Tobías,¹⁶² que a pesar de su extrema pobreza, es un hombre desprendido, y por ello es recompensado por Dios.¹⁶³ San Jerónimo,¹⁶⁴ fundamentó su ataque al préstamo a interés en el progreso moral que entiende que significa el Nuevo Testamento respecto del Antiguo, al haber extendido –según su interpretación– la prohibición del préstamo oneroso –que entre los judíos regía sólo entre hermanos– a toda la humanidad (§ 12). Sostuvo que se engañan quienes creen estar en paz con la Iglesia prestando las cosas fungibles al 50% –como lo admitía Constantino– y que por el contrario la usura no se encuentra sólo en el dinero.¹⁶⁵ Por último, San Agustín¹⁶⁶ se refirió al problema de los intereses obtenidos sobre la base de las leyes civiles que los permitían, y consideró que se trataban de bienes mal adquiridos.¹⁶⁷

A partir del siglo XII, los cambios progresivos en la vida social (incremento de la vida urbana, desarrollo del comercio, etc.)¹⁶⁸ empezaron a tornar gravosa la prohibición del préstamo a interés. Por consiguiente su defensa debió hacerse más intensa. Y es entonces cuando los teólogos de la Iglesia reaccionaron de diferente modo: por un lado, los teólogos y canonistas puros se mantuvieron en una actitud inflexible, contraria a la práctica del préstamo a interés; en segundo lugar los teólogos escolásticos adoptaron una actitud más “política”, que implicó un intento de reconciliación entre los intereses en juego; por último, una tercera clase de teólogos optaron por las argumentaciones sutiles y capciosas, que permitían salvar las apariencias de respeto a los principios rígidos, a la par que abrían resquicios en las reglas establecidas. Entre los mencionados, son los *escolásticos* los que presentan mayor interés teórico, a partir de nuevos argumentos obtenidos de principios racionales, deducidos a su vez del derecho natural.¹⁶⁹

Vuelve a aparecer en este período la idea de la “esterilidad del dinero”, resaltada con más fuerza. Según autores como González Telles y Covarrubias, el interés es un parásito que vive de la laboriosidad de otros.¹⁷⁰

¹⁶² Hijo de Tobit, personaje de un libro del Antiguo Testamento.

¹⁶³ San Ambrosio, ob. cit., citado por Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. C a CIII.

¹⁶⁴ Nació en el 331 y murió en el 420.

¹⁶⁵ Ver un pasaje de San Jerónimo sobre este punto, tomado de Ezequiel, lib. 6 cap. 18, en la traducción del *Decreto Graciano*, 2ª parte, causa XIV, cuestión III, en APÉNDICE 2 (ver Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CIII y sig.).

¹⁶⁶ Nació en Afrecha en el 354, fue obispo de Hipona -antigua ciudad del citado continente- donde murió en el 430.

¹⁶⁷ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CV y sig.

¹⁶⁸ Pirenne, Henri, *Histoire économique et sociale du moyen âge*, Presses Universitaires de France, Paris, 1933 (tr. castellana de Salvador Echavarría, *Historia económica y social de la edad media*, Fondo de Cultura Económica, Méjico-Buenos Aires, 1939, 1ª reimpresión en Argentina, 1980), ps. 92 y sig.

¹⁶⁹ Böhm Bawerk, ob. cit., p. 44; Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXXV y CXXVI.

¹⁷⁰ Böhm Bawerk, ob. cit., p. 45; conf. Le Goff, Jacques, *Marchands et baquiers du moyen âge*, Presses Universitaires de France, Paris, 1956 (tr. castellana de Natividad Massanes, *Mercaderes y banqueros de la edad media*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, 4ª edición, 1969), p. 79; ver también Santo Tomás, *Suma...*, 2ª 2ª, cuest. LXXVII, art. IV, p. 312 de la ed. citada.

Un argumento que nació en estos años es el de la “consumibilidad del dinero” y demás bienes fungibles, que es debido a Santo Tomás. Según este razonamiento, las cosas fungibles son de una naturaleza tal que, al consumirse con su uso, no es posible distinguir el uso de la cosa misma; por lo tanto, cuando se dan en préstamo, no se hace otra cosa que transferir la propiedad de las mismas. De esto se concluye que exigir un precio por el uso, sería tanto como pretender cobrar dos veces por la misma cosa o por algo que no existe.¹⁷¹

Como consecuencia del argumento anterior se sostuvo (González Téllez y Vacconius o Vacuna) que, si la cosa (fungible) prestada pasó a propiedad del deudor, el uso que él hace de ella, es el de una cosa propia; y si pagara por ello alguna suma al acreedor, sería por el uso de una cosa ajena para éste.¹⁷²

Por último se desarrolló otro argumento que algunos atribuyen a Santo Tomás, y que habría expuesto en una obra de cuya autenticidad se duda,¹⁷³ que sostenía que el interés sería el precio obtenido fraudulentamente como contrapartida de algo que es común a todos, como el “tiempo”. El tiempo es un bien dado por Dios a todos los hombres por igual, y nadie tiene derecho a lucrar con él.¹⁷⁴

Al lado de la teoría negatoria del interés, el pensamiento económico de los teólogos de esta segunda mitad de la edad media, encontró diversas circunstancias en las que era lícito percibir una retribución, aun cuando guardaran una estrecha similitud con el “interés” propiamente dicho: se trataba de los casos del *damnum emergens*, del *lucrum cessans* y del *periculum sortis*.

Con relación al primero de dichos conceptos, Santo Tomás en su *Suma Teológica*,¹⁷⁵ por ejemplo, admitía la posibilidad de que el prestamista pactara un resarcimiento por el daño que se le siguiera por prestar su dinero. Esta justificación puede aplicarse a cuando el prestamista tiene destinado el dinero para adquirir ciertos bienes, pero en lugar de adquirirlos da el dinero en préstamo, y cuando el dinero le es devuelto, la cosa que iba a adquirir aumenta de valor. Esto es así, se dice, porque nadie está obligado a hacer a otro un beneficio con daño propio.

Pero esta no es la única manera en que se le puede causar perjuicio a alguien; si se le frustra la adquisición de aquello que estaba en camino de adquirir, se configura el segundo de los

¹⁷¹ Santo Tomás, *Suma...*, 2ª 2ª, cuest. LXXVIII, art. I, p. 315 de la ed. citada; Pothier, *Traité de l'usure*, N° 55 y 56, ps. 64 y 65; Troplong, *Du Prêt*, N° 320, p. 254 y sig.; Böhm Bawerk, ob. cit., p. 45; Cardahi, ob. cit., p. 46.

¹⁷² Böhm Bawerk, ob. cit., p. 46.

¹⁷³ *De usuris*, I parte, cap. 4.

¹⁷⁴ Böhm Bawerk, ob. cit., lug. cit.; Le Goff, ob. cit., p. 80.

¹⁷⁵ 2ª 2ª, cuestión LXXVIII, art. 2º, resp. a la objeción 1ª.

supuestos antes mencionados: el *lucro cesante*.¹⁷⁶ Ello se ve por ejemplo, cuando el deudor retiene el dinero del acreedor más allá del vencimiento: con ello se daña al acreedor en tanto que se le priva del lucro que hubiera podido obtener por ese dinero, aunque esto no es una ganancia “en acto”, sino tan sólo “virtual”.

En cuanto al *periculum sortis*, se admite que si hay dudas sobre el resultado de una operación, se justifica la percepción de una compensación. Con relación a este punto Gilberto de Lessines¹⁷⁷ declara que “la duda y el riesgo no pueden borrar el espíritu de lucro, es decir la usura”, pero cuando hay “incertidumbre y no cálculo... la duda y el riesgo no pueden equivaler a la equidad de la justicia”.

Para completar este panorama, cabe agregar que se admitieron como causas de justificación de la ganancia: la cesión del uso de cosas “no consumibles”, la explotación directa del capital por su propietario, o sea mediante el trabajo personal desarrollado con la ayuda de bienes productivos (puesto que no se distinguía que el trabajo podía ser objeto de una retribución separada de la correspondiente al capital), y por último, la aportación de dinero con destino exclusivo a una sociedad. Respecto del *stipendium laboris*, no fue difícil su encuadramiento como forma de trabajo en el caso del “mercader-viajero”, hombre errante, y expuesto a numerosos riesgos. Si bien el lucro –dice Santo Tomás–¹⁷⁸ no implica en su esencia ninguna cosa honesta, puede resultar justificable cuando se destina al sustento de la familia, o se aplica al interés general (para proveer de cosas necesarias a la población). Más compleja resultó la justificación de la tarea del “mercader-sedentario-capitalista”, para quien la asimilación al trabajo se encontró más bien en el servicio que aportaba su capital y su organización.¹⁷⁹

Fuera del ámbito cultural del cristianismo, es interesante señalar cómo –en el judaísmo– algunos comentaristas del *talmud*, se esforzaron en encontrar justificación a ciertas prácticas comerciales que consideraban equitativas y que no violaban la ley, tales como el aumento del precio del reembolso, las asociaciones comerciales que incluían el pago de un sueldo al prestamista, o le concedían una parte de los beneficios, o la permisión a un prestamista para que prestase dinero a quien no era judío, aunque a su vez lo prestara a un judío.¹⁸⁰ Esto, como luego veremos, agravó la situación de los judíos en su relación con el resto del mundo, puesto que esta

¹⁷⁶ Santo Tomás, ob. cit., cuest. LXII, art. 4.

¹⁷⁷ Citado por Le Goff, ob. cit., ps. 85/6.

¹⁷⁸ Ob. cit., 2ª 2ª, cuest. LXXXVII, art. IV.

¹⁷⁹ Böhm Bawerk, ob. cit., ps. 47 y 48; Le Goff, ob. cit., p. 86.

¹⁸⁰ Johnson, La historia de los judíos, p. 179.

interpretación de la ley prácticamente los forzaba a dedicarse al préstamo de dinero a los no judíos, lo que a su vez acrecentaba su impopularidad, generando un círculo vicioso.¹⁸¹

En cuanto al islamismo –la tercera religión monoteísta–, también prohibió el préstamo a interés. Los musulmanes denominaban “*riba*” a: todo excedente sobre el capital prestado que no fuera justificado por una ventaja correspondiente consentida por el deudor; una mejora en la calidad de la cosa entregada, por sobre la que correspondía a la debida; y por último, un anticipo en el momento del pago, respecto de la fecha comprometida.¹⁸² Su prohibición se encuentra en el *Corán*, *sura* (capítulo) II, vers. 275 a 280.¹⁸³

Veremos a continuación de qué manera se volcaron estas ideas en las legislaciones europeas, tanto en la canónica como en las civiles.

¹⁸¹ “Si ahora permitimos tomar intereses de los que no son judíos lo hacemos a causa del interminable yugo y la carga que los reyes y los ministros nos imponen, y todo lo que tomamos es el mínimo necesario para nuestra subsistencia; y de todos modos, estamos condenados a vivir en las naciones, y no podemos ganarnos la vida de otro modo que no sea los asuntos de dinero con ellos; por lo tanto, no debe prohibirse cobrar interés.”, cit. por Johnson, *La historia de los judíos*, p. 180.

¹⁸² Cardahi, ob. cit., p. 527.

¹⁸³ Aquellos que practiquen la usura no saldrán de las tumbas, sino como malditos agitados por el Demonio, porque han dicho que no hay diferencia entre la venta y la usura. Dios ha permitido la venta y prohibido la usura. Al que alcanzara esta advertencia del señor y que renunciara al mal, recibirá el perdón del pasado y el Cielo será testimonio de su acción. El que retornara al crimen será la presa de un fuego eterno; absteniéndose, conserve lo que ha alcanzado un vez y su causa estará en las manos de Alá, pero los que reincidan, irán al infierno, donde permanecerán eternamente... Creyentes, teman a Alá y renuncien al *riba*, si son creyentes, pero si no lo son, esperen la guerra de Alá y de su enviado (Cardahi, ob. cit., p. 528).

§ 16. El derecho canónico¹⁸⁴

Los primeros tiempos de vida de las comunidades cristianas no generaron mayores problemas de organización, por lo que la labor de los Apóstoles y primeros pastores estuvo dirigida principalmente a propagar la fe cristiana.¹⁸⁵ Ello no obstante que algunos sostienen que ya en las primeras reuniones o “concilios” de la cristiandad habría habido referencias a la cuestión de la usura, como problema de la organización interna del sacerdocio. En efecto, Saumaise¹⁸⁶ transcribe la versión latina del documento al que se le atribuye ser el más antiguo de la Iglesia en esta cuestión, conocido como el “canon 44 de los Apóstoles”, y que dice:

¹⁸⁴ La primitiva sencillez de los documentos jurídicos con que se manejaba la Iglesia de los inicios, fue dando lugar a un profusa producción de disposiciones. Así es como comienza la labor de recopilación de tales documentos, por primera vez en Oriente en el siglo IV. Tales cánones fueron agregados a una colección elaborada en Italia en el siglo VI por el monje Dionisio *el Exiguo*. Estas recopilaciones, como muchas otras que se fueron produciendo, eran obra de particulares, y se llevaban a cabo sin que la autoridad eclesiástica les diera carácter oficial. Por tal razón, muchas veces la autenticidad y fidelidad de los documentos incorporados a las mismas fue motivo de controversias. En España, en momentos del mayor esplendor de la cultura visigótica, se produce por el mismo San Isidoro de Sevilla, o al menos bajo su dirección o inspiración, otra colección de documentos denominada la *Hispana* (Cavalario, Domingo, *Instituciones de derecho canónico*, 1835 -tr. del latín al castellano por Juan Tejada y Ramiro-, 4ª edición, corregida por Vicente Salvá, París, Librería de don Vicente Salvá, 1846, Tº 1, p. 34 y sig.; López Ortiz, José en el Prólogo al *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1952, ps. XIX y XX).

Un capítulo aparte en la historia de la recopilación de las fuentes del derecho canónico lo constituye la *Seudoisidoriana*, también conocida como *Falsas Decretales*. Esta colección, al parecer, se debe a algún obispo separado de sus funciones en el noroeste del imperio franco, a fines del siglo IX, que firmó Isidoro Mercator o Pecator, quizá con el propósito de hacer creer que su colección era la de San Isidoro de Sevilla. En efecto, la particularidad de este documento, radica en que además de documentos tradicionalmente recibidos, como los contenidos en la colección de Dionisio el Exiguo, la *Hispana*, etc., se incluyeron otros no auténticos y atribuidos arbitrariamente a fuentes autorizadas. Estas adulteraciones se hacían -aparentemente- para influir en determinado sentido en conflictos del momento, apoyados en la aparente autoridad de los textos que se incluían en tales recopilaciones. En el caso se procuraba argumentar en favor de las posiciones de los obispos que disputaban con los arzobispos, y pretendían depender directamente del papa, quien se fortalecía con ello (Langer, ob. cit., vol. 1 p. 328; ver voz “Decretales (Falsas Decretales)”, en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.*, Barcelona, Buenos Aires, Santiago, Montevideo, La Habana, México, Lima, Montaner y Simón (España) - Sociedad Internacional (América), 1912, Tº VII, p. 168; López Ortiz, ob. cit., p. XX; Cavalario, ob. cit., ps. 58 y 59).

A partir del papa San Gregorio VII (1073-1085) la actividad canónica se va concentrando en Roma. Así nace la *Concordia discordantium canonum*, conocida también como *Decreto Graciano*, debida al monje del mismo nombre, quien había enseñado derecho canónico en Bolonia, y habría compuesto su obra entre el 1139 y 1142. El decreto consiste en una recopilación de diversas disposiciones eclesiásticas aparecidas hasta ese momento, coordinadas en los aspectos en que las mismas se contradecían por criterios de solución denominados *dicta Gratiani*. Los *dicta* no tienen valor de fuente; solo lo tienen los textos originales. Está dividido en tres partes. Los temas vinculados a la usura están en la segunda. Esta parte está dividida en 36 casos (*causas*), y éstos en cuestiones y cánones (Sohm, ob. cit., p. 194, y sig. nota 1).

La primera recopilación oficial y que contó con aprobación pontificia, es la que se conoce con el nombre de las *Decretales del Gregorio IX*, iniciadas bajo Inocencio III en 1210, y publicadas en 1234 por Gregorio IX. Están divididas en cinco libros, y éstos en títulos y cánones.

Las disposiciones de los papas comprendidos entre el 1234 y el 1282, fueron compiladas por Bonifacio VII en una colección que -por continuar a los cinco libros de la colección gregoriana- se llamó *Libro Sexto de las Decretales*. Se divide también en cinco libros y éstos en títulos y cánones.

Clemente V recopiló sus propias decretales, que fueron aprobadas en 1324; esta colección se conoce con el nombre de *Clementinas*, se dividen igualmente en cinco libros y cada uno de los cánones se llama *clementinas*.

Más tarde se publicaron otras dos colecciones que -por estar fuera de las anteriores- se las llamó *Extravagantes*: una de ellas contiene las decretales del papa Juan XXII (1316-1334) y la segunda contiene decretales de diversos papas hasta Sixto IV (1471-1484).

A partir de la aparición de la imprenta se acostumbra a difundir los antedichos textos en una sola obra y Gregorio XIII designa a la misma con el nombre de *Corpus Iuris Canonici*, en 1580.

Por último, en 1661 se publicaron las decretales de los papas Sixto IV y V en el denominado *Libro Séptimo de las Decretales* (Sohm, ob. cit., p. 194 y sig., nota 1; López Ortiz, ob. cit., Prólogo, ps. XXI y XXII).

Esta es la descripción de las fuentes del derecho canónico medieval, que permiten conocer la legislación de la Iglesia en materia de la *usura*. Pero esta legislación, que constituye una de las vertientes que contribuyeron a cimentar nuestra cultura jurídica europea-continental (el *civil law* para los anglosajones: ver Merryman, ob. cit., p. 29 y sig.) no tuvo aplicación directa ante los tribunales seculares, sino solamente ante la jurisdicción canónica. Su influencia ante los tribunales civiles se materializó a través de la escuela de los post-glosadores o comentaristas (Sohm, ob. cit., p. 196 y sig.).

Hay que agregar, en cuanto a la individualización del derecho canónico medieval, que si bien el conocimiento que tenemos de él proviene -como se dijo- de su recopilación en el *Corpus Iuris Canonici*, la autenticidad de sus documentos -también en materia de usura- no está exenta de controversias, como se verá en oportunidad de comentar la decretal de Gregorio IX referida al préstamo a la gruesa.

¹⁸⁵ López Ortiz, José, ob. cit. p. XVIII.

¹⁸⁶ Saumaise, *De usuris*, después de su Prefacio, citado por Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXIX, texto y nota 1; ver en igual sentido Pothier, *Traité de l'usure*, N° 62, p. 67, que contiene la misma transcripción.

“El obispo, el presbítero o el diácono que exige intereses de los deudores, o cesa, o ciertamente es condenado”.¹⁸⁷

A partir del final del siglo III se tienen los primeros antecedentes de concilios – reuniones de obispos– llevadas a cabo con el propósito de regular cuestiones disciplinarias del clero. El más antiguo del que se tendrían antecedentes sería el llevado a cabo en Ilíberis (también conocida como Ilíberi o Iliberri), por alrededor del año 300.¹⁸⁸ Pothier¹⁸⁹ atribuye al canon vigésimo de este concilio la prohibición de practicar el préstamo a interés, no solo a sacerdotes, sino también a los laicos, aunque Troplong¹⁹⁰ está en desacuerdo al respecto.

El primer concilio general o ecuménico tuvo lugar en Nicea en el año 325.¹⁹¹ El canon 17 de este concilio se limitó a prohibir la usura a los sacerdotes, sin referirse a los laicos.¹⁹² Teniendo en cuenta la constitución permisiva del interés (aunque moderando su tasa) que el mismo Constantino dictó en ese mismo año 325 para el Imperio, y las relaciones que éste mantenía con los obispos de su tiempo, habida cuenta de haber sido el primer emperador que legalizó el cristianismo (y que recibió el bautismo en su lecho de muerte), no debe sorprender que el concilio niceno se limitara a legislar solamente para los clérigos.¹⁹³

La iglesia Oriental se enfrentó a una realidad tal que no le permitió mantener el rigor del concilio de Nicea, y en un concilio citado por Troplong (que éste individualiza como *in Trullo*), se limitó a prohibir el préstamo a interés solo a los “clérigos mayores” (es decir obispos, clérigos y diáconos), y no alcanzaba sino a la *usura centesima*; es decir, que no comprendía a los intereses inferiores autorizados por las leyes imperiales. Más aún, según algunos, los clérigos orientales habrían sido quienes, obligados a mitigar el rigor del concilio niceno, recurrieron a la

¹⁸⁷ “*Episcopus aut presbyter, aut diaconus, usuras a debitoribus exigens, aut desinat, aut certe damnatur*”. Probablemente este documento se refiera a algunos de los llamados “concilios de los apóstoles”. Los cuatro primeros tuvieron lugar en Jerusalén entre los años 33 ó 34 y 56 de nuestra era. Se discute acerca de un quinto que habría tenido lugar en Antioquía, uno de cuyos cánones contendría una recomendación de evitar la avaricia y la usura. Ver voz “Concilios Apostólicos” en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano* cit., Tomo V, p. 677.

¹⁸⁸ López Ortiz, ob. cit., Prólogo, p. XIX. Con relación al nombre de la ciudad que se cita en el texto, cabe señalar que el mismo corresponde a una ciudad de España que algunos confunden con Elvira (ver voz “Elvira”, en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*, Tº VIII, p. 222). Esa debe ser la razón por la cual Pothier (*Traité de l'usure*, Nº 63, p. 68) y Saumaise (citado por Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXIX, nota 3) lo identifican como “Concilio de Elvira”, celebrado en el año 305.

¹⁸⁹ Ob. cit., y lug. cit. en p. 88, nota 3.

¹⁹⁰ Troplong se basa para ello en que San Gregorio de Nisa (ver § 15) ignoró esa disposición local, y consideró que en su tiempo no hubo penas canónicas contra la usura (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXIX, texto y nota 1; comp. voz “Iliberri o Ilíberri”, en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*, Tº XI, p. 737 y sig., donde se extractan pasajes de Menéndez Pelayo, *Heterodoxos españoles*).

¹⁹¹ Los concilios generales o ecuménicos eran llamados así por oposición a los nacionales o provinciales. Los ocho primeros concilios de la Iglesia católica -conocidos como los “concilios de oriente”, fueron convocados por el Emperador. En el caso particular del de Nicea, fue convocado por Constantino para resolver la controversia entre Arrio (a quien se debe la “herejía arriana”) y el obispo Alejandro (Langer, ob. cit., vol. 1 p. 222; ver igualmente voz “concilio”, en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*, Tº V, p. 676).

¹⁹² Ver la transcripción de este canon en el *Decreto Graciano*, 2ª parte, causa XIV, cuestión IV, c. VIII. Todas las citas del *Decreto Graciano* podrán verse en la traducción del APÉNDICE 2. Ver igualmente Pothier, *Traité de l'usure*, Nº 64, p. 68; y Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXIX; Messa, ob. cit., Nº 214, p. 336 y sig.

¹⁹³ Respecto del contenido del mencionado canon 17 del concilio, la expresión *centesimas exigunt* ha motivado controversias en cuanto a si debía ser entendida como que prohibía exigir cualquier tipo de intereses, o si sólo vedaba la exigencia de intereses excesivos (los superiores a la *usura centesima* que había sido la tasa máxima entre los romanos). El autor de *Traité de billet de commerce*, publicado en Lille, que cita Pothier, se inclinó por la primera (Pothier, *Traité de l'usure*, Nº 64, p. 69).

sutileza de una combinación de tres contratos para disimular la usura, según más adelante volveremos a ver.¹⁹⁴

En cuanto a la Iglesia Latina, los concilios provinciales posteriores al general de Nicea, no habrían sancionado penas contra los que practicaban el préstamo a interés, permitido a la sazón por la ley civil. No obstante ello, Troplong apunta que durante el siglo IV, en el concilio de Cartago¹⁹⁵ se sostuvo que la usura realizada por los laicos es contraria a la palabra de Dios.¹⁹⁶

El primer antecedente concreto de prohibición del préstamo a interés a los laicos, lo tenemos en una carta decretal del Papa San León *Magno*, del año 445, que vedaba tal práctica no sólo a los clérigos, sino a todos quienes quisieran ser llamados “cristianos en la fe”.¹⁹⁷ En la determinación del marco histórico que dio lugar a esta disposición, no puede dejar de señalarse el hecho que la falta de residencia permanente de los emperadores en Roma y las invasiones bárbaras, habían dejado al obispo de Roma (el Papa), sin competencia política y en uso de una mayor libertad, así como el prestigio personal ganado por San León, no sólo por su gran cultura, sino por el episodio que relata la tradición de su milagrosa detención del avance de Atila sobre Roma.¹⁹⁸

Luego de ello, siguió el concilio de Tarragona¹⁹⁹ en el 516. En el *Decreto Graciano* (APÉNDICE 2: 2ª parte, causa XIV, cuestión IV, c. IV) se cita otra reunión de obispos individualizada como “concilio del Papa Martín”,²⁰⁰ que no hizo más que renovar las disposiciones del concilio niceno.²⁰¹

No obstante los esfuerzos de la Iglesia para imponer la vigencia de la prohibición del préstamo a interés, hay indicios que demuestran que esta práctica continuó. Troplong refiere algunas anécdotas que muestran a distintos obispos, en lo que hoy es Francia, durante los siglos V y VI, aceptando como naturales tales operaciones.²⁰²

¹⁹⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XCVIII y sig.

¹⁹⁵ El primero de los concilios de Cartago, al que nos referimos, tuvo lugar en el año 348, y no tuvo carácter general (ver voz “Cartago”, en *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano*, Tº IV, p. 827).

¹⁹⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CVI. Respecto del III y IV concilio Cartaginés, realizados en el 397 y 398 respectivamente, que no contuvieron prescripciones contra la percepción de intereses por los laicos, se pueden consultar breves transcripciones en el *Decreto Graciano* (APÉNDICE 2), 2ª parte, causa XIV, cuestión IV, c. VI y cuestión I, c. I.

¹⁹⁷ Ver la transcripción que trae el *Decreto Graciano* (APÉNDICE 2), 2ª parte, causa XIV, cuestión IV, c. VII.

¹⁹⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CVI, texto y nota 4; Langer, ob. cit. ps. 222 y sig.

¹⁹⁹ Butera, ob. cit., p. 122 y sig.; Pothier, *Traité de l'usure*, N° 65, p. 123. Algunas disposiciones de dicho concilio se transcriben en el *Decreto Graciano* (APÉNDICE 2), 2ª parte, causa XIV, cuestión IV, c. III y V.

²⁰⁰ Este papa reinó entre los años 649 a 655.

²⁰¹ Butera, ob. cit., p. 123.

²⁰² Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CVII a CX.

Las circunstancias políticas imperantes durante el siglo VIII²⁰³ determinaron la dependencia de los papas de la ayuda de los francos y de Carlomagno en particular. Así fue que bajo su influjo, la Iglesia obtuvo su propósito –que no había conseguido antes– de abrogar las leyes imperiales permisivas de la usura. En efecto, una capitular²⁰⁴ del año 789, originada en una reunión en Aix-la-Chapelle (Aquisgrán), prohibió el préstamo a interés tanto a clérigos como a laicos.²⁰⁵

A partir de los concilios de Meaux del 845, de París del 850 y el 3º de Valence del 855, y desde entonces durante toda la edad media, la práctica del préstamo a interés se sancionó con la excomunión.²⁰⁶

A mediados del siglo XI el papado consiguió restablecer su independencia y reafirmar su autoridad espiritual sobre la cristiandad.²⁰⁷ Como consecuencia de esta nueva situación se reanuda los concilios generales,²⁰⁸ y sobre el final del siglo el derecho canónico comenzó la renovación del derecho romano para adaptarlo a la época, en particular sobre la materia del préstamo a interés.²⁰⁹

Durante este período la prohibición canónica del interés adquirió su mayor dureza. Quienes infringían tal prohibición fueron considerados “infames”, apartados de los lugares santos y privados de la sepultura eclesiástica, según lo resolvió el II Concilio Ecuménico de Letrán celebrado en el 1139 bajo el Papa Inocencio II.²¹⁰

En el año 1173 el Papa Alejandro III dicta una constitución en respuesta a una consulta del arzobispo de Génova, en la que se le pedía opinión sobre si era lícito en la compraventa establecer un precio diferente de la cosa vendida, en función del plazo del pago del mismo (ver § 48).²¹¹ La respuesta de Alejandro III, ante la consulta mencionada fue la siguiente: si el

²⁰³ Tales circunstancias fueron las luchas de los papas contra los lombardos. Si bien Carlomagno ayudó a consolidar el poder terrenal de la Iglesia en Italia, progresivamente, hacia el siglo IX, empezó a producirse un debilitamiento de la autoridad del Papa sobre los obispos, así como de la unidad de la Iglesia occidental. Como consecuencia de lo expuesto, Carlomagno ejerció una gran influencia sobre la iglesia franca, y llevó a cabo un gobierno teocrático, en el que fallaba sobre cuestiones dogmáticas, efectuaba designaciones en el clero y presidía los sínodos. (Langer, ob. cit., vol. 1, ps. 236 a 241).

²⁰⁴ Reunión de obispos y señores del reino, convocada y presidida por Carlomagno, para tratar asuntos temporales y religiosos.

²⁰⁵ Otra capitular del año 813 renovó -con el mismo alcance- dicha prohibición. En el 816, una nueva capitular, bajo Luis-le-Débonaire, repitió las anteriores. En igual sentido se alinean diversos concilios de la época, tales como los de Reims, Mayence y Chalons del 812, Constanza del 814, el sexto concilio de París del 819 y también el de París del 829 (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XCI; Pothier, *Traité de l'usure*, N° 65, ps. 69 y 70; Messa, ob. cit., N° 214, p. 338 y Butera, ob. cit., p. 123).

²⁰⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XCI, texto y nota 4.

²⁰⁷ Langer, ob. cit., vol. 1, ps. 329 y sig.

²⁰⁸ A partir de este momento, se inicia la serie conocida como de los “concilios latinos”.

²⁰⁹ Sohm, ob. cit., p. 194.

²¹⁰ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 65, p. 70; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXI, texto y nota 5.

²¹¹ Esta decretal marca dos aspectos: por un lado, la extensión de la preocupación canónica por perseguir la usura más allá del contrato de préstamo a interés -donde se había iniciado su persecución- hasta alcanzar a otros contratos de crédito. Por otro lado, la manifestación de ciertas distinciones que con el tiempo van a permitir abrir una brecha en la cerrada estructura de prohibiciones, como el caso del concepto de “lucro

comerciante ha tenido justa razón de creer que la mercadería aumentará de valor y no teniendo intención de venderla sino hasta la época en que alcanzaría ese mayor valor, y hubiera consentido para satisfacer al comprador a no considerar ese tiempo, podrá obtener una compensación por esa concesión. Pero si todas esas circunstancias no se verifican, el vendedor comete un pecado. Por lo tanto, agrega el papa a los genoveses, que en caso de duda será conveniente abstenerse de tales contratos.²¹²

Por su parte el III Concilio General de Letrán, celebrado bajo el mismo Alejandro III en el 1179, se quejó de que muchas personas descuidaban sus negocios y se entregaban al ejercicio del préstamo a interés como una especulación permitida, por lo tanto renovó las penas contra los usureros públicos y decidió excluirlos de la comunión y la sepultura cristiana.²¹³ Asimismo, bajo el mismo pontífice, al año siguiente, el concilio de Tours, emitió una disposición por la que prohibía a los eclesiásticos percibir intereses mediante contratos de prenda (*anticresis*, ver § 49), bajo pena de destitución, y otra que extendía la prohibición a los laicos.²¹⁴

Años más tarde, en el 1213, el papa Inocencio III envió una carta al arzobispo de Narbona, donde exhortaba a los príncipes y autoridades civiles a tratar con rigor los excesos de los judíos en materia de usuras, o bien a hacerlos cumplir con las disposiciones legales. Esta recomendación era a propósito de las autorizaciones conocidas como “tablas de préstamos”, que por esos años los monarcas acostumbraban a otorgar a los judíos y lombardos, a cambio de un precio, para ejercer la actividad de banqueros. Prohibía el Papa a los cristianos en dicha carta, tener cualquier tipo de relación comercial con los judíos bajo amenaza de excomunión.²¹⁵

En ese año 1213, el mismo papa Inocencio III dictó una decretal que permitía que, por hallarse un hombre en estado de prodigalidad, el dinero dotal de la mujer fuera entregado a un comerciante para que con parte de su honesto lucro se pudieran sostener las cargas del matrimonio. Si bien esta disposición no se refiere directamente al préstamo a interés, algunos

cesante”. Como hemos visto, esta causa de justificación para la percepción de intereses aparece luego en Santo Tomás, aunque no en razón de la “compensación” del uso del dinero, sino a modo de “reparación” de un perjuicio.

²¹² *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, De usuris, cap. VI (en adelante las referencias a las *Decretales Gregorianas* pueden ser consultadas en la traducción del APÉNDICE 3); conf. Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXXI; Le Goff, ob. cit., p. 85. Si bien la lectura del texto de la decretal confirma la opinión de los comentaristas citados en cuanto a la flexibilización del principio de la prohibición de la usura, hay que advertir que la morigeración no se establece de una manera franca y segura, toda vez que la redacción empleada manifiesta una intencionalidad subyacente tal que resalta el carácter extraordinario de la excepción. En efecto, luego de admitir que la operatoria en cuestión no constituye usura, señala que “no obstante los vendedores incurrir en pecado, si no...” se configurara el caso de la excepción (el hecho de que el vendedor supusiera que el precio de la cosa vendida aumentaría para la fecha del pago del precio). Comp. *Decretales Gregorianas*, Lib. cit. Tit. cit., cap. XIX 2ª parte).

²¹³ *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, De usuris, cap. III; conf. Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXII y sig.; Messa, ob. cit., N° 214, p. 338; Butera, ob. cit., p. 123.

²¹⁴ *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, De usuris, cap. I y II; Butera, ob. cit., p. 123. Ver sobre esta variedad contractual, también denominada contrato “anticrético” o “pignoraticio”, § 19. Durante el mismo año, el pontífice citado en el texto emitió otra decretal, en carta al Arzobispo de Salerno, que se encuentra recopilada en las *Decretales*, capítulo V.

²¹⁵ *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, cap. XII; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXII, texto y nota 1; Messa, ob. cit., N° 214, p. 339.

han visto en ella un antecedente de la justificación del cobro de intereses en el *depósito irregular*.²¹⁶

Volviendo a la cuestión de la actividad de los judíos como prestamistas, el IV Concilio General de Letrán, que tuvo lugar en 1215, bajo el mismo Inocencio III, no prohibió a los judíos sino las usuras (intereses) muy elevadas.²¹⁷

En el año 1236 el papa Gregorio IX dictó una decretal sobre el préstamo a la gruesa (§ 33).²¹⁸ Los hábiles comerciantes italianos, pronto advirtieron que esta forma contractual les permitía disimular un interés bajo el nombre de “precio del riesgo”. Pero algunos teólogos consideraron que esto violaba el precepto de la prohibición del interés.²¹⁹ A ello se debe la aludida decretal, según la versión que hoy se conoce del *Corpus Iuris Canonici*.²²⁰ Dicho texto establece que “El que presta una cantidad fija al comerciante marítimo, por llevar en sí riesgo, para recibir algo sobre el capital debe ser considerado usurero”.²²¹

El II Concilio General de Lyon, celebrado en el 1274 bajo Gregorio X, renovó las disposiciones del III Concilio General de Letrán, amenazó con interdicción a toda corporación o a toda sociedad que tolerase dentro suyo extraños prestamistas a interés, a quienes no los expulsaran de sus propios distritos dentro de los tres meses, y a quienes les arrendasen sus casas para ejercer su actividad usuraria. Llegó a declarar que la persona que percibiera intereses sería inhábil para testar y para testimoniar en un testamento.²²²

El punto más alto, probablemente, del rigor de la Iglesia en el tratamiento de la usura, se alcanzó en el Concilio General celebrado en Vienne (Francia), en 1311, bajo Clemente V. Dicho concilio declaró nulas todas las disposiciones de orden local que permitiesen los intereses

²¹⁶ *Decretales Gregorianas*, Libro IV, Título XX, caps. VII y cap. XVI.; conf. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, sin fecha, voces “Depósito irregular”, p. 516; e “Interés”, cap. XII, p. 943. Ver también § 22.

²¹⁷ *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, cap. XVIII. En el pasaje citado, se reprimen las “inmoderadas usuras”, y el “inmoderado gravamen”. Ver también Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXII, texto y nota 3. Sobre la cuestión de los judíos y la usura, ver también *Decretales...*, Lib. y Tit. citados, cap. XIII. No obstante la permisón de la usura a los judíos, la actitud de Inocencio III hacia los judíos marca un punto particular en la corriente de un creciente sentimiento antijudío que se fue generando en Europa a partir de la primera Cruzada (Johnson, *La historia de los judíos*, ps. 213, 216 y 217).

²¹⁸ Recopilada en las *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, capítulo XIX. El préstamo a la gruesa era una forma contractual desarrollada junto con las costumbres comerciales de la edad media (ver § 19), que tuvo antecedentes entre los griegos y los romanos (*Digesto*, Libro XXII, Título XII: De nautico foenore), y consistía en un préstamo de dinero afectado a un objeto expuesto a los riesgos del mar, con la condición de que si el objeto dado a título de prenda perecía, el prestatario sería liberado.

²¹⁹ Fremery, A. *Etudes de droit commercial*, Paris, Alex Gobelet, 1833, ps. 249/50.

²²⁰ *Corpus Iuris Canonici* ad modum Chritoph. Her. Friesleben alias Ferromontani, Coloniae Munatiana, Thurinsii, 1767, Tº II, Decr. Greg., p. 668.

²²¹ “Naveganti vel eunti ad mundinas, certam mutuans pecuniam quantitatem, eo quod suscipit in se periculum, receptorus aliquid ultra sortem, usurarius est censendus...” (versión obrante en la fuente citada en la nota anterior). Aunque las opiniones acerca de si ésta era la versión original del texto están divididas, según se ve en la Bula del papa Benedicto XIV Sobre el Sínodo Diocesano, Libro X, capítulo VII, pto. V (ver en el APÉNDICE 8). Algunos entendieron que el texto en cuestión debe leerse “usurarius non est censendus”, con lo cual la prescripción sería que no debe ser considerado usurero quien realiza tales transacciones.

²²² *Libro Sexto de las Decretales*, De usuris, cap. I; Messa, ob. cit., Nº 214, p. 338; Butera, ob. cit. p. 123.

y amenazó con la excomunión a todas las autoridades y jueces que sentenciaren a tenor de estos estatutos locales, o que rechazaren la acción de repetición que iniciaren los que los hubieren pagado. Además de ello, estableció como principio de derecho canónico que percibir intereses es un pecado, casi de artículo de fe, y que sería castigado como herético, quien sostuviera obstinadamente lo contrario.²²³

Sobre el final de la edad media el derecho canónico se ocupó de regular otra de las formas jurídicas de canalización del crédito que sustituyeron al préstamo a interés, habida cuenta de su prohibición, como fue el caso de la constitución de rentas mediante *censos*.²²⁴

Lo cierto es que, no obstante diferir estas figuras del mutuo, en que en los censos no es exigible la restitución de la cosa entregada, es evidente la similitud que existe entre estos contratos. Así es como muchos teólogos dudaron de la licitud de los censos.²²⁵ La disputa continuó durante mucho tiempo, y a la preocupación de los teólogos, se agregó la de los deudores, que pretendían que las rentas que los gravaban eran injustas *usuras* que ejercían los

²²³ *Clementinas*, Libro V, Título V, capítulo I (ver todas las referencias a las *Clementinas* en APÉNDICE 4); Troplong, *Du Prêt*, Préface p. CXIII; Butera, ob. cit., p. 123.

²²⁴ Los censos eran medios de constitución de *rentas*, que estuvieron muy desarrollados entre los siglos XIII y XIV. Consistían en la entrega de un capital a una persona, sin obligación de restitución, que tenía como contrapartida la obligación de quien recibía tal capital, de pagar una renta o pensión periódica (Pothier, *Oeuvres*, Tº 3, *Traité du contrat de constitution de rente*, Nº 1, p. 434; Troplong, *Du Prêt*, Nº 415, p. 351 y Nº 417, ps. 353/4). Una *renta* es una obligación periódica de pagar una suma de dinero o cosas fungibles, y el *censo* convierte un bien, que puede ser un inmueble o una suma de dinero, en dicha renta (Messineo, Francesco, *Manuale de diritto civile e commerciale*, Milano, Dott. A. Giuffrè, editore, 8ª edición, 1954, traducción castellana de Snatiago Sentís Melendo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1955, Tomo VI, § 161, Nº 1, p. 187).

La primera de las formas que se desarrolló -denominada más tarde por el antiguo derecho español censo *reservativo* o *retentivo*- consistía en la entrega que -generalmente un mercader- hacía a otra de un terreno (muchas veces adquirido con el ahorro de aquellas ganancias obtenidas en el ejercicio de su actividad que no se reinvertían en nuevos negocios o préstamos), que daba en propiedad plena, a cambio de una renta o pensión a perpetuidad. Estos adquirentes de las propiedades solían ser nuevos habitantes que, como consecuencia del incremento de la población urbana, construían edificios en ellos (Pirenne, ob. cit., p. 102). Escriche relaciona esta práctica contractual con el pasaje del *Génesis*, cap. 47, v. 23 y 24. El origen de la denominación se debía a que luego de transmitirse el dominio directo y útil del bien raíz, el enajenante se reservaba sólo la pensión o renta (Escriche, voz "Censo reservativo o consignativo", en *Diccionario...*, p. 442). En este caso la *renta* era la contrapartida de la transferencia del dominio de un inmueble.

Otra forma de censos surgió posteriormente cuando los propietarios de tales terrenos necesitaban dinero en préstamos a largo plazo, y "vendían" una renta sobre las construcciones levantadas en aquellos solares (previamente adquiridos por los censos "retentivos"), comprometiéndose a pagar al prestamista una renta que podía ser perpetua, pero que generalmente era rescatable. Dicha renta representaba el interés del capital prestado, con garantía del inmueble o construcción levantada sobre él (Pirenne, ob. cit., p. 103). En el antiguo derecho español se llamó a esta modalidad censo *consignativo*, porque se consignaba o imponía sobre bienes (generalmente raíces) de propiedad del deudor de la renta, toda vez que el dominio directo y útil de la cosa quedaba en poder de éste (Escriche, ob. cit., voz "Censo consignativo", en *Diccionario...*, p. 440). En este otro caso, la *renta* era la contrapartida de la entrega de una suma de dinero.

Una tercera variante de los censos fue la que utilizaron las villas medievales, como forma de financiación mediante empréstitos públicos. Vendían rentas pagaderas durante una vida o dos, como forma de procurarse fondos extraordinarios. Se conocían con el nombre de *rentas vitalicias* o *viajeras* (Pirenne, ob. cit., p. 103).

Algunos creyeron encontrar el origen de los censos en una constitución de Constantino (*Código*, Libro XI, Título XXXII, Debit. civit., ley 2) que establecía que los administradores de los bienes de las villas no debían exigir la restitución del capital a los deudores de éstas, mientras cumplieran regularmente con el pago de los intereses. Pero Pothier y Troplong sostuvieron que no estaban configurados los elementos definitorios de este contrato (Pothier, *Traité... de constitution de rente*, Nº 7, ps. 437/8; Troplong, *Du Prêt*, Nº 416, ps. 352/3). Otros -como Dumoulin, Pothier y Troplong (Pothier, *Traité... de constitution de rente*, Nº 8, p. 438; Troplong, *Du Prêt*, Nº 416, p. 363)- vieron algunos elementos comunes con el censo, en la Novela 160 de Justiniano (ver § 17, nota 236 y texto relacionado), como para considerarla un antecedente más inmediato. Es probable -dice Troplong en el pasaje citado- que el recuerdo y el estudio del derecho romano haya hecho nacer de este texto la práctica de la constitución de rentas o pensiones mediante censos.

En nuestro derecho, el papel de los censos y rentas ha quedado muy reducido, habida cuenta de la permisividad de los intereses en el artículo 621, así como de la política contraria al desmembramiento de los derechos reales (ver arts. 2070 y su nota, 2502 y su nota, y 2614 del Cód. Civil). Se volverá más adelante sobre la cuestión de los censos en numerosas oportunidades (en particular § 51).

²²⁵ Tal el caso del famoso teólogo Henri de Gand o Legrand, fallecido en 1293, y muchos otros que se opusieron a esta modalidad por sospecharla de usuraria.

acreedores sobre ellos. Para zanjar la cuestión²²⁶ relativa a la legitimidad del contrato, se expidió el Papa Martín V.²²⁷ El papa respondió en la bula *Regimini* de 1420, que este uso inmemorial, popular y razonable, constituía con contrato “jurídico” y “lícito”.²²⁸ Como las dudas persistían en Alemania, se le efectuó una nueva consulta al Papa Calixto III, quien contestó mediante otra bula, en 1455, en similares términos que la anterior.²²⁹

Ahora bien, luego de descripta la rigidez del derecho canónico medieval en la materia, cabe preguntarse acerca del grado de cumplimiento que tuvieron estas disposiciones en su tiempo. Según opina Pirenne,²³⁰ solamente se aplicaron con todo su rigor en casos de “usura manifiesta”. Coincidentemente, Le Goff entiende que si bien hay pruebas de que se intentaron aplicar, esos mismos indicios demuestran que se lo hizo con bastante relatividad. El caso de quince usureros de Pistoya llevados al tribunal eclesiástico a fines del siglo XIII, pone de manifiesto que algunos de ellos practicaban la usura a la vista de todo el mundo desde hacía veinte años. Por otra parte, los banqueros y mercaderes –como se verá en el § 19– pronto encontraron caminos indirectos para instrumentar las obligaciones crediticias.²³¹ Ante esta situación la Iglesia optó en algunos casos por perseguir tales apartamientos de las prescripciones de los cánones, y en otros por admitirlos.²³²

Habremos de referirnos ahora a la forma en que las ideas y creencias sobre el préstamo a interés por un lado y la legislación canónica por otro, influyeron sobre la legislación civil en esta materia.

§ 17. El imperio bizantino

Tal como ya se dijo, la sociedad civil no aceptó en un comienzo la prédica de la Iglesia relativa a la gratuidad del préstamo. Justiniano (emperador bizantino del 527 al 565), consideró más adecuada una política de regulación de las tasas de interés, que de prohibición del mismo.

²²⁶ A pedido de los clérigos de diversas diócesis de Silesia.

²²⁷ Pothier, *Traité... de la constitution de rente*, N° 6, p. 437; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXL, N° 419, p. 354 y sig.

²²⁸ *Extravagantes comunes*, Libro III, Título V, capítulo I (ver en adelante las citas de las *Extravagantes comunes* en la traducción del APÉNDICE 5).

²²⁹ *Extravagantes comunes*, Libro III, Título V, capítulo II.

²³⁰ Ob. cit., p. 104.

²³¹ Le Goff, ob. cit., p. 84.

²³² Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 49 y sig.; Le Goff, ob. cit., p. 85 y sig.

El *Código*,²³³ reproduce una constitución del mencionado Justiniano del año 528, que dice:

«Hemos considerado necesario hacer una ley general sobre la cuantía de los intereses, reduciendo a moderación la antigua, dura y pesadísima carga de los mismos. Y por eso mandamos que a personas ilustres, o a las que las aventajan, no les sea lícito en manera alguna estipular a título de intereses en cualquier contrato, ínfimo o grande, más de la tercera parte del uno por ciento mensual y que los que dirigen talleres, o se dedican a alguna negociación lícita, moderen su estipulación hasta el ocho por ciento anual; pero que en los contratos de préstamos marítimos, o en las entregas de especies a interés, sea lícito estipularlos solamente hasta el uno por ciento mensual, sin que excedan de éste, aunque esto había sido permitido en las antiguas leyes; y que todas las demás personas puedan estipular a título de intereses únicamente la mitad del uno por ciento mensual, y que de ningún modo se amplíe tampoco esta cuantía de los intereses en todos los demás casos en que suele exigirse intereses sin estipulación. Y no le sea lícito al juez aumentar la mencionada tasa, con ocasión de la costumbre observada en la región. Más si alguien hubiere hecho alguna cosa contra la tasa de esta constitución, no tenga absolutamente ninguna acción para el exceso, sino que aún si lo hubiere recibido, será compelido a aplicarlo al capital, quedándoles denegada a los acreedores la facultad para deducir o retener alguna cosa por razón de silicua, o de espórtulas, o de otra cualquier causa, de las cantidades que se hayan de dar a interés. Porque si se hubiere hecho alguna cosa semejante, se disminuirá desde un principio en esta cantidad la deuda principal, de suerte que se prohíba que se exija tanto esta parte que se ha de disminuir, como los intereses de la misma. Y destruyendo también las maquinaciones de los acreedores, que teniendo prohibición por esta ley para estipular mayores intereses recurren a otras intermedias personas, a las que esto no les está así prohibido, mandamos, que si se hubiere intentado alguna cosa tal, sea necesario computar los intereses del mismo modo que si los hubiese estipulado el mismo que interpuso otra persona, en cuyo caso mandamos que tenga lugar también la prestación de juramento.»

Con relación a la tasa de interés exigible a los agricultores, las *Novelas* 32, 33 y 34 reproducen sendas constituciones de Justiniano, que prescriben un interés máximo en caso préstamos de frutos, de la octava parte de un modio por cada modio, por todo un año; y en caso de préstamo de dinero, de una silicua anual por cada sueldo. Ello equivalía a un $4\frac{1}{6}$ de interés.²³⁴

En otro orden, la *Novela* 160 de Justiniano resolvió una cuestión planteada por la villa de Afrodisia,²³⁵ que algunos identifican como el antecedente de los censos (§ 16, nota 224 y texto relacionado). Se había planteado un conflicto entre la ciudad que había prestado fondos públicos excedentes, y sus deudores.²³⁶ Para resolverlo la aludida constitución estableció:

«Desterrando todo esto de nuestra república, mandamos, que los que recibieron dinero, para pagar por cierta posesión a una ciudad, sean obligados a pagar mientras tienen el dinero lo que por él establecieron para cada año, y no se sirvan ciertamente para esto de la sacra constitución. Porque esta la escribimos ciertamente respecto a los acreedores y a las especies ciertamente comprendidas en ellas, pero el presente caso no le corresponde a ella, pues más bien es semejante al de una renta anual, que al del pago de intereses, y es menester que nosotros cuidemos igualmente tanto del fisco como de las ciudades. Mas si aun después de esta sanción nuestra alguien entendiere de otro modo lo que por nosotros ha sido sancionado, y quisiera privar a las ciudades del dinero dado, pague a la ciudad cuanto por todo el tiempo le debe, y devuelva el duplo, para que reciba justa remuneración por su dolosa interpretación: porque pudiendo ser buen ciudadano, es de tal manera malo, que perjudica a su patria.»

²³³ Libro IV, Título XXXII, De los intereses, ley 26, par. 1.

²³⁴ Troplong, *Du Prêt*, N° 317, p. 252.

²³⁵ Ubicada en la Tracia, en las proximidades del Mar Egeo.

²³⁶ La ciudad había reunido mucho dinero, como consecuencia de legados que le habían sido dejados por algunas personas. Para que dichos fondos no se depreciaran, la ciudad había invertido los mismos en rentas que debían pagar aquellos que retenían los fondos, mientras duraba dicha retención. Pero tales personas, las deudoras de los fondos en cuestión, quisieron ampararse en una constitución que impedía que los intereses superaran el duplo del capital, y pretendían así desobligarse de dicha prestación periódica, perjudicando la forma en que la ciudad podía prestar sus servicios públicos, tales como la calefacción de los baños públicos y otras ciertas obras.

Con relación a la cuestión del anatocismo, Justiniano ratificó la prohibición que las antiguas leyes habían establecido, aunque decidió hacerlo en términos absolutos, para despejar las dudas que a su parecer las anteriores disposiciones habían dejado.²³⁷

Por su parte Basilio *el Macedonio*, emperador bizantino entre el 867 y el 886, intentó trasladar a la legislación civil el punto de vista de la Iglesia Católica, prohibiendo el préstamo a interés. Pero su hijo León *el filósofo* (886–912), debió restablecer la legislación de Justiniano.²³⁸

§ 18. Los reinos bárbaros

Los monarcas bárbaros fueron quienes finalmente permitieron que tanto las ideas de la Iglesia acerca del interés, como su legislación, terminaran por derogar las leyes imperiales permisivas de la usura, que en Occidente habían seguido en vigor, del mismo modo que bajo la legislación de Justiniano que acabamos de ver.²³⁹ Pero no había sido el poder civil –dice Troplong– el mayor escollo para la derogación de las leyes permisivas de la usura, sino que el largo camino que hubo que recorrer para que se concretara en este terreno el triunfo completo de la Iglesia, se debió más bien a las viejas costumbres de los pueblos, y a la dificultad práctica de modificarlas.²⁴⁰

En la monarquía de los francos, la implantación de la prohibición del préstamo a interés provino de la legislación de *capitulares*.²⁴¹

Numerosas ordenanzas reales ratificaron con diversos alcances dicha prohibición. Entre otras se suele citar una de Felipe II *el Augusto* (1180–1223), del año 1211.²⁴² Le siguen otras de Luis IX (*San Luis*: 1226–1270), de diciembre de 1254 y de enero de 1268 y de Felipe *el Atrevido* (1270–1285), de 1274.²⁴³ Cabe mencionar también las ordenanzas de Felipe IV *el Hermoso*, de

²³⁷ La ley 28, Título XXXII, Libro IV del *Código*, dispuso: “Ciertamente que también en las antiguas leyes se había establecido que de ningún modo se les exigieran a los deudores intereses de los intereses, pero no se había asegurado muy bien. Porque si se había concedido acumular al capital los intereses, y estipular intereses de la suma total, ¿qué diferencia había para los deudores, a quienes en realidad se les exigían intereses de los intereses? Esto, a la verdad, era establecer leyes no para las cosas, sino solamente para las palabras. Por lo cual mandamos en esta clarísima ley, que de ningún modo le sea lícito a nadie acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular luego intereses de los mismos, sino que, aun cuando esto se hubiera hecho los intereses permanezcan ciertamente siendo siempre intereses, y no experimenten ningún aumento de otros intereses, sino que el incremento de los intereses corresponda únicamente al antiguo capital.”

²³⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XCV y sig.

²³⁹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. LXXXVII.

²⁴⁰ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CVII.

²⁴¹ Se llamaron así, cabe recordar, a las leyes civiles y eclesiásticas publicadas por los reyes francos en los siglos VIII y IX con el acuerdo de los señores y obispos del reino.

²⁴² La citada ordenanza decía: “Nous entendons par usure tout ce qui est au-dessus du capital” (Entendemos por usura todo lo que está por encima del capital: ver *Repertoire Général Alphabetique du Droit Français*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts - Ancienne Maison Larose et Porcel, 1905, voz “Usure”, Tº 36, Nº 4, p. 650; y voz “Intérêts”, Tº 24, Nº 10, p. 618).

²⁴³ Ob. cit., lug. cit., nota anterior.

los años 1311 y 1312, en las que prohíbe todo préstamo a interés, pero prohíbe especialmente las *graves usuras*, estableciendo la pena corporal para los intereses superiores al 20%.²⁴⁴ Pothier, refiriéndose a una de estas ordenanzas, la del 8 de diciembre de 1312, dada en Poissy, reproduce parcialmente su texto, que agrega, con relación a las usuras “menores”, que quienes pagaran tales intereses podrían repetirlos y con relación a las usuras “graves” o “enormes”, que solamente éstas eran susceptibles de pena corporal. A este respecto, la transcripción que hace Pothier, suprime la determinación de la tasa de interés por encima de la cual se aplicaría la pena corporal. El texto transcrito es el que sigue:

“Pour ce que nous plus aprement poursouvions les plus grieves usures... nul homme de sain etendement ne devoit entendre que vouldissions souffrir que nous avons réprimé et défendu expressément; mais a ce que ne se donne lieu de doute a aucuns simples, ou malicieux, nous declaron que nous avons réprimé et défendu, et encore réprimons et défendons toutes manieres d'usures: quelque quantité qu'elles soient caussés, comme étant de Dieu et des saint peres défendues; mais la peine de corps nous ne metons mie, fors contre ceux que le plus grosses usures recevront... mais pour ce, nous ne recevons mie expressément usures de menue quantité, ains voulons être donnée simplement, et de pleine barre, défense a tous ceux a qui seront demandées, afin qu'ils ne le soient tenus de payer et répétion de ceux que les auront payées, de quelque maniere ou quantité soien icelles usures, etc.”²⁴⁵

En sentido similar a los antecedentes mencionados, también cuentan las disposiciones del 25 de marzo de 1332 y otra del año 1349, ambas de Felipe VI de *Valois* (1328–1350).²⁴⁶

La historia de la legislación del préstamo a interés en la península ibérica, durante la edad media, tuvo diversas alternativas.

En los tiempos de la monarquía visigoda (466–711),²⁴⁷ el *Fuero Juzgo* autorizó el préstamo a interés, pero limitó su tipo en el caso del dinero, al uno por ocho (que equivale al doce y medio por ciento al año); y en el caso de préstamos de cosas fungibles autorizó a percibir hasta un tercio de la especie de la cosa prestada.²⁴⁸

²⁴⁴ Fremery, ob. cit., p. 92; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXVIII, nota 1. Ambos autores citan como fuente a las *Ordonnances des Rois de France de la troisieme race*, llamadas del *Louvre*, el primero Tº 1, p. 484, y el segundo Tº 1 ps. 494, 498 y 508. Ver también *Repertoire General... de Droit Francais*, citado, lug. cit.

²⁴⁵ Pothier, *Traité de l'usure*, Nº 67, ps. 70/1.

²⁴⁶ Pothier, *Traité de constitution de rente*, Nº 7, ps. 437/8; Troplong, *Du Prêt*, Nº 416, ps. 352/3.

²⁴⁷ Existieron entre los visigodos dos culturas jurídicas: la de los visigodos, propia del origen bárbaro de este pueblo, y la del pueblo vencido, de origen romano. Las costumbres bárbaras fueron recopiladas en el *Código de Eurico* (475) y la legislación de origen romano fue compilada en el *Breviario de Aniano* por Alarico II, que data aproximadamente del año 500. La fusión de ambas culturas se vio facilitada notablemente a partir de la conversión de uno de los monarcas visigodos -Recaredo- de la religión arriana, al catolicismo romano, en el año 587. Como resultado de ese acercamiento surge, bajo el reinado de Flavio Egica (687-701), luego de la tarea llevada a cabo por el Concilio XVI de Toledo, el *Fuero Juzgo* (De la Cámara Alcubilla, Marcelo M., “Fuero Juzgo o Libro de los Jueces -Codex wisigotorum: liber iudicum- Dos palabras sobre su origen y autoridad”, en Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885, vol. 1, p. 5 y sig.; Allende, Guillermo E. “Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil”, en *La Ley* 1981-C, p. 1015; Langer, ob. cit., vol. 1, p. 251).

Cabe comparar la citada opinión, con la de Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico crítico sobre la nueva legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de D. Alonso el Sabio conocido en el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808, Imprenta de las hijas de Joaquín Ibarra, Nº 19 a 30, ps. 17 a 25, quien atribuye la versión que actualmente conocemos del Fuero Juzgo al rey Ervigio (680-687), anterior a Flavio Egica, puesto que las reformas que quiso introducir éste último, no habrían sido finalmente sancionadas.

²⁴⁸ Escheriche, ob. cit., voz “Interés”, cap. XV, p. 944. El texto obrante en el Libro V, Título V, ley VIII del *Fuero Juzgo*, en su traducción al castellano antiguo (originalmente, dada la época de su sanción, este código fue redactado en latín) dice:

“De las usuras que deven ser rendidas. Si algún omme da su aver por usuras, non tome mas por usuras en el anno, del sueldo más de las tres partes dun dinero, é de VIII. sueldos dé un sueldo, é assi tomme su aver con esta ganancia. E si el que tomó los dineros á usura prometiere mas de

A Alfonso X, el *Sabio*, se deben dos recopilaciones legislativas:²⁴⁹ el *Fuero Real* y las *Siete Partidas*. La primera de ellas se refiere el derecho de las ciudades, y en consecuencia será tratada en el punto siguiente, al comentar dicho fenómeno histórico. Las *Siete Partidas*, acorde con sus antecedentes, no pudieron menos que sancionar la prohibición del préstamo a interés. En efecto, sancionó la nulidad de toda forma de usura (leyes XXXI y XL del título XI de la Partida 5ª), y sujetó a los usureros al juicio de los tribunales eclesiásticos (ley LVIII del título VI de la Partida 1ª).²⁵⁰

Alfonso XI (1312–1350) –bisnieto de Alfonso X– sancionó el *Ordenamiento de Alcalá* el 28 de febrero de 1348. Es una cuestión históricamente discutida, si la legislación de Alfonso el *Sabio* entró a regir contemporáneamente con su sanción, o si ello se produjo recién con la de su bisnieto.²⁵¹ Lo cierto es que esta nueva legislación reiteró la prohibición para los cristianos de prestar a interés, a la par que agregó fuertes penas para los infractores de tal prohibición.²⁵² La novedad que aparece aquí, respecto de los antecedentes anteriormente mencionados, es que además de prohibir el hecho de percibir intereses en el contrato de préstamo de dinero o cosas fungibles, establece criterios para tener por prohibidos el *engaño de usura*, en caso que este hubiera estado encubierto bajo otra apariencia.²⁵³ También es sugerente que el acento en la

quanto es de suso (arriba) dicho por alguna necesidad, tal prometimiento non vala. E si el usurero le fiziere mas prometer, tome sus dineros, é pierda las usuras todas quantas le prometiera.”

Por su parte la ley IX, dice:

“De las usuras del pan. Qui empresta pan o vino, ó olio, ó otra cosa de tal manera, non deve aver mas por usura de la tercia parte, assi que si tomare dos moyos de III. á cabo del anno. Hy esto mandamos solamientre de las usuras de los panes. Hy de las usuras de la pecunia mandamos cuemo es dicho en la ley de suso (arriba).” (Ver las leyes citadas del *Fuero Juzgo*, en la edición de Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos de España*, vol. 1, p. 38).

²⁴⁹ Las circunstancias que determinaron las dos recopilaciones de Alfonso X, son las siguientes.

Luego de iniciada la dominación musulmana en la península ibérica a partir del 711, se inició la reconquista sobre la base de la lucha de los reinos del norte (Castilla y León). Bajo el reinado de Fernando III se produjo la unificación de las coronas de Castilla (detentó esta corona entre 1217 y 1252) y León (trono que alcanzó en 1230 y retuvo también hasta 1252). Pero los éxitos militares alcanzados no fueron suficientes para mejorar la situación jurídica y administrativa de esos pueblos. Las constantes guerras ocurridas en Castilla habían vuelto a la población poco afectada a las tareas de la agricultura, lo que hizo que ésta se concentrara en las ciudades, las que recibían privilegios y exenciones mediante pactos celebrados con los señores feudales o monarcas, denominados *fueros* o *cartas pueblas*. A veces esos privilegios eran concedidos como contrapartida para obtener ayuda militar en las guerras. Esto otorgó gran importancia a los municipios y fue causa del aislamiento español de las corrientes generales europeas. Esta multiplicidad legislativa explica las dificultades administrativas antes mencionadas.

El intento de corregir esta situación estuvo a cargo del sucesor de Fernando, su hijo Alfonso X (1252-1284). El citado sancionó dos códigos: el primero, el *Fuero Real*, especie de recopilación de las costumbres vigentes; fue la expresión del estado de cosas de la sociedad del momento, puesto que contenía la legislación de los fueros municipales; se lo consideró un código de tipo “popular”. Su otra obra legislativa fue la de las *Siete Partidas*, concluidas aproximadamente en 1265. Esta segunda norma debió conciliar los intereses de la nobleza, que resistía la aplicación del *Fuero Real*, y del clero, por lo que no es de extrañar la influencia del derecho canónico en ella, y del derecho romano tal como se lo conoció en la época a través de los glosadores. Estas circunstancias seguramente explican las diferencias de criterio en las soluciones seguidas para los mismos problemas por ambos códigos. (Conf. Langer, ob. cit., vol. 1 p. 255 y 354 a 357; Martínez Marina, ob. cit., N° 32, p. 27, y sig.; Henao y Muñoz, Manuel, “Fuero Real: Reseña histórica - Juicio de este código”, en Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos...*, p. 103 y sig.; y el mismo autor en “Las Siete Partidas: Código de D. Alonso el Sabio”, en Martínez Alcubilla, ob. cit., p. 191 y sig.; Alende, ob. cit., lug. cit.).

²⁵⁰ Ver las citas de las leyes de *Partidas* en APÉNDICE 10; conf. Escriche, ob. cit., voz “Interés”, cap. XV, 944.

²⁵¹ Conf. Martínez Marina, ob. cit., N° 413 y sig., ps. 350 y sig.; Álvarez Alcubilla, José Hernando, “Ordenanzas de Alcalá”, en *Códigos Antiguos de España*, cit., p. 685 y sig.; ver también la ley 1ª del título 28 del *Ordenamiento de Alcalá*, en ob. cit., p. 699, referido al orden y autoridad de los códigos, de lo cual algunos historiadores infieren la entrada en vigencia de las Partidas, recién en 1348, habida cuenta de que no había tenido aprobación en Cortes hasta esa oportunidad.

²⁵² Ver texto de ley 1ª del título XXIII del *Ordenamiento de Alcalá*, en APÉNDICE 11.

²⁵³ Esto confirma lo afirmado en cuanto a que en esta época los mercaderes y comerciantes acostumbraban a recurrir al préstamo a interés bajo formas disimuladas, y que esto a su vez inició la costumbre de desarrollar distintas sutilezas -por parte de la legislación- para detectar esos encubrimientos, a pesar de la conformidad inicial del prestatario para disimular el mutuo con otros ropajes.

ilicitud del préstamo a interés parece residir en una cuestión subjetiva del contratante –sin perjuicio de la que objetivamente pudiera considerarse que existía en la transacción misma– tal como se deriva de la calificación de *engaño*, que le cabe a la usura.

La mencionada disposición fue ratificada por los reyes católicos don Fernando y doña Isabel, en Toledo, en el año 1480, estableciendo una modificación en el destino de las penas.²⁵⁴

§ 19. El derecho de las ciudades

Luego de la situación creada en la Europa de la edad media, como consecuencia de las invasiones bárbaras, recién empieza a notarse un florecimiento de la vida urbana en el norte de Italia, y en especial en Lombardía, por el siglo X. Este cambio fue acompañado por el desarrollo de las *costumbres comerciales* que irían a constituir el tronco de lo que luego se denominaría el *derecho comercial*.²⁵⁵

En la época en que se formaron estas costumbres comerciales, estaban en plena vigencia en todos los pueblos católicos las leyes que prohibían en forma absoluta el préstamo a interés. Por consiguiente, tal prohibición –dice Fremery–, es la clave de muchas convenciones de singular complicación –las cuales no podrían ser explicadas como fruto del desenvolvimiento natural de las relaciones comerciales– que no tenían otro propósito que disimular préstamos con interés.²⁵⁶

En efecto, una de las formas más usadas para escapar de la citada prohibición, fue la del contrato de *cambio*,²⁵⁷ mediante la falsa enunciación de la suma entregada al librador, la

²⁵⁴ La mencionada norma fue recogida por la ley IV, título XXII, del libro XII de la *Novísima Recopilación* (ver en APÉNDICE 12).

²⁵⁵ Este proceso se evidenció en el norte de Italia con síntomas de autonomía urbana de los cuales ya antes había habido antecedentes en las ciudades del sur de Italia (Amalfi, Benevento y Nápoles), como consecuencia de la anarquía producida en la época postcarolingia. Los emperadores ocupados con los problemas alemanes y los conflictos con los papas, les concedieron a las ciudades amplios derechos sobre acuñación de moneda, derechos de aduana, administración de justicia, etc. Así se produjo el rápido desarrollo de las ciudades marítimas y comerciales como Pisa y Florencia, y la expansión de Venecia en el Adriático (Langer, ob. cit., vol. 1, p. 339).

En el siglo XII progresa en estas ciudades el desarrollo de instituciones urbanas, tales como asambleas con facultades de legislación, declaración de guerra y paz, etc., y los cónsules, en número que oscilaba entre 40 y 20, con funciones judiciales, etc. Como consecuencia de las luchas de clases en las que fue ganando posiciones la burguesía, se desarrollaron los gremios de comerciantes y artesanos (Langer, ob. cit., lug. cit.).

Durante el siglo XII, también en Francia comienza un proceso similar en el desarrollo de comunas con diverso grado de autonomía (Langer, ob. cit., ps. 343 y 347).

También en España –como se vio en el punto anterior– se había producido un fenómeno parecido.

Pero más allá de la simultaneidad de este florecimiento de la vida urbana en distintos lugares de Europa, son las ciudades italianas las que toman la delantera en un aspecto particular: como consecuencia de su habilidad para el comercio, de las asociaciones que formaron para tal propósito y de los intentos contra los emperadores de conseguir su libertad, fueron plasmando en forma consuetudinaria las reglas de su actividad. Los italianos recorrieron Europa comerciando, y sus costumbres fueron adoptadas por todos los pueblos de la época, llegando aún a sitios en que –como Inglaterra– el derecho civil romano encontró resistencia, de modo tal que todos los comerciantes europeos eran considerados en cierto aspecto como un único pueblo que se regía por su propia ley: la *lex mercatoria*. Tenemos así marcada la tercera vertiente, luego del derecho romano y del derecho canónico, de nuestra cultura jurídica europeo-continental (Fremery, ob. cit., ps. 12 y sig.; Le Pera, *Common Law y Lex mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1986, nos. 13 a 16; Merryman, ob. cit., ps. 32 y sig.).

²⁵⁶ Fremery, ob. cit., p. 71.

²⁵⁷ El concepto de contrato de *cambio* o comercio de dinero se aplica principalmente al trueque o permuta de dinero por dinero (Escriche, ver voz “Cambio”, en *Diccionario...*, p. 404).

desigualdad entre el valor entregado y aquél a pagar, así como fraudes tales como la operación llamada cambio *con la ricorsa* (nota 372). Dicho contrato, junto con la jurisdicción consular, constituyen probablemente las instituciones comerciales más antiguas.

Otra antigua institución comercial vinculada con el préstamo de dinero fue la práctica de otorgar autorizaciones reales —a cambio de un precio— para el ejercicio de la profesión de cambistas, que el monarca podía conceder o revocar, e incluían la posibilidad de otorgar préstamos. Estas autorizaciones se denominaban *tablas de préstamo*.²⁵⁸ Su utilización estaba difundida en varias ciudades de Europa y fueron concedidas principalmente a judíos y lombardos.²⁵⁹

Era dividido en dos clases. La primera de ellas era la venta de dinero mediante la entrega o tradición del mismo a cambio de un precio en el lugar de la transacción (*cambio simple*, también denominado *minuto* o *manual*). En este caso Fremery lo definía como la convención por la cual el dinero era considerado como mercancía (ob. cit., p. 87; ver también Escriche ob. cit., lug. cit.).

La segunda clase consistía en igual venta pero con la condición de que la moneda o dinero serían entregados en otra plaza (*cambio de plaza a plaza*), dando letras para ello. (Fremery, ob. cit., p. 87; Escriche, ob. cit., lug. cit.). En este último caso, la moneda utilizada en el contrato (p. ej. libras esterlinas, francos, etc.) funcionaba como una *unidad de cuenta*: no era el objeto del contrato en sí, dado que éste era la cantidad a ser entregada en cierto lugar (Fremery, ob. cit., p. 88). Troplong definía este segundo tipo como la *compra* de una suma *ausente* (pagable en otro lugar), mediante el pago de un precio *presente* (Troplong, *Du Prêt*, N° 380, p. 325; ver igualmente Escriche, ob. cit., lug. cit.).

El contrato de *cambio de plaza a plaza* tenía lugar cuando alguien necesitaba disponer de una suma de dinero en un lugar (p. ej. París), pero para ello debía ir a buscarla a otro (por ejemplo Nantes). Para ello recurría a un comerciante (*Primus*) que a cambio del pago de una cierta suma se obligaba a hacer remitir por su representante la cantidad convenida a otro lugar, al representante de la otra parte (*Secundus*). El medio de ejecutar esta convención era la entrega a *Secundus* de una letra librada por *Primus* a su corresponsal, conteniendo la orden de pagar la suma al corresponsal de *Secundus* (Fremery, ob. cit., p. 95). El que recibe la cantidad y da la letra se llama *librador*, y el que toma la letra y da la cantidad se llama *tomador* (Escriche, ob. cit., lug. cit.).

También se distinguió el *cambio real* del *cambio ficticio* o *seco* (Escriche ob. cit., lug. cit.; ver notas 373 y 374).

El *cambio simple* era llevado a cabo por *cambistas*. A quienes se dedicaban a la práctica del *cambio de plaza a plaza* se los denominó *banqueros* y a la actividad se la llamó *banco*, como consecuencia de que la realizaban en una cierta clase de mesa denominada *tavola* en italiano, que más tarde se denominó *banco* (Fremery, ob. cit., ps. 13 y 87 y sig.).

Los orígenes de la regulación de este contrato hay que buscarlos en los tratados celebrados entre los emperadores alemanes y las ciudades italianas, las cuales se reservaban el respeto de sus costumbres relativas al ejercicio del comercio, y dentro de éste la realización de operaciones de *cambio*. Tal el caso de una petición del año 1177, dirigida por los jefes de la asociación lombarda al emperador de Alemania Federico I (1152-1190), y de la paz de Constanza del año 1183, que aseguró expresamente tal independencia (Fremery, ob. cit., p. 88 y sig.; Langer, ob. cit., vol. 1, p. 319).

Esta práctica fue introducida en Francia a fines del siglo XII, según parece, por los italianos de Florencia, conocidos allí como “lombardos”, quienes conservaron por siglos una gran superioridad en esta materia. Comenzaron frecuentando las ferias de Champagne y de Brie, y un siglo más tarde, bajo el rey Felipe III el *Atrevido* (1270-1285), son autorizados a establecerse en Lyon. Tales acuerdos con el rey les permitían tener sus cónsules elegidos por ellos, ejercer sobre la corporación una jurisdicción basada en las leyes italianas, gozar de los mismos privilegios que los burgueses de París, estar exentos de ciertos impuestos, etc. (Fremery, ob. cit., ps. 14 y sig.; Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXVIII y sig. y *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris, Charles Hingray, 1843, T° I, Préface, ps. LX sig.; Pirenne, ob. cit., p. 98).

²⁵⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXIV; Pirenne, ob. cit., p. 99.

²⁵⁹ Los judíos y los lombardos fueron los únicos durante la edad media que estuvieron exentos de la prohibición de la usura.

Los judíos, recordemos que, según se dijo en los § 9 y § 15, en razón de que sus leyes les prohibían prestar a interés a otros de su propia raza, pero no a los extranjeros, de hecho se vieron forzados a dedicarse a ello. Puesto que los cristianos les imponían las cargas financieras más pesadas “los judíos reaccionaron dedicándose a la actividad en que las leyes cristianas de hecho discriminaban a su favor y así se identificaron con el odiado comercio del préstamo de dinero” (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 181). En este sentido, recuérdese también lo dicho en el § 16 respecto del tratamiento que el derecho canónico les dio en este aspecto, en particular la carta del papa Inocencio III al arzobispo de Narbona (del año 1213) y la resolución del IV Concilio General de Letrán, realizado bajo el mismo papa en 1215.

No obstante, tuvieron menos importancia en el comercio de dinero que lo que la tradición les atribuye. Curiosamente, la presencia de los judíos fue mayor en los países de menor desarrollo económico: hubo pocos en Flandes, y donde mayor cantidad de prestamistas judíos se encontraba, era en la Europa oriental (sobre todo en Polonia, Bohemia y Hungría; y en Alemania aumentaban cuanto más uno se alejara del Rin). También estuvieron sometidos a los vaivenes del favor de los soberanos que les permitían su actividad, quienes con frecuencia los echaban. Además fueron víctimas de las pasiones populares, y la explosión de misticismo que se produjo en Europa con motivo de la primera cruzada inauguró la larga serie de *pogromos* que sufrieron (Pirenne, ob. cit., ps. 100/1). A partir del siglo XII su influencia en Europa fue en disminución, puesto que las aptitudes para el comercio y las finanzas que los hicieron característicos, fueron siendo aprendidas por otros pueblos cristianos (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 220).

Los lombardos, por su parte, tuvieron más importancia que los judíos en cuanto a la participación en el crédito y los negocios de la edad media. Por su habilidad en las operaciones de cambio eran los intermediarios en los pagos que debían efectuarse en el exterior; dentro de sus clientes se encontraban los reyes de Francia, Inglaterra, los príncipes territoriales, los obispos, los abades, las villas; también eran agentes financieros de los papas. Con frecuencia eran echados de los sitios donde se les había permitido establecerse y hasta eran excomulgados, pero luego volvían a conseguir los permisos para continuar sus negocios. Al principio, las autorizaciones que se les otorgaban estipulaban que deberían otorgar los préstamos “bien y lealmente sin engaño ni usura”. Pero más tarde, se les prohibió solamente los “convenios villanos”, y los obligaban a conformarse a “los usos y costumbres que suelen observar los prestamistas lombardos”. Acostumbraban a ocultar los intereses que

Estos últimos –en el ejercicio de su oficio de banqueros– acostumbraban a ocultar los intereses que en realidad pactaban, de diversas formas. Una de ellas era crear la apariencia de intereses moratorios (justificados por la teoría canónica: § 15). El ocultamiento consistía en que se pactaba una pena pecuniaria para el caso que el préstamo no fuera reembolsado para la época y lugar determinados. Pero en realidad, no se le permitía al deudor el pago anticipado que le habría eximido de tal recargo, con lo que en definitiva era una manera de asegurar la percepción de un interés.²⁶⁰

Los reyes de Francia acudieron frecuentemente a la práctica de otorgar las mencionadas autorizaciones para el ejercicio de la banca. Sin embargo, Luis IX, *San Luis* (1226–1270), se negó al otorgamiento de las *tablas de préstamo*, por temor a violar la legislación canónica, a diferencia de sus predecesores y aun de ciertos papas que, según ciertos testimonios de la época, no quisieron quedar al margen de los beneficios que obtenían judíos y lombardos en esta actividad. San Luis consideró más importante el cumplimiento de los cánones que las razones de sus asesores.²⁶¹

Los sucesores de Luis IX retomaron la práctica de otorgar las autorizaciones en cuestión. Así tenemos el caso de Carlos IV *el Bueno* (1322–1328),²⁶² que reconoció así una práctica que continuaba con firmeza.²⁶³

Los emperadores alemanes, por su parte, fijaron tasas moderadas para las usuras permitidas a los judíos. Se registra el caso, tiempo más tarde, del emperador Rodolfo II (1576–1612), quien por ejemplo, permitió el 5%.²⁶⁴

También existen evidencias de que en España se recurrió a la práctica de permitir el ejercicio de la actividad de prestamistas a los judíos, mientras que ello estaba prohibido a los

pactaban. Despertaron grandes odios (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXVIII a CXXI y *Du contrat de société...*, Préface, ps. LX a LXIV; Pirenne, ob. cit., ps. 98, 99 y 101).

²⁶⁰ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXIX.

²⁶¹ Tales asesores y ministros le aconsejaban a Luis IX el mantenimiento de la práctica las *tablas de préstamo*, pues sostenían que el pueblo no podía vivir sin préstamos; y sin préstamos tampoco podían cultivar sus tierras ni comerciar. El obstáculo que representaba la legislación canónica se salvaba, a juicio de estos funcionarios, puesto que si bien el hecho de prestar a interés era considerado un oficio de condenación, no era demasiado grave dejarlo a cargo de un pueblo como el judío, que para ellos era una raza “maldita”. San Luis, por el contrario, se mantuvo en su punto de vista y ordenó que los cristianos usureros fueran entregados a los obispos (puesto que era corriente en esa época que las causas de usura fueran atendidas por tribunales canónicos) y que los judíos fueran echados, para que el reino no resultara contaminado por la “maldad” de aquellos (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXVI y CXVII).

²⁶² En 1327 mandó a los italianos *prestamistas* a frecuentar las ferias de Champagne, bajo pena de expulsión del reino (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XVII).

²⁶³ Una prueba de ella la tenemos en las ya citadas ordenanzas de 1311 y 1312 de Felipe *el Hermoso* (ver § 18), que si bien prohibían toda forma de préstamo a interés, las penas severas correspondían a los casos de operaciones que superaban la tasa del 20%. De ello se ha inferido que los intereses que no superaban ese tope eran los habituales en ese momento (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXVIII).

²⁶⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXVI.

demás.²⁶⁵ En efecto, las *cartas* o *fueros* que los monarcas de Castilla habían debido otorgar durante la guerra de la reconquista contra los árabes a los pueblos ciudades y villas, reflejan el favor que se les dispensó a los judíos en un primer momento, tales como el otorgamiento de vecindad y los derechos de ciudadanos, y en algunos casos la posibilidad de tener sus propios jueces (§ 18).²⁶⁶

El *Fuero Real*,²⁶⁷ permitió de hecho el préstamo a interés a los judíos (L^o IV, Tít. II, leyes V y VI), quienes podían hacerlo a una tasa máxima de “tres maravedis por quatro por todo el año”.²⁶⁸ Dicho permiso no alcanzaba para que lo hicieran con cristianos (ley V, tít. y L^o citados). Sin embargo, las mismas normas establecían que serían aplicadas a moros, judíos, cristianos y a todos aquellos que presten “a usuras” (ley VI, tít y Lib. citados).

A comienzos del siglo XIII, la situación de los judíos en Europa sufrió un decaimiento general.²⁶⁹ Ello tuvo su reflejo en la legislación española.²⁷⁰ Así sucedió que el ya citado *Ordenamiento de Alcalá*,²⁷¹ sancionado por Alfonso XI, no obstante su particular sentimiento hacia el pueblo judío,²⁷² estableció que ningún judío ni judía, ni moro ni mora, diese dinero en

²⁶⁵ Dumoulin cita el caso de un jacobino español que se queja de las ganancias obtenidas por los judíos al amparo de las autorizaciones reales. Eso lleva al citado autor a señalar y criticar la contradicción existente entre prohibir la percepción de intereses al pueblo, y la reserva que retenían los príncipes en su provecho (Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CXV y CXVI).

²⁶⁶ Ver también Martínez Marina, ob. cit., N^o 181, ps. 142/3. Durante la edad media, hasta el siglo XIV, España fue el territorio latino más seguro para los judíos (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 223).

²⁶⁷ Como se recordará (§ 18), esta legislación es debida a Alfonso X y data aproximadamente del 1255 (ver su texto en APÉNDICE 9). Tuvo por objeto recoger principalmente la aludida legislación *foral*, ordenarla y unificarla. Difiere en el modo de legislar sobre la usura, como se dijo, respecto de la otra recopilación legislativa debida al mismo monarca -las *Siete Partidas*-, que habían seguido en esto al derecho canónico, prohibiendo el préstamo a interés.

²⁶⁸ Según Escriche esta tasa equivalía al veinticinco por ciento. Ver obra citada, voz “Interés”, cap. XV, p. 944.

²⁶⁹ Recuérdese (§ 16) la carta del papa Inocencio III al arzobispo de Narbona (1213) y las disposiciones del IV Concilio General de Letrán (1215). Todo ello creó una importante presión ideológica sobre los gobiernos, que se veían obligados a adoptar medidas antijudías (Johnson, *La historia de los judíos*, ps. 219/20).

²⁷⁰ Los compiladores de las *Siete Partidas* quisieron trasladar a las nuevas leyes el desfavor que trasuntaba la legislación canónica del momento (Martínez Marina, ob. cit., N^o 181 y 182, ps. 142/3). Una de sus disposiciones privó a los judíos de algunos de los derechos y exenciones de los que habían gozado por distintos fueros de Castilla. Tal el caso de las disposiciones contenidas en el Título XXIV de la Partida VII (que no se transcriben en el apéndice respectivo, por no referirse estrictamente a la cuestión de la usura).

Las ideas de Alfonso X al respecto eran distintas de las de sus compiladores, por cuanto confirmó a los judíos sus antiguos derechos, en oportunidad de otorgar el fuero de Sahagun (Martínez Marina, ob. cit., N^o 182, p. 143).

Pero en el siglo XIV la situación de los judíos en España continuó empeorando, ahora como consecuencia del Concilio General de Vienne de 1311 (§ 16). Las disposiciones de dicho decreto relativas al pueblo judío, fueron reproducidas por un concilio local celebrado en Zaragoza, en el año 1313, convocado por el arzobispo de Santiago, don Rodrigo, provocando un cambio en la opinión general, que empezó a declararse abiertamente en su contra. Sin embargo, los reyes Alfonso XI (1312-1350), don Pedro (1350-1369) y Enrique II (1360-1379) -todos ellos de Castilla- continuaron protegiéndolos por considerarlos “útiles al estado”. Así sucedió en aquella época que -según relata Martínez Marina- muchos cristianos que no querían pagar las deudas que contraían con los judíos obtenían bulas de los papas y cartas de excomunión de los obispos, que usaban en contra de quienes les querían cobrar tales deudas. Ante esta situación Alfonso XI reaccionó mediante una disposición dada en las cortes de Valladolid en 1325 (Petición XVI de 1325), ordenando a sus oficiales que actuaran contra quienes se comportaban de la manera expresada y que “los prendan é que non los den sueltos ni fiados fasta que les den las dichas bulas é cartas, é mandádoles que me las envíen luego” (Martínez Marina, ob. cit., N^o 183, ps. 144 y 145).

En los años siguientes a dicha legislación continuaron las presiones populares contra los judíos, mediante diversas peticiones a los monarcas tendientes a desmejorar la situación de aquéllos, que éstos trataron de frenar (Martínez Marina, ob. cit., N^o 184 a 187, p. 145 y sig.).

Este proceso culminó con el Edicto de Expulsión de los judíos de España, que el 31 de marzo de 1492 firmaron los reyes católicos, y promulgaron un mes más tarde (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 235).

²⁷¹ Ver la ley 2^a del Título XXIII del citado (§ 18) *Ordenamiento de Alcalá* (APÉNDICE 11).

²⁷² A continuación de la disposición que se comenta, Alfonso XI testimonia su voluntad de que los judíos se mantengan en su reino, en la esperanza de que terminaran convirtiéndose al catolicismo, de acuerdo con las profecías (ver cita nota anterior).

préstamo a interés y revocó expresamente las autorizaciones otorgadas a ellos mediante cartas y privilegios. De ello podemos inferir un reconocimiento de que hasta ese momento había sido común que se les concediesen las autorizaciones (las llamadas *tablas de préstamos*) en cuestión.²⁷³

En la misma tendencia, cabe mencionar una petición de los procuradores de las Cortes²⁷⁴ de Valladolid y de Madrid en el 1405, que determinó que Enrique III (1390–1406) publicara una ley anulando todo contrato entre judíos y cristianos.²⁷⁵

La aplicación rigurosa de dicha ley provocó graves perjuicios al comercio, puesto que limitaba la posibilidad de obtener crédito a los cristianos. Así fue que sucesivas disposiciones de Enrique IV y de los Reyes Católicos procuraron remediar el problema.²⁷⁶ Para ello establecieron la posibilidad de discutir en juicio la verdad de la existencia de los contratos entre judíos y cristianos, pero prescribieron que en caso de ser probados pudiera ser exigido el cumplimiento de los mismos, a pesar de la mencionada ley de Enrique III. Para no caer en los males que la citada ley había querido evitar, prohibió a los judíos recibir juramento por parte de los cristianos acerca de la existencia de las deudas, así como asumir el carácter de acreedores de los judíos, a la par que estableció penas en caso de incumplimiento.

Los excesos producidos con el sistema de autorizaciones para el otorgamiento de préstamos a lombardos y judíos, condujo luego a la creación en Perusa (Italia), en 1450, de establecimientos denominados *Montes de Piedad*, que contaron luego con la autorización de la Iglesia, destinados a prestar a los pobres e indigentes, a bajo interés, con garantías prendarias. Las operaciones realizadas en estos establecimientos fueron verdaderos préstamos a interés, sin ningún encubrimiento.²⁷⁷

²⁷³ Así resultaba admitido antes, aunque implícitamente, del *Fuero Real*, que fijaba la tasa de interés que se les permitía percibir.

²⁷⁴ Se llamaba *Corte* al punto donde residía el rey acompañado de la gente que debía servirlo y aconsejarle. (Ley 27, tít. IX, Part. 2^a). Discuten los historiadores sobre el origen de las *Cortes* en España. Según unos, en su origen eran asambleas mixtas: *sinodos* de la Iglesia nacional y Cortes del reino. Según otros, asambleas sólo políticas. Se componían las Cortes de Castilla y León de tres brazos: la nobleza (los infantes, ricoshombres, oficiales de la corte y del reino, caballeros, maestros de las órdenes militares, y los nobles a quienes el rey convocaba), el clero (los arzobispos, obispos y abades de los principales monasterios) y el estado llano (los procuradores de las ciudades que tenían voto en Cortes, ya por ser cabeza del reino, cabezas de provincia, o por privilegio otorgado por los reyes).

Los tres brazos tenían iniciativa para formular peticiones. El resultado de la deliberación se elevaba al rey por escrito, y se llamaba *petición*. El rey contestaba a cada una por medio de sus propuestas. Cuando la repuesta era favorable constituía un ordenamiento con fuerza de ley hecha en Cortes. Las Cortes participaban de la facultad legislativa con el rey, pero sólo cuando el rey así lo decidía. Este dictaba leyes solo, las derogaba y las modificaba; aun las dictadas de acuerdo con las Cortes podían ser derogadas por su sola voluntad.

Con la decadencia del municipio vino la de las Cortes. Desde Alfonso XI, los procuradores ya no eran defensores de los intereses de los pueblos, sino servidores complacientes de la corona.

Conf. *Diccionario Hispanoamericano*, Vol. VI, p. 1166 y sig., voz “Cortes”.

²⁷⁵ Esriche, ob. cit., voz “Interés”, cap. XV, p. 944.

²⁷⁶ Dichas disposiciones fueron dictadas a petición de las Cortes de Toledo a Enrique IV en 1462, y de las de Madrigal a los Reyes Católicos en 1476. Las disposiciones en cuestión fueron recogidas en la *Novísima Recopilación*, Libro XII, Título XXII, ley III (APÉNDICE 12).

Estas normas, si bien recondujeron otra vez los fondos de los judíos al comercio de los cristianos, no concluyeron con el problema de la usura (Esriche, ob. cit., voz “Interés”, cap. XV, p. 944).

²⁷⁷ Ver *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Tít. XVII, cap. III, APÉNDICE 6; Troplong, *Du Prêt*, N° 342, p. 278; Esriche, ob. cit., voz citada, cap. XII, p. 942; Messa, ob. cit., N° 214, p. 339.

Durante este período de formación de las costumbre comerciales, las crecientes necesidades del incipiente comercio de la baja edad media, dio lugar a la utilización de otras figuras jurídicas distintas del préstamo a interés, más parecidas a éste algunas y menos otras. Una de ellas fue el contrato de *descuento*, que consistía en que un comerciante –generalmente un banquero– le adelantaba a otro el importe de un crédito que el segundo tenía contra un tercero. A dicho adelanto se le efectuaba una deducción –el *descuento*– proporcional al tiempo faltante para que ocurriera el vencimiento de dicho crédito.²⁷⁸ A través de autores posteriores conocemos hoy la polémica que se originó en torno de este contrato, respecto de si era o no considerado usurario: en otras palabras, si *descuento* e *interés* eran instituciones similares, o si la naturaleza del *descuento* era un *mutuo* o una *compraventa*.²⁷⁹

Otra forma jurídica por la que se canalizó el crédito, sobre todo a partir del siglo XII, fue la de las sociedades denominadas *commenda*, que tenían por objeto la entrega a un marino que salía a navegar, o a un mercader que iba a las ferias, de mercaderías que aquéllos llevaban a otros puntos para vender, o canjear por otras mercaderías, y luego compartir las utilidades que –eventualmente– se obtuvieran. Eran conocidas en francés con el nombre de contrato de *pacotille*. Quien aportaba el capital no arriesgaba sino su aporte y no tenía ninguna responsabilidad personal. Por otra parte, en sus comienzos era una sociedad oculta y los terceros no conocían al aportante de los fondos. Fue motivo de regulación en muchos de los más antiguos estatutos de los comerciantes, en las ciudades más antiguas del Mediterráneo. Igualmente la *commenda* podía tener por objeto la entrega de dinero. Por lo general, a quien entregaba el capital le correspondían las tres cuartas partes del negocio y quien ponía su actividad personal obtenía el cuarto restante.²⁸⁰ Agrega Troplong que esta figura también fue usada en la actividad agropecuaria; el contrato parciario por el cual el propietario de ciertos animales entregaba a un pastor dicho ganado para cuidarlo, alimentarlo y mantenerlo, y luego se repartían las crías y las utilidades, se denominaba *commande de bestiaux*.²⁸¹ Fue el vehículo adecuado para que los padres de familia, nobles, magistrados y militares, que no podían prestar a interés por las prohibiciones de las leyes

²⁷⁸ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 128, p. 98; Fremery, ob. cit., ps. 79 y 80; Troplong, *Du Prêt*, N° 370, p. 313.

²⁷⁹ Los teólogos y canonistas rigurosos, así como algunos juristas ortodoxos, consideraron que el *descuento* y el *interés* eran instituciones equivalentes (ver autores citados por Troplong, *Du Prêt*, N° 371, p. 316, nota 2; Pothier, *Traité de l'usure*, N° 128 y sig., ps. 98 y sig.). Fremery, por su parte (ob. cit., p. 80), también se pronunció por la identidad de ambas figuras, pero por razones distintas: él sostenía que siendo sustancialmente idéntica la función económica de ambos contratos, la aceptación por la jurisprudencia de la no aplicación de los topes máximos que regían para el interés en el mutuo, eran un argumento que demostraba cómo las costumbres comerciales habían superado en la práctica a las leyes limitativas de los intereses. Troplong en cambio, se alineó tras la autoridad de Scaccia (*De commerciis*, 1648, § 1, q. 7, N° 74 y sig.), a quien cita (Troplong, *Du Prêt*, lug. cit.), y consideró que el *descuento* era un contrato distinto, consistente en la *compraventa* de un papel de comercio.

²⁸⁰ Fremery, ob. cit., p. 36; Troplong, *Du Contrat de société*, T° I, Préface, ps. LIV a LVII y N° 381, p. 357 y sig.; Thaller, Edmond - Piquet, *Traité général théorique et pratique de Droit Commercial - Des Sociétés Commerciales*, Paris, Arthur Rosseau Editeur, 1908, tomo I, N° 96, p. 107 y sig.; Pirenne, ob. cit., p. 93.

²⁸¹ Troplong, *Du Contrat de société*, T° I, Préface, p. LIV.

canónicas, ni querían ejercer ostensiblemente el comercio, pudieran obtener ganancias de sus capitales, legalmente, sin riesgo de su patrimonio. Entregaban sus fondos a un comerciante de renombre, y luego al fin del año recibían la rendición de cuentas y los beneficios habidos.²⁸²

Cierta similitud con algunas de las variantes de la figura anterior existía en el *préstamo a la gruesa*, que consistía en la entrega de una suma de dinero garantizada con ciertas cosas sometidas al riesgo marítimo, bajo la condición de que si las cosas perecían el prestatario se liberaba de su obligación y si llegaban a destino en buenas condiciones, la restitución de la suma recibida era exigible con más otra suma que en lugar de interés se consideraba precio del riesgo (§ 33).

Además de lo expuesto, los mercaderes medievales hacían uso de diversas argucias que, sobre la base de la combinación de distintos contratos lícitos, conseguían el mismo efecto que un préstamo a interés. Uno de ellos se describía como la combinación de un contrato de sociedad por el que se aportaba una suma de dinero para participar en el resultado de un negocio a ganancias y pérdidas, de un seguro para que (mediante el descuento de un porcentaje de las utilidades esperadas) se comprometiera la certeza de la restitución del capital aportado y una compraventa por la que se canjean (también mediante un descuento de las utilidades esperadas) ganancias inciertas por ganancias ciertas. Por esta circunstancia se lo denominaba contrato *trino*.²⁸³ Esta transacción se puede explicar de la siguiente manera: una persona celebra un contrato de sociedad con un comerciante a quien entrega un cierto capital, el cual luego de aplicado a un cierto negocio se espera que produzca una cierta utilidad (por ejemplo de un 13%). Para evitar el riesgo de pérdida de ese capital, el dador de los fondos celebra otro contrato con el mismo comerciante, por el cual asegura dicho riesgo, a cambio de cederle un porcentaje de las utilidades previstas (por ejemplo 6% que se restaba de los 13 estimados). Puesto que esas utilidades eran eventuales y no ciertas, las partes celebraban un tercer contrato por el cual el comerciante asegura al aportante de los fondos, a cambio de cederle otro porcentaje (por ejemplo un 2%) de las utilidades eventuales, un porcentaje fijo (el resultante de restar a los 13 primitivos, los 6 y 2 posteriores). De esta forma, en el contrato del ejemplo se habría obtenido el mismo resultado que un contrato de préstamo con un interés del 5%. La legitimidad de este contrato dio

²⁸² Troplong, *Du Contrat de société*, Tº I Préface, p. LIX y Nº 383, p. 361.

²⁸³ No existe acuerdo acerca del origen de este contrato. Pothier le atribuye la creación de la idea a Diana, quien estaba a favor de la licitud del mismo (Pothier, *Oeuvres...*, Tº 4, *Traité du contrat de société*, Nº 22, p. 244). Troplong, por su parte, a la sutileza de los clérigos orientales (§ 16). Según algunos, esta figura sería anterior al concilio de Nicea y contemporánea de la herejía arriana. No obstante este autor menciona que el juriconsulto navarro del siglo XVI, Martín Azpilcueta se vanagloriaba de haberlo inventado para el rey de Portugal, que deseaba que se encontrara un medio para que los particulares pudieran prestar su dinero a los comerciantes de Lisboa (Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº 1, Nº 47, p. 61 y sig.). Escribano, ob. cit., voz "Contrato Trino", p. 516. Ver también sobre el tema: García Ulecia, Alberto, *El contrato trino en Castilla bajo el derecho común*, publicado en el sitio de internet de la Universidad de La Rioja (España) <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=669661>.

lugar a numerosas discusiones entre teólogos y canonistas (nota 377 y texto rel.), y más tarde a la intervención papal (§ 22, nota 378 y texto rel.), sin que ello pusiera fin a la polémica.²⁸⁴

Otra de las argucias difundidas en la edad media para burlar la prohibición del préstamo a interés, fue la contratación conocida como *mohatra*.²⁸⁵ Con esta expresión se designaba una operación en la que quien en realidad actuaba de prestatario, compraba a un comerciante una cierta mercadería, a plazo, por un precio mayor que el corriente y revendía al contado esa misma mercadería, por un precio menor. En otras palabras, una persona A, vendía a otra B, una cosa por un precio –por ejemplo 100, no obstante que su valor corriente fuera de 80– con la condición de que el precio sería satisfecho dentro de un cierto plazo –p. ej. un año. Inmediatamente de celebrada la venta, A compraba la misma cosa a B por un precio menor –por ejemplo 80–; y en cumplimiento de dicho contrato, A recibía la cosa y B pagaba su precio –los 80. Transcurrido el plazo convenido –un año– B pagaba a A el precio convenido por la primera compraventa –los 100– y recibía nuevamente la cosa. Con ello se había realizado –en el caso del ejemplo– un préstamo por 80, con un interés de 20, y la cosa que se decía “vendida” funcionaba como garantía del cumplimiento del préstamo (puesto que en caso de incumplimiento en la restitución del préstamo el acreedor se quedaba con la cosa en calidad de dueño).²⁸⁶

También se cargaban intereses a las financiaciones, sin recurrir a la figura del mutuo, mediante compras con cláusula de *retroventa*, en las que el precio de recompra era superior al de venta que en principio fueron considerado lícitas (ver § 49) Otras variantes de similar naturaleza fueron el llamado contrato *pignoraticio*, que consistía en una venta con pacto de retroventa, combinada con una locación al vendedor de la cosa vendida (como forma de retener la tenencia de la cosa dada en garantía por el deudor), mientras estaba pendiente la facultad de retracto, y el contrato *anticrético*, que eludía la prohibición del *anticresis*²⁸⁷ mediante una compraventa con facultad de retroventa, en la que mientras pendía el plazo para ejercer la recompra y devolver el vendedor el precio pactado (capital) el comprador podía percibir los frutos de la cosa en su calidad de dueño, imputándolos como intereses.²⁸⁸

²⁸⁴ Ver un resumen de dicha polémica en la bula *Sobre el sínodo diocesano*, cap. II, traducida en el APÉNDICE 8.

²⁸⁵ Esta expresión viene del latín medieval, que a su vez la tomó del árabe (*muchatara*=riesgo). Ver Cardahi, ob. cit., p. 517 y sig.

²⁸⁶ Pothier *Oeuvres...*, Tº 3, *Traité de la vente*, Nº 38, p. 16, y *Traité de l'usure*, Nº 88, p. 81; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXIX, y art. 1908 Nº 364, p. 309; Escriche, ob. cit., voz “Mohatra”, p. 1311. Cardahi, ob. cit., p. 517 y sig. y p. 532 y sig.

²⁸⁷ El anticresis es un contrato por el cual el deudor pone en poder del acreedor una cosa inmueble con facultad de recibir sus frutos hasta que con su importe se haga pago de la deuda (ver Escriche, *Diccionario*, voz “Anticresis”, p. 174; art. 3239 cód. civil). Como se recordará § 16), este contrato fue prohibido por el Derecho Canónico: *Decretales Gregorianas*, Libro V, Título XIX, cap I y II (ver texto en APÉNDICE 3).

²⁸⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXX, y Nº 390 p. 334, y *De la Vente*, 2ª edición, Paris, Charles Hingray, 1836, Tº 2, Nº 695, p. 225 y sig.; Escriche, ob. cit., voz “Interés”, cap. XIII, p. 944 y voz “Anticresis”, p. 174 y sig.

§ 20. Conclusiones sobre este período

A todo lo largo de la edad media hemos visto el mantenimiento de la actitud desfavorable hacia la percepción de intereses, propio de la antigüedad, que se reflejó en el plano de las teorías, primero en el mantenimiento de la vigencia del argumento de la “esterilidad del dinero” y luego en el desarrollo de otros argumentos de tipo racional, igualmente contrarios al interés. También hemos visto generalizarse la prohibición legislativa del interés y crecer su rigor, así como la extensión de tal prohibición a otras figuras contractuales afines al mutuo.

Por otro lado, a partir del renacimiento de la vida urbana, el creciente e incipiente desarrollo económico consecuente, si bien no encontró respuesta satisfactoria en el aspecto teórico, tuvo una válvula de escape en la legislación por dos vías. Una directa: la tolerancia del establecimiento de autorizaciones para el ejercicio de la actividad de banqueros, principalmente a judíos y lombardos (quienes tuvieron un status diferente en la legislación canónica). La otra indirecta: la permisión encubierta de distintas figuras jurídicas que encerraban situaciones donde había una concesión de crédito, pero no *préstamo* desde el punto de vista jurídico-formal. La mayoría de estas figuras habían sido desconocidas para los romanos, y su creación no tuvo otra razón de ser que la de eludir la prohibición del préstamo a interés.²⁸⁹ Así vimos aparecer el *crédito* disfrazado de contratos de *cambio*, de constitución de *rentas*, en la indemnización del *daño emergente*, del *lucro cesante* y del *periculum sortis*, y en ciertas formas del viejo contrato de *sociedad*.²⁹⁰ Casi todas estas cuestiones volverán a ser objeto de regulación por el derecho canónico en los primeros años de la edad moderna.

²⁸⁹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXXVII.

²⁹⁰ Böhm Bawerk, ob. cit., ps. 49 y 50.

CAPITULO 6: LA EDAD MODERNA

§ 21. Desarrollo de las teorías favorables al interés

El decaimiento del prestigio –en el plano intelectual– de las teorías negatorias del interés, sobrevino gradualmente. Es indudable que el rompimiento de la unidad del catolicismo europeo, como consecuencia de la *Reforma*, tuvo incidencia sobre el particular. Pero la *Reforma* no introdujo –en cuanto a los dogmas– diferencias abruptas respecto de las teorías desarrolladas por los canonistas medievales.²⁹¹

El primer reformador en avanzar en este terreno fue Juan Calvino.²⁹² En primer lugar se manifestó en contra del argumento tradicional hasta ese momento, según el cual la fuente de la prohibición del interés eran las Sagradas Escrituras.²⁹³ En segundo lugar, refutó otro argumento –éste de tipo *racional*– que había dominado el debate sobre la legitimidad del interés: el de la *esterilidad* del dinero. Consideró que no existía diferencia, desde este punto de vista, entre el dinero y los bienes físicos (tales como una casa, o la tierra): tampoco los techos o las paredes de la casa pueden engendrar frutos –decía. Así como se considera lícita la ganancia obtenida por la cesión del uso de la casa, no tendría que haber diferencias respecto de la cesión del uso del dinero. Si bien el dinero ocioso es estéril, el deudor que recibe dinero en préstamo nunca lo deja ocioso –continuaba. No veía en ello engaño al deudor, que paga los intereses a costa de las ganancias obtenidas del dinero prestado. Concluía –entonces– que no había razones para una prohibición general y absoluta para la percepción de intereses, ni tampoco para una autorización indiscriminada. Entendía que solo debía autorizarse en los casos en que no esté comprometida la equidad ni la caridad. De este principio extrajo dos excepciones en cuanto a la posibilidad de exigir intereses: una se daba en el caso de un préstamo efectuado a una persona en estado de real

²⁹¹ Martín Lutero continuó siendo un perseguidor implacable de la usura, hasta que sobre los últimos años de su vida empezó a cambiar su punto de vista sobre la cuestión. Al igual que otros de los primeros reformadores del cristianismo como Melancton y Zwingli, consideró más apropiada su tolerancia dentro de ciertos límites; no por razones teóricas, sino porque entendían que era más acorde con la naturaleza humana. Si bien seguían considerando al interés como una ganancia de tipo parasitaria, entendían poco práctico e improbable el intento de una eliminación total del hábito de los intereses (Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 51).

El odio que Lutero profesó hacia los judíos, se basaba en el papel que a su juicio representaban como prestamistas que extorsionaban a todos (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 248).

²⁹² Se explayó sobre la cuestión en una carta dirigida a su amigo Ecolompadio.

Tuvo una mejor opinión sobre los judíos que Lutero, y consideró en su obra los argumentos de éstos sobre el préstamo a interés (Johnson, *La historia de los judíos*, p. 249), a los que se hará referencia más adelante.

²⁹³ Sobre el particular propició que tales pasajes (§ 9 y § 12) fueran interpretados de un modo distinto, o bien que debía considerarse que habían perdido validez ante el cambio radical en las condiciones de vida.

necesidad; la otra en supuestos en que estuviera en juego el *interés de estado*, de lo cual infiere que no deberá ser sobrepasado el límite que se imponga mediante las leyes civiles.²⁹⁴

No obstante lo expuesto, no hay que pensar que la cuestión de la usura haya tenido que ver con las causas que provocaron la *Reforma*, ni tampoco –al menos al principio– que haya sido un punto de separación entre las éticas católica y reformada. Tampoco hubo entre las dos vertientes del cristianismo un problema dogmático, relativo a la cuestión de la usura.²⁹⁵

Según Max Weber, la diferencia entre el catolicismo y el protestantismo se manifestó en diversos factores que generaron una nueva actitud –por parte del protestantismo–²⁹⁶ en materia

²⁹⁴ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 52 y 53.

²⁹⁵ Como todo conflicto ético, la diferencia que sobre el punto tuvieron católicos y protestantes, puede explicarse mejor como una interacción entre desacuerdos en las *creencias* y en las *actitudes* (Stevenson, Charles L. *Ethics and Language*, Yale University Press, Inc., New Haven, 1944 -tr. castellana de Eduardo A. Rabossi, *Ética y Lenguaje*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971- p. 15 y sig.; pueden verse otros ilustrativos ejemplos de tipos de desacuerdo, en Copi, Irving, *Introduction to logic*, The MacMillan Company, New York, 1953 -tr. castellana de Néstor Míguez, *Introducción a la lógica*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1962, 4ª edición, 1969- p. 49 y sig.

Si bien como vimos Calvino fue más tolerante que sus antecesores en esta cuestión, la afirmación de la teoría plenamente favorable al interés no se produjo hasta Sumaise, de quien luego hablaremos.

También hemos dicho que el protestantismo en general no tomó postura a favor de la usura. Aún dentro del calvinismo, se registra el caso de la Iglesia hugonota y holandesa durante el siglo XVI, en las cuales este tema siguió planteando problemas de conciencia, como lo manifiestan los primeros sínodos nacionales de los calvinistas franceses, en un de los cuales se discutió, por ejemplo, sobre si un banquero podía ser jefe de una iglesia (Weber, ob. cit., p. 48, nota 16; p. 78, nota 27 y p. 187, nota 7).

Por ello se puede afirmar que tanto el catolicismo como el protestantismo en general (exceptuada la aprobación de Calvino respecto del interés en los préstamos destinados al comercio), partieron al momento de producirse el cisma de la *Reforma*, de una común creencia en cuanto a los malos efectos sociales del préstamo a interés, pero que luego tuvieron distintas actitudes al respecto (mayor tolerancia entre los protestantes y menor entre los católicos), que con el tiempo produjeron resultados diferentes en los países que adoptaron una u otra religión en la Europa moderna.

²⁹⁶ Los factores que produjeron una nueva actitud –según Weber– entre las diversas direcciones del protestantismo son las siguientes.

En el caso del calvinismo, tal nueva actitud estaba relacionada con la doctrina de la *predestinación*, según la cual la salvación eterna no puede alcanzarse por medio de buenas obras, sino que es algo que está determinado en el plan de Dios, que no es asequible a los hombres. Este punto de vista tuvo que influir necesariamente en otro, de manera decisiva: ¿cómo sabía el hombre acerca de su estado de gracia?, ¿cómo alcanzaba la *certitudo salutis*? Los consejos al respecto eran dos: en primer lugar no dudar respecto de que cada uno debía considerarse elegido, y en segundo lugar, recurrir al *trabajo profesional* incesante, como modo de ahuyentar la duda religiosa y de obtener la seguridad del propio estado de gracia (Weber, ob. cit.: sobre la doctrina de la predestinación, ver p. 113 y sig.; sobre la certidumbre acerca del estado de gracia, ver p. 127 y sig.).

El sentido que se le atribuyó a la expresión *trabajo profesional*, a partir de la *Reforma*, es introducido por Lutero. Su originalidad radicaba en considerar que el más noble contenido de la conducta moral consistía en entender como un deber el cumplimiento de la tarea profesional en el mundo; que ésta era la única forma de agrandar a Dios, y por ende superior al ascetismo monástico (Weber, ob. cit., p. 90).

Para el calvinista, por su parte, no era suficiente para sus salvación la realización de algunas “buenas obras” en particular, sino que su creencia lo impulsaba a un constante y sostenido “buen obrar”, puesto que el arrepentimiento y la penitencia no constituían un medio de salvación, en caso de pecado y cuantas veces aquél se produjera, como en la ética católica. De este modo la conducta moral del hombre medio –dice Weber– perdió su acostumbrado carácter anárquico (Weber, ob. cit., p. 138 y sig. y p. 184).

de *ética económica*²⁹⁷ en general (y no respecto de la cuestión de la usura en particular), que determinaran lo que el mencionado autor denomina el nuevo espíritu del capitalismo.²⁹⁸

Tampoco debe pasarse por alto en la historia de las ideas que llevaron a justificar el préstamo a interés, el aporte de los judíos sobre el particular. Luego de haber sido el primer pueblo que estableció la prohibición sobre el interés –aunque limitada al préstamo entre hermanos, pues se les permitía hacerlo con los gentiles– su poder de racionalización les permitió encontrar justificaciones que conciliaran sus creencias con el rol de prestamistas que generalmente tenían que desempeñar en todas partes donde se asentaban. Así tenemos el caso del rabino Abraham Farissol de Aviñón, quien en una disputa en Ferrara en el 1500 sostuvo que “si la naturaleza y la sabiduría exigieran que se prestase ayuda a quien la necesita para satisfacer sus necesidades, y que el dinero se prestase sin interés a los que necesitan dinero, la naturaleza también requeriría que si alguien necesita que una casa o un caballo o trabajo se sean suministrados, se le provean sin pago”. Por la misma época, Isaac Abravanel, en un comentario publicado en 1551 sostenía: “No hay nada indigno en el interés... ¿por qué un agricultor (que)

²⁹⁷ La influencia psicológica mencionada en la nota anterior que el calvinismo principalmente, y en menor medida otras direcciones protestantes como las sectas bautizantes, el pietismo alemán y el metodismo, produjeron en la sociedad de su tiempo –sostiene Weber– determinaron una modificación concreta, más que en la cuestión de la usura, en la consideración del “espíritu de ganancia”.

En efecto –afirma Weber–, en las comunidades europeas de la edad moderna que practicaban algunas de las mencionadas variantes del protestantismo ascético, a la par que se iba afirmando un sentimiento aún más desfavorable que el de muchos moralistas medievales hacia el descanso ocioso en la riqueza y hacia el goce sensual de los bienes materiales, se afirmaba la idea de que el mejor camino para agradar a Dios, era el del trabajo incesante. La intensidad del agrado que el trabajo profesional le causaba a Dios se medía –según la ética puritana– teniendo en cuenta la importancia que tuvieran para la comunidad los bienes que se produjeran con dicho trabajo, y finalmente, según el provecho económico que le causara al individuo que lo realizaba. La acumulación de riqueza para agradar a Dios, en cumplimiento de la profesión, no era reprobable, en tanto que no fuera motivo de incitación a la pereza y al goce sensual de la vida. En cambio, era reprobable la mendacidad por parte de hombres capacitados para el trabajo. Se desalentaba el consumo, y a la vez se estimulaba el afán de lucro, entendido éste como lucro racional y no como apetito irracional y sensual de la riqueza. De ello no pudo surgir otra cosa que un formidable proceso de acumulación de capitales que debían ser aplicados nuevamente a actividades productivas. He aquí entonces la génesis de lo que Weber llamó el espíritu del capitalismo (Weber, ob. cit.: sobre la actitud hacia la riqueza y el agrado a Dios mediante el trabajo incesante, ver ps. 187/8; sobre los criterios de agrado del trabajo y la acumulación de riqueza, ver ps. 197 y sig.; sobre la acumulación de capitales, ver ps. 211/2).

²⁹⁸ La idea de la relación causal entre el protestantismo y el capitalismo, es en realidad anterior a Weber. Ya en 1804, Charles de Viller en su *Essai sur l'esprit et l'influence de la reformation de Luthier* llamó la atención sobre este punto. Pero no existe una opinión pacífica al respecto. Paul Johnson, por ejemplo, considera que tal relación no puede probarse; que el sentimiento de angustia por la certidumbre salutis (la certidumbre sobre la salvación) había existido desde siempre, pero que durante la edad media se había canalizado mediante donaciones a la Iglesia, y otras formas similares, que en definitiva habían mantenido a los excedentes producidos por el trabajo, al margen de la inversión empresarial. Por el contrario –sostiene Johnson– los elementos progresistas de la economía que a la postre llegarían a identificarse con el sistema capitalista, no se caracterizaron por su adhesión a una formulación doctrinaria determinada: lo que los distinguió fue su rechazo a todas las formas muy institucionalizadas y muy clericales del cristianismo. Estos empresarios –dice– fueron partidarios de una forma de religiosidad privada y personal, cuya actitud era expresada aproximadamente por las ideas de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), en cuanto a que el cristianismo necesitaba, más que un cambio de su teología, un cambio en su moral. Pero a partir de la década de 1520, las luchas y la intolerancia religiosas determinaron a muchos de los espíritus independientes de la época a emigrar. De tales movimientos migratorios, los estados protestantes parecieron resultar beneficiados, por cuanto mostraron una mayor flexibilidad que los católicos posteriores al concilio de Trento (Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 23 y sig.).

En definitiva, sostiene Johnson, los espíritus más proclives a adoptar las pautas de comportamiento del denominado espíritu del capitalismo, fueron aquellos que por diversas razones –entre las cuales las guerras de religión y las persecuciones raciales pesaron sin duda más– debieron trasladarse de un lugar a otro y reasentarse sucesivamente, habida cuenta del “efecto vigorizador” en las ideas que ello produce. Dentro de este fenómeno no debe dejarse de lado la importancia y papel que –junto a calvinistas, luteranos y católicos de la Italia septentrional– tuvieron los judíos, así como sus racionalizaciones sobre la cuestión del interés (Johnson, *La historia de los judíos*, ps. 251 y 252).

Pero volviendo a la estado de la cuestión dentro del cristianismo, no obstante haber partido de creencias y actitudes básicamente similares –atento su común origen– la ética católica y la protestante se empiezan a separar en esta cuestión de la usura. Cualesquiera hayan sido las causas del desarrollo económico durante la edad moderna y las de la formación del espíritu del capitalismo, lo cierto es que una vez que dicho proceso se produjo (lo cual es indudable que tuvo lugar primero en los países protestantes), las nuevas creencias de los protestantes sobre el espíritu de lucro (la distinción entre el lucro como apetito desordenado y el lucro como forma de ejercicio de una profesión para agradar a Dios), han debido actuar sobre sus actitudes (Stevenson, ob. cit., ps. 23 y sig.). Y así, primero en sus países, y luego mucho más lentamente en el resto de Europa, se fue creando un nuevo clima espiritual para tratar el problema del préstamo a interés.

recibe trigo para sembrar su campo no dará al prestador el diez por ciento si tiene éxito, como suele suceder? Es una transacción comercial común y válida”.²⁹⁹

Pero antes de que el proceso de formación del denominado espíritu del capitalismo completase sus efectos en el plano de las racionalizaciones, sobre los argumentos teológico morales expuestos, se les agrega el aporte del primer jurista partidario del préstamo a interés. Se trata del francés Charles Dumoulin o Molinaeus (1500–1566), contemporáneo de Calvino. Su obra principal sobre esta materia fue *Tractatus contractuum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum*, de 1546. Dumoulin dedicó su obra a Enrique II (1547–1559). Probablemente, por esta razón, por el hecho de que era católico, y por lo novedoso y revolucionario de sus puntos de vista, muchas de sus ideas no fueron expresadas sino con miramientos y ciertas concesiones. No obstante tales reservas, fue sospechado de haber escrito su obra bajo la influencia de Calvino. Y finalmente la misma resultó incluida en Index, y él mismo terminó en el destierro.³⁰⁰

En forma coincidente con Calvino, aunque tal vez independientemente de éste, Dumoulin interpretó los pasajes bíblicos sobre la usura, entendiendo que los mismos no prohíben la percepción de intereses en todos los casos, cualesquiera fueren las circunstancias, sino solamente cuando implicaran un desmedro de la caridad y el amor al prójimo.³⁰¹

Demostró que en casi todos los préstamos el acreedor tiene un *interesse*, ya fuere por un daño manifiesto o por un lucro cesante.³⁰²

Aprobó la legislación de Justiniano, en cuanto al permitir el préstamo a interés (lo que se infiere de la fijación de un límite máximo a los mismos), facultaba al deudor a obtener, a cambio de intereses moderados, ganancias mucho mayores.³⁰³

Refutó la opinión de Santo Tomás relativa a la consumibilidad del dinero, en mérito a la cual exigir un precio por el uso del capital prestado sería tanto como pagar dos veces por la

²⁹⁹ Johnson, *La historia de los judíos*, ps. 253 y 254.

³⁰⁰ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 54; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXLIX. Fruto entonces de aquella común asociación entre protestantismo y las opiniones favorables a la licitud del préstamo a interés, autores posteriores siguieron tal encasillamiento, pero considerándolo como una cuestión de dogma religioso.

Lo expuesto más arriba se advierte en la nota a la edición citada de Esriche (*Diccionario...*, voz “Interés”, nota 2 del capítulo VI, que no es del autor, sino que corresponde a un comentario crítico sobre la opinión de éste, por parte de quien actualizó la edición). En ella se dice: “Si se quiere dejar las doctrinas de la Iglesia católica, y seguir las de Salmasio, Molineo, Grocio, etc., y en general las de la secta luterana, dígase con franqueza y no hablemos artificiosamente de teólogos para reprobear la tradición constantemente transmitida por medio de los santos Padres e innumerables Concilios provinciales, y confirmada después por las decisiones expresas de los sumos Pontífices y Concilios generales...” Resulta curiosa, a la vez que demostrativa de la asociación entre protestantismo (sin distinciones entre sus distintas direcciones) y la teoría favorable al interés, la referencia a las opiniones de Grocio y de la “secta luterana”, puesto que, se ha visto en el texto y se verá más adelante, que no es esa la opinión de quienes han estudiado el pensamiento de los autores citados, desde la perspectiva de los dogmas y de la teoría.

Quizás por influencia de las razones expuestas, o tal vez por otras, lo cierto es que las obras de Dumoulin no han podido ser encontradas en nuestro medio. Por lo tanto, la referencia a su pensamiento será referido en base a la descripción que de él hacen Böhm-Bawerk principalmente, y Troplong.

³⁰¹ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 248; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXLIX.

³⁰² Böhm-Bawerk, ob. cit., p. cit.

³⁰³ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. cit.

misma cosa, o pagar por algo que no existe. En contra de dicho punto de vista, Dumoulin sostuvo que el uso del dinero confiere a quien dispone de él (en el caso del préstamo, el prestatario), una utilidad que no consiste en el primer uso que se haga de él. En efecto –dice– no es propio considerar como uso del dinero, exclusivamente, la inversión primera que se hace con el mismo, luego de haberlo recibido en préstamo, sino que también debe considerarse como uso de aquél el empleo que se dé a los bienes adquiridos con el dinero prestado. Y puesto que con la cosa prestada (el dinero) pasa al prestatario la disponibilidad jurídica de la misma, es legítimo el cobro de una suma por este concepto (el uso), a la que habitualmente se le llamaba usura, o más tarde interés.³⁰⁴

En cuanto al conocido argumento de la esterilidad del dinero, replica Dumoulin diciendo que la experiencia diaria de la vida de los negocios enseña lo contrario: o sea que de una cierta cantidad de dinero se pueden obtener grandes utilidades. Y si bien esas ganancias no surgen espontáneamente del dinero, sin la mediación del trabajo del hombre, tal situación no es distinta de la que se presenta con la tierra, por ejemplo, que no es capaz de rendir frutos, si no es labrada.³⁰⁵

El desarrollo expuesto le permite a Dumoulin arribar a su tesis conclusiva: esto es, que es necesario y conveniente que se mantenga y tolere, dentro de ciertos límites, la práctica de la percepción de intereses. Y que la opinión contraria no es sino un punto de vista necio, funesto y supersticiosos. Pero, evidentemente que su posición estaba en abierta contradicción con la doctrina eclesiástica de su momento. Probablemente por esa razón, no obstante la conclusión a la que arribara, aprueba la prohibición canónica del interés, y aconseja que se autorice en su lugar la compra de rentas, no obstante ver en este contrato una verdadera modalidad de préstamo con intereses.³⁰⁶

Con posterioridad a Dumoulin –durante el siglo XVI– no fueron muchos los autores que sostuvieron la permisión de los intereses. Además de los discípulos de Calvino, cabe mencionar a Camerarius, Bornitz y al alemán Besold. Este último escribió *Quæstiones aliquot de usuris*, en 1598 y *Vitæ et mortis Consideratio politica*,³⁰⁷ del 1623. En tales obras siguió los desarrollos de Dumoulin, a quien cita abundantemente, pero no introdujo en el debate ideas novedosas respecto de éste. Juicio similar cabe respecto del filósofo inglés Bacon (1561–1626), quien se expidió

³⁰⁴ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 55.

³⁰⁵ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. cit. nota anterior.

³⁰⁶ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. cit. nota 277.

³⁰⁷ El autor en cuestión se refiere a la cuestión de la usura en el capítulo V del libro primero de la obra citada.

sobre la cuestión de la usura en *Sermones Fideles*,³⁰⁸ del 1597, y adoptó una actitud de compromiso a favor del interés, pero sin ahondar en las cuestiones teóricas.³⁰⁹

El siglo XVII marca el momento en que se afirma la teoría favorable a la permisión de los intereses en los préstamos. En los Países Bajos se dieron condiciones particulares para el desarrollo de estas ideas. Es probable que entre otras razones hayan influido el hecho del progreso alcanzado por la economía nacional y su sistema bancario y crediticio, al amparo de una legislación secular que –como luego veremos– permitía desde hacía tiempo la percepción de intereses, así como seguramente, la influencia del calvinismo en esta región.³¹⁰

Ahora bien, entre tanto ello sucedía, aparece Hugo Grocio (1583–1645) sosteniendo una posición intermedia entre la teoría canónica y la nueva postura.³¹¹ Escribió sobre la cuestión de la usura en su obra *De iure belli ac pacis*.³¹²

Planteó la cuestión de si las usuras deben considerarse prohibidas por el derecho natural o el divino, y a pesar de admitir que la primera opinión era la más difundida, se inclinó por la segunda.³¹³

Rebatió los argumentos racionales contrarios a la permisión del interés,³¹⁴ de la siguiente manera. Rechazó el argumento de la gratuidad del préstamo, diciendo que si al comodato (se entiende que se refiere al caso en que sea realizado respecto de cosas no fungibles) se le agrega como nuevo elemento un precio, no se transforma al contrato en ilícito, sino que pasa a tener otro nombre (locación). Tampoco se prueba lo que se pretende –agregaba– cuando se afirma que el dinero es improductivo, puesto que las casas y otras cosas infecundas por naturaleza se tornan productivas por efecto de la industria del hombre. Para contrarrestar el argumento de la supuesta imposibilidad de separar el uso de la propiedad, en las cosas fungibles, trajo a la memoria que los romanos habían aceptado la posibilidad de un usufructo sobre cosas fungibles (o cuasi usufructo). Pero de esta distinción –decía– no puede inferirse que este derecho

³⁰⁸ Capítulo XXXIX.

³⁰⁹ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 56 y 57.

³¹⁰ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 59.

³¹¹ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. cit. nota anterior.

³¹² Libro II, capítulo XII.

³¹³ Grocio, Hugo, *De iure belli ac pacis* (tr. castellana de Jaime Torrubiano Rippoll, Madrid, Editorial Reus S. A., 1925), Tº II, ps. 212/3 y 214/5, parágrafo XX del capítulo citado en nota anterior.

Arribó Grocio a la conclusión mencionada en el texto, por desechar los argumentos de tipo racional, habitualmente esgrimidos por los teólogos y canonistas medievales, para sostener lo contrario (punto 3 del mencionado parágrafo).

No obstante ello, tampoco justificó el apartamiento de las enseñanzas de los Padres de la Iglesia y de Santo Tomás, respecto de los pasajes bíblicos referidos al interés. Consideró que el Salmo XIV de David (XV entre los hebreos), y el capítulo 18 de Ezequiel, no dejan lugar a dudas sobre la prohibición (comp. *supra* § 9), y que luego de que el Evangelio borrara toda distinción entre los pueblos y declarara el carácter universal de la religión cristiana, no podía considerarse a dichas disposiciones como exigibles sólo al pueblo judío.

³¹⁴ Punto 1 del parágrafo XX.

no sea económicamente estimable. El derecho a retener la cosa fungible prestada es susceptible de una compensación porque –agregaba– “paga menos el que paga antes”.³¹⁵

No obstante el alineamiento de Grocio con los detractores del interés –habida cuenta que lo considerara prohibido por el derecho divino– aclaró que había muchas formas que el común de la gente identificaba con la usura, pero que a su juicio eran contratos de otra especie. Se refería a la recompensa del daño que sufre quien presta dinero (daño emergente), el lucro cesante y el peligro de pérdida del capital.³¹⁶ Con esto continuaba abriendo una brecha en la cerrada teoría medieval de la prohibición del interés.

Pero el vuelco significativo en materia de las teorías acerca del interés, se produjo a partir del año 1638, en que empezó a publicar sus trabajos el calvinista Claude Saumaise o Salmasius (1588–1658). Sus obras más importantes con relación a la usura fueron: *De usuris* (1638), *De modo usurarum* (1639), *De foenore trapezitico*, (1640), y otra publicada bajo el seudónimo Alexius Massalia, *Diatriba de mutuo, mutuum non esse alientionem* (1640). A partir de tales publicaciones, quedó marcado un nuevo rumbo en el camino de la justificación del préstamo a interés.³¹⁷

Saumaise resumió sus puntos de vista en el capítulo VII de *De usuris*. Aquí sostuvo que el interés es la remuneración correlativa de las sumas de dinero dadas en préstamo. Para justificar la legitimidad de esa retribución, que desde Aristóteles había sido negada por invocación a la “esterilidad” del dinero, este autor recurrió al antiguo recurso que los juristas conocían a partir de la dialéctica platónica (§ 3 y § 5), de utilizar las clasificaciones de los conceptos de modo tal que su agrupamiento aproveche las resonancias positivas de ciertos términos y evite las negativas de otros, facilitando además al interlocutor –más allá de una eventual captación emotiva– el análisis de nuevas relaciones entre las ideas.³¹⁸

Así Saumaise ubicó al préstamo de dinero entre los negocios jurídicos en que el propietario de una cosa cede a otro el uso de ésta. Sentado lo expuesto, pasó a establecer cuáles eran las circunstancias relevantes a los fines de conformar un encuadramiento distinto, o

³¹⁵ Grocio, ob. cit., Tº II, capítulo XII, parágrafo XX, ap. 2, p. 213. Por el sentido del contexto, debe entenderse que se refiere a que los acreedores aprecian el tiempo en que pueda anticiparse el recupero de su prestación, de modo que aceptarían cobrar menos a su deudor en caso de adelantarse en el pago. En este caso lo *menos* parece referirse a lo que paga el deudor, alude al valor nominal del pago. Comp. con Ulpiano, en el *Digesto*, Ley 12, Título 16, Libro 50, quien -enfocando el problema desde el ángulo opuesto- decía que “paga menos el que paga más tarde, porque también se paga menos con relación al tiempo”. Aquí lo *menos* parece referirse a lo que percibe el acreedor y alude a un valor “real” del pago. En ambos casos se trata de una aplicación del principio de la *preferencia temporal* del que habla Von Misses y al que luego nos referiremos (§ 25 y nota 437).

³¹⁶ Grocio, ob. cit., Tº II, ps. 213/4, cap. cit. parágrafo XXI.

³¹⁷ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLVIII; Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 59; Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 359. Como en el caso de Dumoulin, tampoco las obras de Saumaise han podido ser encontradas en nuestro medio, por lo que las referencias a su pensamiento son tomadas de Böhm-Bawerk principalmente, y de Troplong.

³¹⁸ Le Pera, *La naturaleza jurídica*, ps. 54 y 55.

determinar una diferente figura contractual dentro de la nueva “familia” de los contratos en los que se cede el uso de las cosas. Y estableció que dichas circunstancias habían sido históricamente: la consumibilidad o no de la cosa cedida, y la gratuidad o no de dicha cesión. De la combinación, por la ausencia o presencia de tales circunstancias, surgieron los siguientes contratos: la cesión gratuita de una cosa no consumible se llamó *commodatum* (comodato); si a la cesión se le agregaba un precio se llamaba *locatio conductio* (locación); si versaba sobre cosas consumibles y era gratuita, se llamaba *mutuum* (préstamo sin interés); y si era por un precio (el interés) se llamaba –entre los romanos– *foenus* (préstamo a interés).³¹⁹

Como paso siguiente de su razonamiento, Saumaise concluyó que la relación que existía entre el préstamo a interés y el préstamo gratuito era la misma que se verificaba entre el arrendamiento y el comodato.³²⁰ Sostuvo que así como era lícito agregarle una remuneración al comodato (lo que lo transformaba en locación de cosa), nada impedía reconocerle igual licitud a la remuneración en el mutuo. Ello a menos que se entendiera esencial el distinto uso que se da a los objetos cedidos o prestados en ambos contratos (consumo en el mutuo, mientras que en el comodato el uso no los agota). En otras palabras, encontraba que el sustento de la opinión contraria sólo podía radicar en el argumento de la “consumibilidad del dinero”.³²¹ Contra este argumento Saumaise replicó diciendo que –para ser coherentes– debería prohibirse incluso el préstamo gratuito de cosas fungibles, puesto que no debiera permitirse a nadie que ceda a otro, ni siquiera gratuitamente, un uso de algo cuya existencia está cuestionada.³²²

Su segundo argumento para justificar la retribución del préstamo de cosas consumibles, fue poner de manifiesto el mayor riesgo asumido por la persona que cede cosas de esta clase a otro, puesto que se encuentra en una posición más desfavorable que quien da en arrendamiento cosas no consumibles. En efecto, el arrendador puede retirar, cuando las circunstancias lo justifican, al que está en uso de la cosa, puesto que sigue siendo su propietario. En cambio, el prestamista de dinero está expuesto a sufrir demoras en la restitución del mismo, preocupaciones

³¹⁹ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 60. Vale la pena comparar el análisis de Saumaise relativo a los contratos en los que se cede el uso de las cosas, con la moderna técnica de construcción de *redes semánticas*, para los *sistemas expertos legales* (§ 4), que expone Antonio Martino (art. cit., en nota 41, ps. 169/70): “Algunas de las técnicas más importantes para la construcción de los SEL, por ejemplo aquella de las redes semánticas... resultan grandemente facilitadas en su aplicación por el carácter sistemático del conocimiento jurídico. Por ejemplo, en la teoría jurídica del contrato, una compraventa es, como todos los otros contratos, un acuerdo de voluntad, aunque basado sobre la presencia de tres condiciones precisas: un objeto comerciable, un precio cierto y la transferencia de la propiedad del vendedor al adquirente; si esta última condición no subsiste, es decir, si existe un contrato con un objeto en el comercio y un precio cierto, pero no se verifica transferencia de la propiedad, entonces nos hallamos frente a una locación; si, en cambio, lo que falta es el precio, pero existen tanto el objeto comerciable como su transferencia en propiedad, entonces se configura una donación, etc.”

³²⁰ Como se advierte, esta argumentación de Saumaise es muy similar a la que Grocio había usado –según vimos párrafos más arriba (ver nota 315)– para rebatir los argumentos racionales de los canonistas y escolásticos medievales, y justificar que la prohibición del préstamo a interés no se basaba en el derecho natural. Pero Saumaise la llevó más adelante y con notable éxito.

³²¹ Este argumento era debido a Santo Tomás (§ 15) y sostenía que no era posible –en el caso de las cosas fungibles– separar el uso, de la cosa misma.

³²² Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 60.

y daños. Por lo tanto, es más justificada aun la contraprestación en este caso, que en del arrendamiento.³²³

Además de exponer su opinión, Saumaise se ocupó de rebatir las distintas opiniones adversas al interés, con una elocuencia tal que logró provocar un cambio entre los intelectuales de su época, y la aceptación de la legitimidad del precio del dinero en el préstamo se difundió rápidamente. Logró así lo que no había logrado Dumoulin un siglo antes,³²⁴ y le dio nueva fuerza a los argumentos racionales que dubitativamente había esbozado Grocio. Pero para ello, no debe dejar de computarse la distinta postura ética de Saumaise.³²⁵

Durante más de cien años el debate sobre la legitimidad del préstamo a interés no produjo otras novedades que la gradual aceptación de las tesis de Saumaise. Así tenemos el caso del jurista holandés Gerhard Noodt, que escribió *Libri tres de foenare et usuris*, y de otros tan destacados como los alemanes Pufendorf y Leibniz. También cabe incluir al filósofo inglés John Locke entre los defensores del interés más notorios, aunque su aporte teórico al tema no significara un gran avance en este caso.³²⁶

También los teólogos católicos empezaron a adoptar una actitud más flexible en cuanto a la aceptación de la legitimidad del préstamo a interés.³²⁷ En ambas obras citadas se ensaya una justificación del interés en los préstamos entre comerciantes, siguiendo la tesis –ya expuesta más arriba– de Calvino, según la cual debían distinguirse dos clases de usos del dinero: el consumo y el empleo reproductivo, propio de los comerciantes. En el primer caso, el que requiere dinero prestado lo hace para satisfacer necesidades vitales, y por ende no sería legítimo reclamar nada a cambio. Pero en el segundo, en la medida que el que requiere el préstamo lo hace para aplicarlo a un negocio y obtiene con ello una ganancia, es legítima la retribución mediante el interés. Para reforzar dicha postura recurrían a la siguiente argumentación propia de los teólogos medievales: el préstamo entre comerciantes no es propiamente un mutuo, puesto que el prestamista retiene la propiedad de la cosa prestada, no en cuanto a su materialidad (*ipsorum corporum seu nummorum*), sino en cuanto a su “valor”, con lo cual –desde este punto de vista– sería más bien

³²³ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 60/61.

³²⁴ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 61/3 y en especial nota 26.

³²⁵ Debe tenerse en cuenta que Saumaise era calvinista y sostuvo en otro orden de cosas que el cobro de intereses era ahora necesario para alcanzar la salvación eterna: Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 359.

³²⁶ En efecto, argumentó que el interés en el préstamo de dinero se justificaba por las mismas razones que la renta como precio por la cesión del uso de la tierra, aunque tanto el dinero como la tierra entendía que eran cosas estériles. No obstante la justificación de ambas retribuciones la encontraba en la desigual distribución de la riqueza: en la escasez de unos y en la superabundancia de otros. Pero desde el punto de vista lógico, dicha línea argumental dejaba lugar tanto para la justificación de ambos -actitud asumida por Locke- como para la condenación también de ambos (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps 64/70).

³²⁷ Dichas opiniones se infieren de la crítica que hace Pothier a las opiniones de dos autores a quienes no identifica, sino que de ellos sólo menciona los títulos de sus obras: se trata de *Traité de la pratique des billets et du prêt d'argent entre les negotiants, par un docteur en théologie*, publicado en 1684, y del *Traité de Prêts de commerce*, por un doctor en teología de París, impreso en Lille en 1738.

una locación. En concordancia con lo expuesto, sostuvieron que los pasajes de las Sagradas Escrituras, que para los teólogos medievales implicaban una prohibición del préstamo a interés, se referían al préstamo de *consumo* y no al *reproductivo*.³²⁸

Según afirmaciones de Pascal en sus conocidas *Cartas provinciales*,³²⁹ que Troplong declara no haber corroborado,³³⁰ ciertos jesuitas (los padres Escobar y Bauny según los identifica

³²⁸ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 68 a 77, ps. 72 a 74.

³²⁹ Pascal, Blas, *Cartas a un Provincial*, 1657. Estas cartas corresponden a una serie de 18 escritas por Pascal en defensa de Antoine Arnault en su polémica con los Jesuitas con motivo de ciertas disputas teológicas relativas al Jansenismo, a doctrinas sobre la gracia divina, y sobre la moral de los Jesuitas. La Carta VIII de las mencionadas, fechada en París, el 28 de mayo de 1656, refiere un diálogo en que un monje jesuita relata las opiniones de otros miembros de su congregación sobre cuestiones relativas a la usura. Se transcribe un fragmento, traducido por el autor y tomado a su vez de la traducción al inglés de Thomas M'Crie, editada en New York, Robert Carther and Brhthers, 1856, p. 170 y siguientes, que se encuentra disponible, en Internet, en la página de Internet Archive, en <http://www.archive.org/stream/provincialletter00pasciala>. El fragmento transcrito comienza en la página 172 de la edición citada. También hay edición castellana, Pascal, Blas, *Cartas provinciales*, trad. de Francés Ll. Cardona, Edicomunicación S. A., Barcelona, 1999.

"...Digamos una o dos palabras sobre los hombres de negocios. Usted sabe que nuestra gran dificultad con esos caballeros es guardarlos de la usura -un objetivo en cuyo cumplimiento nuestros padres han sufrido particulares sufrimientos; ellos mantienen este vicio en tal aborrecimiento, que Escobar declara 'es herejía decir que la usura no es un pecado'; y el padre Bauny ha llenado varias páginas de su Sumario de Pecados con los sufrimientos y penalidades merecidas por los usureros. Los declara 'infames durante su vida e inmerecedores de sepultura después de su muerte'".

"¡Oh!" exclamé, "No tenía idea de que fuera tan severo."

"Él puede ser suficientemente severo, cuando hay ocasión para ello," dijo el monje; "pero entonces este erudito casuista, habiendo observado que algunos son atraídos hacia la usura meramente por amor a las ganancias, señala en el mismo lugar que 'conferiría una obligación no menor sobre la sociedad, quien, mientras lo protegiera contra los perversos efectos de la usura, y del pecado que le da nacimiento, sugiriera un método por el cual los dineros de uno pudieran asegurar tan grandes, si no mayores utilidades, en un empleo honesto y legal del que él podría obtener de tratos usurarios."

"Indudablemente, padre, no habría más usureros después de ello."

"Concordantemente," continuó, "nuestro casuista ha sugerido 'un método general para todo tipo de personas -caballeros, presidentes, consejeros,' etc.; y es un proceso muy simple, consistente sólo en el uso de ciertas palabras que deben ser pronunciadas por la persona en el acto de prestar su dinero; luego de lo cual puede tomar sus intereses de ello sin temer ser un usurero, lo cual ciertamente sería según cualquier otro plan."

"¿Qué clase de rezo pueden ser esas misteriosas palabras, padre?"

"Te las diré exactamente en sus mismas palabras," dijo el padre; "puesto que ha escrito su Sumario en francés, sabes, 'que puede ser entendido por todo el mundo,' como dice en su prefacio: 'La persona a quien el préstamo es solicitado debe preguntar, entonces, de este modo: No tengo dinero para prestarte, tengo un poco, sin embargo, para desembolsar para una utilidad honesta y legal. Si tu estás ansioso de tener la suma que mencionas con el objeto de hacer algo con ellas mediante tu industria, y dividir las utilidades y las pérdidas entre nosotros, es posible que pueda satisfacerte. Pero ahora que pienso acerca de ello, dado que puede ser una cuestión difícil acordar sobre la utilidad, si tu me aseguras una cierta porción de ellas, y me das otro tanto por el capital, de modo de no incurrir en ningún riesgo, podemos acordar los términos mucho más rápido, y obtendrás los fondos inmediatamente.' ¿No es ese un sencillo plan para ganar dinero sin pecado? Y no tiene el padre Bauny buenas razones para concluir con estas palabras: 'Este, en mi opinión, es un excelente plan por el cual una gran cantidad de gente, la que ahora provoca la justa indignación de Dios por sus usuras, extorsiones y transacciones ilícitas, puede salvarse a sí misma, de manera de obtener buenas ganancias, honestas y legítimas?'"

"¡Oh señor!" exclamé, "¡qué poderosas palabras deben ser esas! Sin duda deben poseer alguna virtud latente para alejar el demonio de la usura de la cual no conocía nada, puesto que, en mi pobre opinión, siempre pensé que ese vicio consistía en recuperar más dinero que el que había sido prestado."

"Sabes poco al respecto verdaderamente," replicó. "Usura, de acuerdo con nuestros padres, consiste en poco más que la intención de obtener intereses en el carácter de usurarios. Escobar, concordantemente, te muestra cómo se puede evitar la usura por un simple cambio de la intención. 'Sería llanamente usura,' dice 'tomar intereses del prestatario, si debiéramos exigirlo como es debido desde el punto de vista de la justicia; pero si sólo exigiéramos lo debido desde el punto de vista de la gratitud, no es usura. Nuevamente, no es legal tener directamente la intención de lucrar mediante el dinero prestado; pero reclamar tal lucro a través del medio de la benevolencia del prestatario -*media benevolentia*- no es usura.' Estos son métodos sutiles; pero, desde mi punto de vista, el mejor de todos ellos (por el cual entre ellos tenemos una gran preferencia) es ese del pacto de Mohatra."

"¡La Mohatra, padre!"

"No estás al corriente de ello, veo," contestó. "El nombre es la única cosa extraña al respecto. Escobar te lo explicará: 'El pacto de Mohatra es utilizado por la persona necesitada de comprar algunos bienes a un precio elevado y a crédito, con el propósito de revenderlos nuevamente, al mismo tiempo y al mismo comerciante, por dinero al contado y a un precio menor.' Esto es lo que llamamos la Mohatra- una suerte de transacción, te das cuenta, por la cual una persona recibe una cierta suma de dinero contado a cambio de obligarse a devolver más."

"Pero, señor, realmente creo que nadie sino Escobar haya empleado un término tal como ese; ¿puede ser encontrado en algún otro libro?"

"¿Qué poco sabes sobre lo que está sucediendo, sin duda!" exclamó el padre. "Porque el último trabajo sobre teología moral, impreso en París este mismo año, habla de la Mohatra, eruditamente, también. Se llama *Epilogus Summarum*, y es un resumen de todos los sumarios de divinidad, extractados de Suárez, Sánchez, Lessius, Fagúndez, Hurtado y otros celebrados casuistas, como el título lo expresa. Ahí lo encontrarás dicho, en la página 54, que 'el pacto de Mohatra tiene lugar cuando un hombre que necesita veinte doblones compra a un comerciante bienes por una cantidad de treinta doblones, a pagar a un año, y se los vende nuevamente al mismo en el acto por veinte doblones al contado.' Esto te muestra que la Mohatra no es un término desconocido como tú suponías."

"Pero, padre, ¿esa clase de transacción es lícita?"

"Escobar," respondió, "nos dice en el mismo lugar que hay leyes que la prohíben bajo penas muy severas."

"Es inútil, entonces, ¿supongo?"

Pascal en su carta VIII) habrían justificado –si no directamente los intereses en el préstamo– ciertos medios de hacer fructificar los capitales que, a juicio de Pascal no diferían del mutuo, tales como una cierta versión del ya visto contrato *trino* (ver § 19, nota 283; y § 22 notas 376 y sigs. y 389), y la *mohatra* (ver § 19, nota 286). En realidad, el texto de Pascal es una manera irónica de poner en ridículo la moral de los jesuitas, con relación al problema de la usura.

La excepción al proceso de aceptación gradual de la legitimidad del interés estuvo dada por la doctrina civilista francesa, que representó el último bastión de los partidarios de la prohibición del mismo. Tal el caso de Jean Domat (1625–1696) y Robert Joseph Pothier (1699–1772). Estos autores insistieron en la idea de Santo Tomás relativa a la “consumibilidad del dinero” (§ 15).

Domat, por su parte, reiteraba que al pasar la propiedad del dinero prestado al prestatario –habida cuenta de la calidad de fungible de la moneda– el prestamista que percibe un interés lo hace respecto de una cosa que ya no es de él.³³¹

Pothier, a su vez, argüía que la equidad que debe residir las transacciones se ve quebrada en el préstamo a interés, puesto que el acreedor sólo tiene derecho a reclamar algo del mismo valor que aquello que entregó: el capital. Y como en el préstamo de las cosas fungibles no se puede concebir el uso que se hace de la cosa como algo distinto de ella, cualquier cosa que se exija por encima de la originalmente prestada infringe la regla de equidad de la equivalencia de las prestaciones.³³² En cuanto a los teólogos partidarios de la distinción entre el préstamo de *consumo* y el *reproductivo* (que se efectúa entre comerciantes), les replicó sosteniendo que tal distinción, en cuanto al destino final que tendrá el préstamo, es imposible de establecer en la práctica. En todo caso, agregaba, la utilidad que pueda obtener el comerciante en el empleo del préstamo, no cambia el hecho que exigir el reembolso de algo más que lo que se entregó, rompe la *equivalencia* entre las prestaciones³³³ –en el sentido meramente *cuantitativo* que él le daba a la expresión.

“No del todo; Escobar, en el mismo pasaje, sugiere expedientes para hacerla lícita. ‘Es así, aún cuando la principal intención tanto del comprador como del vendedor sea obtener dinero de la transacción, siempre que el vendedor, en la venta de los bienes no sobrepase el precio más alto de los mismos, y en la recompra no vaya más abajo del menor precio de ellos, y ninguna transacción previa haya sido hecha, expresamente o de otra forma.’ Lessius, sin embargo, mantiene que ‘aún cuando el comerciante haya vendido sus bienes, con la intención de re-comprarlos al precio más bajo, no está constreñido a restituir las utilidades así obtenidas, salvo, quizás, como un acto de caridad, en el caso de que a la persona se le hayan exigido estando en malas circunstancias, y no aún entonces, si ella no lo hizo sin inconveniente -*si commode non potest*.’ Esto es lo más lejos que ellos pudieron llegar.”

³³⁰ Troplong, *Du Prêt*, N° 364, p. 309.

³³¹ Domat, *Lois civiles*, L° 1, tit. 6, citado por Fremery, ob. cit., p. 72, nota 1 y Troplong, *Du Prêt*, N° 320, ps. 255/6.

³³² Pothier, *Traité de l'usure*, N° 55, p. 64.

³³³ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 78 a 85, ps. 74 a 79.

A diferencia de los civilistas de su patria, Charles–Louis de Secondand, barón de Montesquieu (1689–1755) no suscribió el punto de vista tradicional. Sostuvo que: “es ciertamente una buena acción prestar dinero a otro sin interés, pero es claro que esto no puede ser más que un consejo de religión y no una ley civil.”³³⁴

Pero ciertamente el fin de la polémica sobrevino prácticamente con la réplica de Anne Robert Jacques Turgot (1727–1781) a los argumentos de Pothier, gracias a la agudeza retórica de aquél. Turgot escribió sobre el particular en su *Memoria sobre los préstamos de dinero*.³³⁵

Entre los aspectos más destacados de las opiniones de Turgot, cuenta la mencionada réplica al argumento de Pothier relativo a que en ningún contrato se puede exigir la restitución de más de lo que se ha entregado. A tal postura contestó Turgot diciendo –en primer lugar– que en toda transacción voluntaria en que se intercambia una cosa por otra, en algún sentido, el valor atribuido por los contratantes a las cosas canjeadas, es idéntico. En efecto, acotaba, tal cambio “no puede tener otro motivo que la preferencia que da cada contrayente a la cosa que recibe sobre la que entrega. Esta preferencia supone que cada uno atribuye a la cosa que adquiere un valor mayor que a la que cede con respecto a su utilidad personal y a la satisfacción de sus necesidades o deseos”. De ello concluía el autor que “a los ojos de un tercero los dos valores cambiados son exactamente iguales”.³³⁶

Pero estas valoraciones –agregaba Turgot–son individuales para cada uno de los contratantes. No hay elementos dentro de la transacción que permitan considerar que, cualesquiera que hayan sido tales valoraciones, uno de los contratantes haya podido perjudicar al otro. Si solamente hubiera dos personas que transaran respecto del intercambio de ciertos bienes, tales relaciones de cambio serían totalmente arbitrarias. En cambio, si la moral puede formular juicios relativos a la equidad de tal transacción, ello sólo es posible por referencia a un *valor corriente*, que es nada más que el resultado promedio de las valoraciones coincidentes de múltiples contratantes en el marco de un ámbito determinado. Por lo tanto, el juicio moral de reprobación que puede merecer una transacción individual de ciertos bienes, en la que se ha fijado un precio por encima del corriente, obedece a la violencia, el fraude, la mala fe, que pudo haber inducido a alguien a pagar por algo, más de lo que pudo pagar a otro oferente cualquiera

³³⁴ Montesquieu, ob. cit., Libro XXII, cap. XIX, p. 335.

³³⁵ La obra data de 1769, aunque no fue publicada hasta 1789. La misma se debió a ciertos disturbios que se produjeron en la ciudad de Angulema, con motivo de un conflicto entre unos deudores y sus acreedores, a quienes se acusaba de usureros. Turgot, que se desempeñaba en ese entonces como intendente en la provincia de Limoges, compuso esta memoria dirigida al Consejo de Estado, con el objeto de que reformara las leyes contra la usura.

³³⁶ Turgot, ob. cit., cap. IX y X, ps. 154 a 158.

en las condiciones habituales. Pero nunca –concluía el autor– por referencia a la diferencia con un valor *natural* o *intrínseco* de la cosa transada.³³⁷

La segunda réplica de Turgot a Pothier se refirió al argumento relativo a que el interés en el mutuo implica exigir algo más por encima de lo entregado, y que por lo tanto la única manera de mantener la equivalencia entre las prestaciones es reclamar solamente el capital. Replicó diciendo que la equivalencia entre las contraprestaciones no puede medirse en función de la cantidad o peso del metal prestado, sino que ello debe hacerse atendiendo a la utilidad que producen las cosas transadas a cada uno de los contratantes.³³⁸ No puede atribuirse el mismo valor a una cantidad actual de dinero que es entregada en préstamo, que a la promesa de su restitución para más adelante. El interés representaba para Turgot el precio que compensa la inseguridad de confiar una suma de dinero de la que dispone actualmente el prestamista, por una promesa de restitución a un cierto plazo.³³⁹

Turgot se ocupó también de refutar el argumento de los canonistas que decía que no era justo pagarle intereses al prestamista que se había desprendido de la propiedad de su dinero. En este punto utilizó las mismas argucias metafísicas de los teólogos franceses.³⁴⁰ Aceptó que el tomador del préstamo de dinero se convirtiera en propietario de tal dinero; pero introdujo en ello una salvedad: solo sería propietario del dinero considerado en cuanto elemento material al que se le reconoce dicha calidad (el metal, por ejemplo), pero no del *valor* que dicho dinero representa: la propiedad de la *moneda* pasa al deudor, pero la del *valor*, la retiene el acreedor.³⁴¹

También se ocupó el autor que consideramos, de dar su opinión acerca de aquellos textos de las Escrituras que se habían vinculado con el préstamo a interés. En este punto siguió a los primeros defensores de la legitimidad del interés (§ 9 y § 12, y notas 68 y 134).³⁴²

Por último, Turgot dio su punto de vista sobre el origen de la opinión condenatoria del préstamo a interés.³⁴³

³³⁷ Turgot, ob. cit., cap. X, ps. 157 y 158.

³³⁸ La réplica de Turgot en este punto siguió la línea argumental desarrollada en 1750 por el autor italiano Galiani (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 80 y 73/74).

³³⁹ Turgot, ob. cit., cap. X, ps. 160/1. Pothier, *Traité de l'usure*, N° 55, p. 64.

³⁴⁰ Aquellos que distinguían las distintas clases de mutuo, según que el destino del mismo fuera el *consumo*, o que fuera *reproductivo*.

³⁴¹ Turgot, ob. cit., cap. X, ps. 163/6.

³⁴² En este sentido, Turgot interpretó que “el prestar sin esperar recompensa” no es más que un mandato de caridad, puesto que ésta exige no sólo que se preste sin exigir interés, sino -en caso necesario- sin exigir la restitución de lo dado en préstamo. La interpretación de los canonistas implicaría entender el pasaje evangélico -dice Turgot- como si Jesús hubiera dicho: “Se os permite prestar, o no prestar; pero si llegais a prestar, guardaos bien de tomar algún interés por vuestro dinero...” (Turgot, ob. cit., cap. XI, ps. 167 a 171).

³⁴³ Sostuvo que las preocupaciones de los teólogos han debido iniciarse en el clamor del pueblo, a quien siempre han sido odiosos los usureros: “por más dulce que sea el hallar quien preste, es muy duro después el verse obligado a devolver lo recibido... Además no se presta nunca sino lo supérfluo, y muchas veces se pide prestado lo necesario... Se cree que este (el deudor), al volver la cosa, se verá reducido a mayor miseria, y que el acreedor puede vivir no obstante la privación de lo que se le debe.” Pero -agrega Turgot- esta actitud frente al problema se da tanto cuando el préstamo es gratuito, como -con mayor razón- cuando es oneroso. El problema se agrava, continúa el autor, por el hecho que en

En efecto, el ingenio puesto por Turgot para exponer argumentos que en su mayoría habían sido desarrollado por sus predecesores, le aseguró la victoria en el debate teórico, y una gran influencia en la posteridad.³⁴⁴

Por otra parte, en Inglaterra, donde la polémica sobre el interés se libró con el menor despliegue literario, encontramos a Jeremy Bentham (1748–1832), quien ya no se ocupó de la discusión con los canonistas por la legitimidad del préstamo a interés –la que da por sentada–, sino que pasó directamente a refutar las leyes dictadas para limitar la cuantía de los intereses. Escribió su *Defence of usury*, en 1787.³⁴⁵

las sociedades primitivas, y aun en las modernas en las que no se ha desarrollado suficientemente el comercio, hay pocas oportunidades para darle a los capitales un destino lucrativo; por ende, cuando se solicita dinero prestado, generalmente es para satisfacer necesidades urgentes (algo similar a lo que hoy llamamos *préstamo de consumo*). Por lo tanto, si por el empleo dado al dinero prestado, no se han podido regenerar los fondos para restituir el préstamo, por cuanto ha debido ser empleado para reparar la vivienda destruida por un accidente, o en atender los gastos de una enfermedad, entonces tanto más gravoso será devolverlo. “El pobre y el hombre sin conducta son los que piden prestado”, decía Turgot, por lo que el riesgo del acreedor de recuperar lo prestado aumenta en estos casos, y el problema se hace todavía más grave. Ante tal conflicto -sigue diciendo- es inevitable que el acreedor se granjee el odio de su deudor, independientemente de que se le cobraran o no intereses, puesto que “para quien nada puede pagar, le es indiferente el que le pidan poco o mucho”; pero como el deudor no podría reconocer ese odio, dado que no es simpático hacer “del beneficio un título para aborrecer al bienhechor”, se acostumbró a hacer recaer la queja sobre la “enormidad” de los intereses comprometidos en el momento de la necesidad (Turgot, ob. cit., cap. XII, ps. 171 a 175).

Las luchas entre patricios y plebeyos durante la antigua república romana -dice Turgot- constituyen una ilustración de este drama. Por otra parte -continúa- la dureza de los procedimientos autorizados por las leyes -que eran obra de los ricos: los mismos que prestaban- aumentaban mucho más el conflicto; así es como la aparición del cristianismo encontró a este problema planteado con toda su intensidad, ante lo cual el -humanismo que caracteriza esta religión -continúa el autor- no pudo menos que alinearse del lado de los débiles. No obstante, los antiguos doctores de la Iglesia confundieron la razonable crítica a la dureza de los procedimientos contra los deudores, con la legitimidad del préstamo a interés en sí mismo. Concluye Turgot: “los teólogos persuadidos por la voz general de que la usura era ilícita en sí misma, buscaron razones para probar que debía ser condenada, y hallaron mil malas porque era imposible que encontrarán una buena; y que en fin los juriconsultos, impelidos por su respeto hacia las decisiones de los teólogos, introdujeron los mismos principios en nuestra legislación” (Turgot, ob. cit., cap. XII, ps. 176 y 177).

Turgot concluye su explicación relativa a las causas del odio popular hacia el préstamo a interés, diciendo que las mismas fueron gradualmente disminuyendo. Enumera así: la abolición de la esclavitud, la atenuación de las consecuencias de la insolvencia -aunque menciona el mantenimiento de la prisión por deudas, que todavía existía a la época de escribir Turgot su *Memoria*, como una rémora- el desarrollo del comercio, y el vuelco a esa nueva actividad de todos los esclavos liberados. Todas estas circunstancias confluyeron para multiplicar las oportunidades de empleo productivo de los capitales. Por lo tanto -dice el autor- el préstamo solicitado por “el pobre para su subsistencia” pasó a representar una proporción significativamente menor dentro de la suma total de los empréstitos (Turgot, ob. cit., cap. XIII, ps. 178 a 180).

³⁴⁴ Un ejemplo de la influencia intelectual que ejerció Turgot en el desarrollo teórico posterior la encontramos en una diversidad de autores que, a lo largo del tiempo y sin relación entre sí, siguieron expresando pensamientos suyos.

Así tenemos el caso de Juan Bautista Alberdi en su *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* (Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921, p. 98), donde se expone la idea de que el origen de la opinión popular contraria al interés en los préstamos, tuvo su origen en épocas en las que el comercio estaba poco desarrollado. Así dice: “Entonces se prestaba el capital para consumos estériles, es decir, para satisfacer necesidades; y el interés exigido a la desgracia se miraba como un acto de crueldad. Con los progresos de la industria, el préstamo tuvo otros destinos... y esta novedad hizo del todo legítimo el pago de un interés o alquiler por un préstamo...”

Igualmente encontramos la influencia de Turgot en Ludwig von Mises, en *Human Action, A Treatise on Economics*, (1949, tr. castellana de Joaquín Reig Albiol, *La Acción Humana, Tratado de economía*, 3ª edición, Madrid, Unión Editorial S. A., 1980, tomada de la tercera edición definitiva del autor, de 1966), p. 717 y siguientes. En el lugar citado von Mises explica la llamada *preferencia temporal*, como un requisito categórico de la acción humana, y dice: “Ningún tipo de actuación cabe imaginar en la cual la satisfacción más próxima no sea preferida -invariantes las restantes circunstancias- a la satisfacción más lejana.” Dentro de esa misma línea de razonamiento, en la p. 771 dice que “en el interés originario, es decir, en el descuento de bienes futuros por bienes presentes, queda reflejada la preferencia temporal”. Esto tiene una indudable analogía con la opinión de Turgot -tomada a su vez de Galeani- relativa a que no puede atribuirse el mismo valor a una cantidad actual de dinero dada en préstamo, que a la promesa de su restitución para más adelante, y que ejemplifica en el proverbio “más vale un TOMA que dos TE DARE” (*Memoria...*, p. 161).

También encontramos en Paul Samuelson, en su *Curso de economía moderna*, (tr. castellana tomada de la 9ª edición norteamericana de Luis García de Diego, 17ª edición, Madrid, Aguilar S. A., 1979), en la p. 660, la opinión según la cual “las manifestaciones bíblicas contra el interés estaban referidas al préstamo para consumo y no de inversión”. Igualmente afirma que los préstamos para el consumo tienen hoy menor importancia que los de inversión; por tanto, es la inversión la que determina el tipo de interés”. Por lo tanto -concluye Samuelson- en un supuesto de competencia, no sería “más injusto un préstamo entre un rico y un pobre de lo que serían cualquiera otras transacciones en competencia, también entre un rico y un pobre” (comparar con lo manifestado por Turgot acerca de los *préstamos de subsistencia*, en su *Memoria...*, p. 179).

³⁴⁵ Ello fue casi en la misma época en que se publicó la *Memoria...* de Turgot -1789-, que había sido escrita 20 años antes (Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 72).

Bentham se propuso defender la libertad de los contratantes para determinar la tasa de interés en los préstamos de dinero.³⁴⁶ Para ello empezó por refutar los posibles argumentos que podrían plantearse en apoyo de las leyes limitativas del tipo de interés.

Un primer argumento que imaginó, en favor de las leyes limitativas de la tasa de interés, es aquel que considera a la usura mala en sí misma, y que da por sentadas las razones de tal valoración. A esta postura replicó diciendo que no concibe sino dos criterios según los cuales se puede calificar de *usurario* a un interés: un criterio *legal*, según el cual sería usuario el interés que exceda el permitido por alguna ley positiva; y un criterio *moral*. Según el criterio moral, el interés sería usurario si superara el admitido por las prácticas usuales. Por lo tanto, dice, no puede existir una calificación moral de usura que sea independiente de la que surja de la costumbre. Y aún –agrega– el legislador no tiene otra referencia para determinar la conveniencia o no de una tasa, que la de la práctica. Como consecuencia de ello se preguntaba: ¿por qué la costumbre nacida de transacciones entre particulares puede servir de parámetro para determinar la legalidad de otras convenciones también celebradas entre particulares? ¿cuál de las diversas tasas que registra la costumbre y la historia de los diversos pueblos es más apropiada? ¿por qué no se aplica igual restricción a los cambios de otra clase de bienes?.³⁴⁷

Luego analizó los argumentos que consideraban a la usura como una forma de represión de la prodigalidad o de la extorsión de la que pueden ser objeto los indigentes, o de impedimento contra el fraude. Entendió que las leyes represivas de la usura no son útiles para ninguno de estos fines. Un pródigo –quien no tiene por su condición de tal una propensión especial a pagar intereses más altos que los usuales– tiene a su alcance, y la ley no se lo prohíbe, la posibilidad de endeudarse a través de la compra de mercaderías a crédito. Por otra parte –decía– quien vende a crédito arriesga mucho menos que quien presta dinero.³⁴⁸ En cuanto al indigente, consideraba que siempre que se enfrentara al caso en que tomar dinero a un interés superior al corriente, contribuyera a reducirle una pérdida, seguramente preferiría el préstamo; y no hay por qué entender –decía– que el criterio del legislador fuera superior al del indigente (a quien no hay por qué suponer incapaz de evaluar sus intereses).³⁴⁹ En el caso de los individuos susceptibles de ser embaucados por su sencillez, entendía Bentham que la inutilidad de las leyes anti–usura se manifiesta en la imposibilidad que le atribuía al legislador de protegerlos de todas las situaciones

³⁴⁶ Bentham, Jeremy, *Defence of usury*, 1787 (tr. castellana tomada de una edición francesa, de J. E. *Defensa de la usura, Cartas sobre los inconvenientes de las leyes que fijan la tasa del interés del dinero*, París, Casa del editor, 1828), carta I, ps. 29 a 32.

³⁴⁷ Bentham, ob. cit., carta II, ps. 32 a 38.

³⁴⁸ Bentham, ob. cit., carta III, ps. 38 a 47

³⁴⁹ Bentham, ob. cit., carta IV, ps. 48 a 51.

en que podrían ser víctimas de fraudes; tal el caso de la compra de mercaderías, donde el perjuicio puede ser irreparable (por insolvencia del comprador, por ejemplo), a diferencia del préstamo, en el que el deudor tiene siempre a su alcance la posibilidad de obtener otro a la tasa corriente, y cancelar el que fuera superior.³⁵⁰

Luego de desestimar los argumentos en favor de la legislación limitativa del interés, Bentham analizó los malos efectos de tales leyes. Criticó la imposibilidad absoluta de conseguir fondos en caso de necesidad, en que se pone a quienes menos tienen, por ser quienes menos garantías pueden ofrecer; por ello, concluía que tales leyes castigan la pobreza. Y quienes aun tienen bienes por vender –continuaba su razonamiento– pueden quedar a merced de la necesidad de malvenderlos (lo que no se les prohíbe), perdiendo tal vez más que lo podrían que tener que pagar por un interés superior al corriente. Los que ni siquiera tienen bienes que vender –apuntaba–, están finalmente sometidos a la necesidad de recurrir a prestamistas que cobran intereses aún más altos, a causa del riesgo a que se exponen por infringir la ley, y por cuanto dicho riesgo resta oferentes al mercado. Concluía su análisis sobre este aspecto de la cuestión, diciendo que esta situación termina por crear corrupción, toda vez que la única forma de asegurar el cumplimiento de tales leyes es recompensando a quien tomó el dinero prestado, por delatar a su bienhechor.³⁵¹

Para reforzar su juicio crítico sobre la utilidad de la legislación en cuestión, Bentham pasó revista a una serie de circunstancias en las que se dan básicamente préstamos a interés o distintas formas de crédito oneroso, y en las cuales no rigen las limitaciones cuantitativas aplicables a los casos generales. Tal el supuesto de los *papeles de circulación*,³⁵² en los cuales el interés se disfraza de *comisión* y de *cambio*, para superar el límite legal. O de los *billetes* o *libranzas* aceptadas por menos de su valor. O de las operaciones de préstamos sobre prenda (montes de piedad), donde el interés se oculta en los gastos de almacenaje. Refutó también el criterio legal puesto de manifiesto en la permisión del préstamo *a la gruesa ventura*, propio del comercio marítimo, toda vez que no advertía las razones para privilegiar esta clase de comercio frente a todas las demás. Mencionó por último el caso del seguro, y de todos aquellos contratos en que se permite a alguien correr un riesgo ilimitado y percibir por ello una compensación ilimitada.³⁵³

³⁵⁰ Bentham, ob. cit., carta V, ps. 52 a 55.

³⁵¹ Bentham, ob. cit., carta VI, ps. 55 a 66.

³⁵² Con esta expresión se refiere a las letras de cambio que los comerciantes apurados se convienen en librar unos con otros sin deberse nada recíprocamente.

³⁵³ Bentham, ob. cit., carta VIII, ps. 72 a 77.

En la carta X, Bentham se ocupó de indagar sobre los orígenes de la legislación anti-usuraria.³⁵⁴ Y en la carta XI analizó el problema del *interés compuesto*. Con relación a este tema, criticó el disfavor con que las leyes trataban al interés compuesto, bajo la suposición de que se trataba de una forma de usura. Consideraba que si el acreedor percibe el interés prometido por el préstamo del capital en el plazo convenido, obtiene un interés compuesto prestándolo de nuevo (a menos que lo consuma). En cambio, si el deudor no cumple con el pago del interés dentro del plazo estipulado, obtiene por ello un beneficio. Entiende que según este criterio legal “la causa del hombre que quiere hacer una ganancia se encuentra preferida a la causa del que tiene por objeto evitar una pérdida”, con lo cual se promueve la apatía, la indolencia, o la mala fe, por un lado, y por otro se castiga la blandura del acreedor que pudiendo ejecutar al deudor el día del vencimiento, eligió darle un plazo, toda vez que aquél tenía la facultad de arruinarlo en oportunidad del vencimiento, pero no se le permitiría pedirle una indemnización al deudor, a quien le concediera una espera.³⁵⁵

³⁵⁴ Decía que “averiguar el origen de un error es lo mismo que refutarlo” (Bentham, ob. cit., p. 84).

Analizó tres tipos de razones: las de orden religioso, las vinculadas con la influencia de Aristóteles y las relativas a la naturaleza de ciertas actitudes profundamente arraigadas en el espíritu del hombre.

Las razones de orden religioso las vinculó con el ideal de santidad enseñado en la antigüedad, que consistía en la abnegación de uno mismo, e implicaba el sacrificio de las ventajas temporales personales (como opuestas a las espirituales). Ello se entendía según la explicación de Bentham- como una consecuencia de que si la promesa de Dios era la felicidad en una vida futura, la presente debía ser tan distante como fuera posible, de la felicidad: una forma de obtener tal abnegación de uno mismo era, entonces, evitar el propósito de ganar dinero, puesto que con él los hombres podían obtener casi todos los bienes materiales; y una forma de ganar dinero, o querer ganarlo, es prestar dinero a interés. Pero además de ello -continuaba- se interpretó que tal actividad era propia de un judío; y aunque con el tiempo se modificó el modo de ver las cosas, y perdió el carácter ilícito que había tenido el propósito de ganar dinero, ello no alcanzó al préstamo a interés, que siguió vinculado al odio anti-judío. La cuestión concluyó en permitirles a los judíos ganar dinero a su modo, y tomárselos a la fuerza cuando se necesitaba -concluía- (Bentham, ob. cit., ps. 85 a 87).

Los partidarios del antijudaísmo -entendía Bentham- encontraron un importante apoyo en Aristóteles, que había sostenido -como ya sabemos- su conocida tesis de que el dinero era incapaz de engendrar nuevo dinero (o sea la conocida teoría de la *esterilidad del dinero*). Bentham le criticó a Aristóteles no haber advertido -no obstante atribuirle haber sido el filósofo por cuyas manos pasaran más monedas que las de ningún otro en la historia- que aunque una moneda fuera incapaz de engendrar otra, un hombre podía adquirir con ella, pidiéndola prestada, cosas productivas por sí mismas (Bentham ponía como ejemplo una oveja). Así -continuaba el autor-, luego de un tiempo, la cosa productiva adquirida -la oveja, en el ejemplo- podría engendrar dos o tres, de las cuales: una sería susceptible de ser vendida para restituir con el precio obtenido el dinero prestado, otra podría también ser vendida para recompensar con el precio conseguido la privación de su uso por el prestamista, y aún restaría la última que quedaría para prestamista como ganancia de su negocio. Con este razonamiento, entendía Bentham haber rebatido la tesis aristotélica (Bentham, ob. cit., ps. 87 a 89).

Luego de analizadas las razones de orden teológico y filosófico, Bentham explicó en su carta X, otras que consideraba de índole “más profunda y duradera”. Desde esta perspectiva formuló el siguiente comentario: “Los que sacrifican lo presente a lo venidero suelen ser objeto de la envidia de los que han sacrificado lo venidero a lo presente. Los niños que se han comido su torta son enemigos naturales de los que la conservan... Entre las gentes sin reflexión ... las afecciones egoístas conspiran con las afecciones sociales en beneficio del disipador y contra el hombre económico que le ha socorrido en sus necesidades” (Este razonamiento parece apuntar en la misma dirección que la fundamentación dada por Galeani y Turgot al interés, basada en lo que luego diera en llamarse la *preferencia temporal* -de lo presente sobre lo futuro-. Bentham, ob. cit., ps. 89 a 93).

³⁵⁵ Bentham, ob. cit., ps. 94 a 97.

§ 22. El derecho canónico en la edad moderna

En cuanto a la situación de la Iglesia, el comienzo de la edad moderna se caracterizó por una acentuación del retroceso de la influencia del papado en los asuntos temporales, que se había iniciado en los finales de la edad media.³⁵⁶

Por otro lado, en el plano intelectual, el fenómeno del renacimiento se manifestó dentro del cristianismo en la forma de una revalorización del estudio de los documentos fundamentales de la Iglesia (las Escrituras, los escritos de los primeros padres, etc.), lo que a su vez implicó una declinación de la influencia del método universalista de Santo Tomás de Aquino –imperante hasta ese momento–, que fundado en la lógica aportaba soluciones a todos los problemas. Fue así que en este aspecto, empezaron a soplar en la Iglesia vientos de reforma.³⁵⁷

Ante la presión de tales circunstancias, Julio II –el Papa guerrero artífice de los estados pontificios– convocó en 1512 a un concilio universal en Letrán.³⁵⁸ Dicho concilio tenía por objeto tratar el tema de la reforma, pero finalmente este propósito no se concretó.³⁵⁹

A dicho concilio, ya bajo el papado de León X y en 1515, le cupo el dictado de la constitución del 4 de mayo, sobre el problema de los *montes de piedad*.³⁶⁰

La constitución en cuestión dio cuenta de la polémica desatada entre ciertos teólogos acerca de la legitimidad de la práctica de algunas ciudades italianas que, según vimos (§ 19), se había originado en Perugia en el 1450 como forma de mitigar la dureza de los prestamistas lombardos y judíos. Estos llamados *montes de piedad* se destinaban a proporcionar préstamos a bajo interés a las personas de pocos recursos. La disputa rondaba en torno del carácter de las sumas convenidas en devolver con el prestatario, además del capital prestado, con el propósito de solventar los gastos administrativos de funcionamiento de tales *montes*. Se discutía si ello constituía o no una violación del principio de no exigir nada más por encima del capital, que había sostenido la doctrina canónica. León X, en el concilio aludido, y citando la autoridad de

³⁵⁶ El conflicto de *las investiduras* se había ido solucionando, en alguna medida, como consecuencia de que los papas habían cedido gradualmente parte de su “soberanía eclesiástica” a los gobernantes seculares. En ello influían también razones de orden económico. Para equilibrar esta situación, se le planteó al papado la alternativa de crear dentro de sus propios estados, en la Italia central, una base de poder (Langer, ob. cit., p. 593; Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 320/1).

³⁵⁷ Este nuevo interés por el estudio de las fuentes determinó el descubrimiento de numerosos errores históricos, y a la postre, la nueva corriente intelectual desarrolló puntos de vista y actitudes que no encajaban adecuadamente en las estructuras del antiguo pensamiento agustiniano (Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 308/9).

³⁵⁸ Este fue el V concilio de Letrán, y último (antes del cisma que produjo la reforma protestante) de la iglesia unificada.

³⁵⁹ El concilio terminó ocupándose de cuestiones metafísicas, tales como la condición del alma entre la muerte y el Juicio Final, pero eludió pronunciarse sobre la preocupación que se gestaba en ciertos sectores de la propia Iglesia (Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 321; Langer, ob. cit., p. 595; *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, voz “Julio II: Biog.”, en vol. XII, p. 284 y voz “León X: Biog.”, en vol. XII, p. 778).

³⁶⁰ Dicha constitución fue recogida más tarde por el *Libro Séptimo de las Decretales* (Libro III, Título XVII, Capítulo III: ver traducción en APÉNDICE 6).

todos sus pontífices antecesores, desde Paulo II en adelante, se pronunció por la legalidad de tales prácticas, considerándolas dignas de alabanza y aprobación.

El concilio en cuestión contribuyó a generar alguna de las causas indirectas de la reforma protestante,³⁶¹ cuya incidencia en el desarrollo de las teorías sobre el interés ya analizamos (§ 21). La Iglesia de Roma respondió a dicha reforma, convocando un Concilio General en Trento.³⁶² Veremos a continuación la repercusión de estos episodios, con relación a nuestro tema.

El Concilio de Trento no produjo ninguna condena expresa contra las doctrinas de Calvino relativas al préstamo a interés. Ello determinó más tarde una polémica: por un lado los partidarios de la distinción entre el llamado préstamo *de consumo* (donde los intereses debían prohibirse, y el de destino *reproductivo* o también conocido como préstamo *entre comerciantes* (donde los intereses debían permitirse); por el otro Pothier (§ 21). Dicha polémica tenía como eje establecer si dicha omisión del Concilio de Trento relativa a las doctrinas de Calvino sobre la usura, podía ser entendida como una ratificación de dicha distinción o no.³⁶³

Finalmente, bajo el papado de San Pío V,³⁶⁴ y al influjo del clima de puritanismo que lo caracterizó, se dictaron dos decretales relacionadas con la cuestión de la usura. En ambas trató Pío V de afirmar la tradicional línea de la legislación canónica, de restricción del préstamo a interés. Pero como ya hemos visto (§ 20), las prácticas y costumbres comerciales habían canalizado el crédito hacia formas distintas del mutuo desde el punto de vista jurídico, pero equivalentes en lo económico, que provocaron interminables polémicas entre los canonistas. Por lo tanto, tales decretales no enfocaron el problema global de la usura –sobre el cual la Iglesia no había variado la posición tomada durante la Edad Media– sino sobre estas otras nuevas alternativas de instrumentación legal del crédito.

La primera de dichas decretales se tituló *Acerca de la forma de contraer un censo*, y data del 14 de febrero de 1568. Estaba referida a la variante que denominamos censo

³⁶¹ En efecto, el V Concilio de Letrán debilitó aún más al papado, ahora en el aspecto económico, debido al costo de las concesiones que había debido hacer Julio II a la iglesia francesa en las deliberaciones del mismo. La Iglesia debió extremar los mecanismos para recaudar fondos, y así se generalizó la práctica de la venta de indulgencias. Esto produjo una aguda polémica en el seno de la misma, por parte del sector que reclamaba una reforma. Como parte de dichas quejas, el 31 de octubre de 1517 Martín Lutero fijó en la puerta de la iglesia de Wittenberg sus “Noventa y cinco tesis contra las indulgencias”, que marcó el comienzo de la reforma protestante (Johnson, ob. cit., p. 321; Langer, ob. cit., p. 595; *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, voz “Julio II: Biog.”, en vol. XII, p. 284 y voz “León X: Biog.”, en vol. XII, p. 778).

³⁶² Luego de fracasados varios intentos de conciliar a las iglesias católica y reformada, en 1545 se reunió el aludido concilio de Trento, cuyas sesiones se prolongaron hasta 1563. El mismo tuvo por objeto reafirmar los dogmas del catolicismo, combatir la reforma protestante y revisar ciertos aspectos de la organización interna de la Iglesia, que determinaron en definitiva el fortalecimiento de la autoridad papal, o sea lo que se conoce como contrarreforma (Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 327 y 342).

³⁶³ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 84, p.79.

³⁶⁴ Ultimo Papa en ser canonizado, durante cuyo período tuvieron oportunidad de ponerse en práctica las directivas tridentinas de reforma de la Iglesia, y se produjo una mejora de la atmósfera moral de Roma (Langer, ob. cit., p. 596; Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 343).

consignativo (§ 16 y nota 224).³⁶⁵ La licitud de estos contratos ya había sido declarada por los papas Martín V y Calixto III en sendas bulas (§ 16 y APÉNDICE 5).³⁶⁶ No obstante ello, ahora esta decretal debió responder a las dudas planteadas por los teólogos, tales como ¿qué eran las rentas sin afectación de inmuebles en particular, sino usuras paliadas? ¿Cuál sería la fuente de donde saldrían las rentas anuales, al no existir un fondo fructífero, sino del dinero mismo? Así fue como las preocupaciones de los teólogos, y en particular del célebre canonista Martín Azpilcueta (el doctor Navarro: 1493–1586), llevó a Pío V a establecer en la bula en cuestión – entre otras restricciones– la necesidad de que los censos se constituyan sobre cosas fructíferas por su naturaleza, que en caso de destrucción de la cosa afectada se extinguiera proporcionalmente el derecho a la renta, y bajo la condición, en todos los casos, de poder redimir la renta –o sea liberar la cosa dada en censo mediante la devolución del capital recibido.³⁶⁷

No obstante lo expuesto, esta disposición fue considerada con vigencia solamente en los territorios temporales del Papa, por lo que no tuvo aplicación ni en Francia ni en España.³⁶⁸ Luego fue modificada por Gregorio XIII.³⁶⁹

La segunda bula de Pío V que tocó la cuestión de la usura se tituló *Acerca de los cambios*,³⁷⁰ y data del 5 de febrero de 1575.

Ya se dijo en oportunidad de tratar las costumbres de los comerciantes medievales (§ 19), que una de las primeras formas que utilizaron éstos para encubrir préstamo a interés, fue el contrato de *cambio*. Al principio ello se lograba mediante recursos sencillos: tal la falsa enunciación de la suma entregada al librador, o bien la desigualdad entre el valor entregado y la suma comprometida a pagar.³⁷¹ Luego se elaboraron otras modalidades del contrato de cambio, que igualmente posibilitaron el ocultamiento de préstamos a interés, pero cuya trama era mucho más confusa, como el caso del llamado cambio *con la ricorsa*.³⁷²

³⁶⁵ Como se explica en la nota 224, un *censo* consistía en la entrega de una cantidad de dinero con la contrapartida del pago de una renta anual, y la garantía de una cosa, generalmente una finca fructífera de propiedad de quien recibía tal capital.

³⁶⁶ *Extravag.* Libro IV, Tít. V, Caps. I y II. No obstante lo expuesto, Pío V debió volver sobre la cuestión, por cuanto los teólogos habían advertido que los casos cuya consulta respondieron las bulas citadas, se referían a censos constituidos sobre inmuebles llamados *fructíferos* o *productivos*, y con la condición de que la pérdida o destrucción de la cosa afectada al censo no implicaba la obligación de restituir el capital o precio de venta de la renta. Incidió también en la revisión del tema de los censos, la costumbre existente en Francia de constituir rentas, en unos casos no sobre propiedades determinadas, sino sobre la persona del deudor, y en otros con la obligación de restituir el capital (precio de la renta) en caso de destrucción de la propiedad afectada al censo.

³⁶⁷ *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Título XIII, Cap. I, cuya traducción obra en el APÉNDICE 6. Ver también Troplong, *Du Prêt*, N° 419 y 420, p. 354 a 356 y sig.

³⁶⁸ Ver la ley VII, título XV, libro X de la *Novísima Recopilación* en APÉNDICE 12, p. 506, en la que Felipe II, en 1583 establece que la disposición papal (*proprio motu*) de Pío V sobre los censos, no se declara recibida en su reino.

³⁶⁹ Troplong, *Du Prêt*, N° 420 cit., ps. 357/8.

³⁷⁰ Esta bula fue recogida en el *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Título XII, capítulo I: ver traducción en el APÉNDICE 6.

³⁷¹ Fremery, ob. cit., p. 93.

³⁷² Fremery da el siguiente ejemplo de esta modalidad: Una persona recibía de un banquero de Génova -*Primus*- 1.000 escudos con la condición de que le fueran pagados en Lyon, para lo cual libraba una letra de cambio a favor de *Primus* sobre un corresponsal en dicha plaza.

Estas últimas prácticas dieron lugar al distinguo entre el llamado cambio *real* –aquél en que verdaderamente se trocaba un dinero por otro– y el *seco*³⁷³ –el que se realizaba mediante letras *fingidas*.³⁷⁴

A este tipo de contrataciones se refirió la aludida bula de Pío V, *Acerca de los cambios*. La misma estableció que los contrato de cambio *ficticios*, en tanto no hubiera un efectivo intercambio de dinero entre distintas plazas, y aún los *reales*, cuando incluían un diferimiento de los plazos para permitir un lucro al cambista, eran condenados como usurarios.

Poco tiempo después, en 1586, otro Papa enérgico, tal el caso de Sixto V, volvió sobre la cuestión de la usura, en este caso mediante el dictado de una bula conocida como *Detestabilia avari*. Tampoco este papa legisló sobre el préstamo con intereses. Por el contrario, le cupo referirse a contratos en los que quien aportaba fondos para un negocio, recibía como contrapartida un cierto porcentaje de participación en el resultado del mismo (formas del viejo contrato de *sociedad*: § 36), que eran aquellos mediante los cuales se canalizaba el realmente el crédito.

Las reglas sobre la participación en los beneficios y las pérdidas en el contrato de sociedad, habían planteado controversias, a raíz de las dificultades interpretativas que observaban las fuentes al respecto. Los canonistas discutieron también sobre la validez de algunas de dichas cláusulas.³⁷⁵ En particular, en el siglo XVI se polemizó respecto de si estaba permitida la exención de contribuir a las pérdidas, como contrapartida del precio que un socio - prometiera a otro en concepto de aseguramiento de una cierta renta, o bien de la restitución del

Pero tal corresponsal le hacía saber al librador que no haría honor a dicha letra, a la vez que se daba que tal librador no conocía ningún otro corresponsal en Lyon dispuesto a aceptar dicha letra. Luego, quien había recibido los fondos solicitaba a *Primus* celebrar un segundo contrato de cambio para cancelar el primero, consistente en que *Secundus* -de Lyon y corresponsal de *Primus* se pagaría a sí mismo los 1.000 escudos en Lyon, y se reembolsaría sobre el primitivo librador mediante una letra a beneficio de *Primus* comprensiva de aquellos 1.000 escudos y de la comisión del primero y segundo contrato de cambio. La operación finalizaba con la restitución que el que había recibido los fondos le hacía a *Primus* en Génova de los 1.000 escudos, con más la comisión del primer contrato no cumplido y la comisión del cambio de Lyon a Génova.

Bajo la apariencia de esta doble operación de cambio es evidente que se ocultaba la posibilidad de realizar un préstamo de dinero con un interés. No obstante la simulación, la costumbre reconocía esta práctica sobre la que desconfiaban los teólogos. Los magistrados de la época la consideraban lícita, siguiendo la opinión de los jurisconsultos, quienes entendían que el cambio era serio si *Primus* tenía efectivamente necesidad de fondos en Lyon al momento de celebrar el primer contrato de cambio, y en tanto el segundo contrato obedeciera a circunstancias sobrevinientes (Fremery, ob. cit., p. 93, Pothier, *Traité du Contrat de Change*, N° 57, p. 498).

³⁷³Según algunos, el origen de esta denominación obedecía a que se trataba de un préstamo disimulado, y por ello privado del *jugo* que legalmente hacía fructificar el capital (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXXIX, nota 2.). Otros lo atribuían a que estos cambios carecían de la *humedad* de la justicia (Escriche, ob. cit., voz “Cambio”, p. 405).

³⁷⁴ Se las denominaba así, en cuanto tales letras no se emitían con la intención de ser cobradas en el lugar que se decía en las mismas, sino en el mismo en que se habían librado, y que servían “para ocultar el lucro que resulta al que da el dinero, como si mediase letra verdadera” (Escriche, ob. cit., voz “Cambio”, p. 405).

³⁷⁵ En efecto, los teólogos disputaron sobre la validez del pacto -conocido como de “aseguramiento de los beneficios”- por el cual uno de los socios podía asegurar al otro el pago de una suma cierta a cuenta de la existencia de ganancias, en el entendimiento de que la suma sería exigible haya o no ganancias, y de que el capital no estaría comprendido en el aseguramiento (Pothier, *Traité du contrat de société*, N° 26 p. 250; Troplong, *Du Contrat de Société*, T° II, art. 1855, N° 638, p. 105). También fue motivo de preocupación caso de la aplicación del principio de igualdad de esfuerzos entre los socios, enunciado por Ulpiano (*Dig. XVII, II 29, 1*), por su relación con la cuestión de la usura (Troplong, *Du Contrat de Société*, T° II, art. 1855, N° 647, p. 118).

capital. Los teólogos partidarios del contrato *trino*,³⁷⁶ consideraban lícita la cláusula en cuestión. Los detractores de dicho contrato, no.

Los principales protagonistas de dicha polémica fueron el citado canonista Martín Azpilcueta (Navarro), que se atribuía su creación y ciertamente estaba a su favor, y Domingo Soto –también canonista–, que sostenía que tal contrato era contrario a la necesaria comunión del lucro y daño que exigía la sociedad.³⁷⁷

La solución de dicha polémica que fue sometida a la consideración de Sixto V, quien para ello proclamó la citada bula *Detestabilis*.³⁷⁸ Sin referirse expresamente al contrato *trino*, Sixto menciona distintas modalidades del contrato de sociedad, tales como aquellas en que una persona entregaba dinero o bien cosas del tipo de animales, “a nombre de sociedad”, con la condición de que el capital se mantenga siempre íntegro, restando el riesgo para quien tenía a su cargo el trabajo. Como se ve, se refería a una suerte de *commenda* (ver § 19). También menciona Sixto aquellas cláusulas en las que el que facilitaba el dinero fijaba cierta cantidad para que le fuera dada con cierta periodicidad, de modo que si hubiera pérdida esta fuera del que recibió el dinero, o que ante la destrucción fortuita del aporte éste le fuera restituido íntegro. Todas estas cláusulas son condenadas en la bula como contrarias al *equilibrio* necesario en la sociedad.

No obstante lo expuesto, la forma en que se resolvió la cuestión no terminó con la polémica sobre el contrato *trino*. Muchos teólogos posteriores sostuvieron la legitimidad de la citada estipulación: tal el caso de Covarrubias, Lesio y el cardenal de Lugo, entre otros. Los citados manifestaron que los cardenales de Toledo y Santa Severina, que participaron en las tareas previas a la Constitución, atestiguaron que la intención de Sixto había sido condenar tan sólo las convenciones y pactos injustos en sí mismos. Por lo tanto, al criterio de ellos, la prohibición de la bula alcanzaba a los pactos en que el doble aseguramiento era consecuencia de la sola sociedad, pero no cuando a ello se le añadían otros contratos, como en el caso de la compra de una ganancia cierta por otra incierta y el aseguramiento del capital.³⁷⁹ Otros teólogos consideraron que no podía interpretarse a la bula de Sixto como un simple juego de palabras, y atribuían al hecho que la constitución no hubiera sido incluida en el *Libro Séptimo de las Decretales*, en tiempos de Clemente VIII, el valor de un indicio. Tal indicio consistiría en que

³⁷⁶ Recuérdese que se denominaba contrato *trino* a aquella combinación de un contrato de sociedad, con otro de compraventa de una ganancia cierta a cambio de otra incierta y con el aseguramiento del capital aportado a la sociedad, todo simultáneamente con la misma persona, que vimos en la edad media y cuyos orígenes se remontan posiblemente a los clérigos orientales cercanos a la época del concilio de Nicea (§ 19, nota 284; y § 22 notas 378 y sigs. y 391).

³⁷⁷ Ver bula del papa Benedicto XIV, *Sobre el sínodo diocesano*, Libro X, cap. VII, par. II (APÉNDICE 8), y Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, art. 1832, Nº 47, p. 61 y Tº II, art. 1855, Nº 652, p. 126.

³⁷⁸ Ver traducción de un resumen de la bula en APÉNDICE 7.

³⁷⁹ Benedicto XIV, *Sobre el sínodo...*, libro y capítulo citados, par. II.

quienes trabajaron en dicha recopilación entendieron que esta constitución no innovaba respecto de la prohibición que el derecho común sancionaba sobre el contrato *trino*.³⁸⁰

Con posterioridad a Sixto V se produjeron en Europa hechos que alteraron significativamente la historia del cristianismo, y en definitiva redundaron en una disminución del poder de los papas.³⁸¹ Por ello no habrá de extrañar que la Iglesia romana dejara de ocuparse por un tiempo de la cuestión de la usura.

Benedicto XIV (1740–1758), uno de los papas más destacados de la segunda parte de la edad moderna, seguramente influenciado por el iluminismo y por su amistad con Voltaire y Montesquieu –lo que le valió que fuera calificado de “ligeramente progresista”–,³⁸² fue quien retomó la cuestión. Motivó su intervención la continuidad de la polémica iniciada en la edad media, que ahora contaba con una línea de opinión que condenaba solamente los intereses excesivos, enfrentada a la tradicional, que consideraba reprobable toda forma de interés.³⁸³

Con el objeto de sentar una doctrina cierta sobre la usura, Benedicto XIV convocó a una junta de teólogos, cardenales y canonistas, que sesionó entre el 18 de julio y el 1º de agosto de 1745. Dicha junta concluyó su deliberación con la siguiente declaración:

«1º) Que aquel género de pecado, que se llama usura y que tiene un asiento propio en el contrato de mutuo, consiste precisamente en que por razón del mismo mutuo, que por su propia naturaleza solo exige la restitución de otro tanto como se ha recibido, pretenda alguno llevarse más de lo que se pida sobre el capital, *ipsius ratione mutui*, es ilícito y usurario.

«2º) Que este lucro o interés lleva siempre consigo la nota de usura, aunque sea moderado y corto y no excesivo ni grande, aunque el mutuuario no sea pobre sino rico, y aunque éste no haya de tener ocioso el dinero que se le ha prestado, sino que lo haya de emplear con mucha utilidad suya en aumentar su fortuna o sus riquezas, en comprar nuevas haciendas, o hacer negocios que le dejen grandes ganancias; porque la ley del mutuo quiere siempre igualdad entre lo recibido y lo devuelto.

«3º) Que no por esto se niega que pueden concurrir juntamente con el contrato de mutuo algunos otros títulos que no sean innatos e intrínsecos a la naturaleza misma del mutuo, de los cuales resulte una causa justa y legítima para exigir con razón algo más sobre el capital prestado; y que puede también cualquiera colocar y emplear legalmente su dinero por medio de otros contratos de diferente naturaleza que la del mutuo, sea para crearse una renta anual, sea para ejercer el comercio u otra negociación o empresa lícita, y sacar así un lucro honesto.

³⁸⁰ Benedicto XIV, *Sobre el sínodo...*, lib. y cap. cit., par. V.

³⁸¹ En particular, el período transcurrido entre los años 1640 a 1660, muestra de alguna manera un cambio en la visión que los europeos habían tenido de sí mismos, acorde con la concepción agustiniana, según la cual se consideraban miembros de una única sociedad que los comprendía a todos. Hasta allí, no obstante la fractura producida por la reforma protestante y las subsecuentes guerras de religión, cada fracción en que se hallaba dividido el cristianismo había pensado que tenía posibilidades de imponer su posición al resto de la humanidad. Pero junto con el agotamiento y sufrimiento que aparejaron las guerras, fue cambiando ese punto de vista.

La ciencia y la religión, que hasta ese momento habían marchado por un mismo camino, empezaron a tomar rumbos separados.

Por otra parte, luego de la paz de Westfalia (1648), se produjo en Europa el desplazamiento de la influencia política desde España a Francia. Esto tampoco ayudó a la posición de los papas, puesto que la iglesia francesa no le era favorable a los mismos. (Langer, ob. cit., vol. 1, p. 689; Johnson, *La historia del cristianismo*, ps. 373/4, 377 y 394).

³⁸² Langer, ob. cit., vol. 1, p. 690; Johnson, *La historia del cristianismo*, p. 402.

³⁸³ Como se recordará (§ 15), desde sus orígenes medievales, las alineaciones en torno de la cuestión de la usura, estaban dadas entre: 1º) los *canonistas* y *teólogos puros*, que eran partidarios de las ideas más absolutas en contra del interés, y los más intolerantes; 2º) los teólogos formados en la tradición *escolástica*, que eran partidarios de una actitud más racional, que reconciliara los dogmas con las necesidades económicas de un mundo que cambiaba; y 3º) los llamados *casuistas*, partidarios de complicados y efectistas razonamientos de índole principalmente retórica, que permitieran salvar los dogmas, como forma de transar con la realidad (Escriche, *Diccionario...*, voz “Interés”, p. 941, cap. IX; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXXI).

«4º) Que estas diversas especies de contratos, no observándose la debida igualdad de una y otra parte, todo lo que se exige más de lo justo constituye, ya que no usura (pues que ha de evitarse todo mutuo tanto manifiesto como paliado), a lo menos otra verdadera injusticia que lleva igualmente consigo la necesidad de la restitución; y que por el contrario, habiendo igualdad por ambas partes y arreglándolo todo conforme a justicia, se ofrecerán en ellos muchos modos lícitos de emprender lucrosas negociaciones y hacer florecer el comercio.

«5º) Que será una persuasión falsa y temeraria la que uno tenga de que siempre se encuentran con el mutuo otros títulos legítimos, o sin el mutuo otros contratos justos, en cuya virtud sea lícito llevarse un interés o aumento moderado sobre la suerte o capital en todos los casos en que se fie o preste a otra cualquier persona dinero, trigo u otro artículo o efecto de esta clase, pues que a nadie puede ocultarse que muchas veces está obligado el hombre a socorrer a su prójimo con un simple y nudo mutuo; y que del mismo modo en muchas circunstancias no puede haber lugar a otro verdadero y justo contrato sino al mutuo tan solamente.»

Con fecha 1º de noviembre de 1745 Benedicto XIV aprobó la citada declaración y la comunicó a los patriarcas y arzobispos de Italia, mediante una encíclica conocida con el nombre de *Vix pervenit*, agregando:

«1º) Que en las cuestiones sobre contratos usurarios se abstengan de incurrir en los extremos que siempre son viciosos, pues algunos juzgan con tanta severidad acerca de estas cosas que acusan de ilícita y usuraria cualquier utilidad sacada del dinero, y otros por el contrario son tan indulgentes y remisos que creen libre del vicio de usura cualquier emolumento.

«2º) Que a los que pretendan quedar limpios de toda nota de usura, y dar a otro su dinero de modo que tan solamente perciban un interés o fruto legítimo, se les debe amonestar que declaren antes el contrato que quieren celebrar, las condiciones que en él han de poner, y el fruto o interés que por el mismo dinero exijan.

«3º) Que no es hoy ociosa ni meramente nominal, como dicen algunos, la cuestión sobre la usura, aunque sea cierto que casi siempre produce frutos el dinero que por cualquier título se concede a otro; pues que hay una diferencia manifiesta entre los diversos contratos que pueden hacerse, así como entre el fruto que no se adquiere sino ilícitamente del mismo dinero y que de consiguiente en ambos fueros debe restituirse.»³⁸⁴

Por cierto que los términos usados por Benedicto XIV para aprobar la declaración de la junta de obispos y cardenales dejan lugar a dudas sobre si su propósito fue o no el de flexibilizar las causales que autorizaban a exigir legítimamente un interés por el dinero prestado.³⁸⁵ Adviértase que en el punto 3º de su declaración, luego de hacer la salvedad de que la cuestión de la usura no es “ociosa ni meramente nominal”, agrega que el dinero que por cualquier título se concede a otro, “casi siempre produce frutos”.

Pero dejando de lado esta cuestión, lo cierto es que estos nuevos documentos, de hecho, introdujeron un cambio en la doctrina de la Iglesia sobre el punto. La excepción a la regla de que todo lo percibido por sobre el capital en el contrato de mutuo constituía usura, admitida por la junta de teólogos, cardenales y canonistas mediante el reconocimiento de *otros títulos justificativos* de la ganancia, abrió una brecha tan amplia a la cerrada estructura de la legislación canónica medieval, que implicó el camino hacia la aceptación generalizada de la legitimidad del interés.

³⁸⁴ Ver un epitome de la citada bula en Guerra, Aloysii S. T. D., *Pontificiarum constitutionum in bullaris magno et romano contentarum et alunde desumptarum epitome*, Venecia, Heredis Nicolai Pezzana, 1772, vol. 1, p. 121; ver traducción en Escriche, *Diccionario...*, voz y cap. cit. en nota anterior, p. 942; en igual sentido puede verse Spota, ob. cit., J. A. 1962-VI, ps. 86/7.

³⁸⁵ Escriche, *Diccionario...*, voz “Interés”, p. 942, cap. X.

Para ello, tanto la declaración de la junta de teólogos, como la del Papa, se apoyaron en el argumento de los títulos *extrínsecos* al contrato de mutuo. En ninguno de los casos se explica cuáles son esos títulos, pero hay acuerdo general en interpretar que tales títulos no son otros que los que Santo Tomás y los teólogos escolásticos habían indicado: el lucro cesante, el daño emergente y el peligro de pérdida del capital.³⁸⁶

En este punto Benedicto XIV, de alguna manera, sobre el final de la edad moderna, concilió la doctrina clásica de la Iglesia, con la realidad de sus tiempos. En el fondo aceptó –o abrió un camino para que otros teólogos lo aceptaran más tarde– que el interés es moralmente aceptable sólo en la medida que la organización económica de una sociedad permita la oportunidad de empleos *reproductivos* al dinero. Y ello no era normal en la Europa medieval de San Agustín y Santo Tomás, pero en la medida que la organización capitalista se fue extendiendo, lo que antes era la excepción, pasó a ser la regla.³⁸⁷ Así fue como Benedicto XIV estableció precisamente que ya en ese momento “casi siempre” concurrían tales causas de justificación moral (los títulos extrínsecos de los que hablaban Santo Tomás y los escolásticos).

También Benedicto XIV tuvo oportunidad de emitir opinión sobre la cuestión del contrato *trino*. En oportunidad de la bula *Sobre el sínodo diocesano*, se manifestó sobre las facultades de los obispos y de los sínodos por ellos convocados (los diocesanos), en materia de la vieja polémica relativa al tema del mencionado contrato.³⁸⁸ Al respecto, sostuvo –luego de relatar los argumentos esgrimidos por los sostenedores de ambas posturas– y dado que la cuestión no había quedado resuelta por la bula de Sixto V, que habida cuenta que la sede apostólica no había censurado tal forma de contratación, debían abstenerse los obispos de hacerlo.³⁸⁹

§ 23. La legislación de las monarquías nacionales europeas

En *Holanda*, según el relato de Grocio, las leyes habían permitido desde tiempo atrás la percepción de intereses: la tasa general permitida era del 8% anual, y a los comerciantes se les permitía percibir el 12% anual.³⁹⁰ En efecto, esto no es de sorprender, ya que los Países Bajos (y

³⁸⁶ Escriche, obra, voz, cap. y pág. cit. en nota anterior; y *Diccionario...*, edición de Madrid, 1876, tomo 4, voz “Usura”, ps. 1197/8; Cardahi, ob. cit., p. 507.

³⁸⁷ Chénon, Emile, *Le rol social de l'Eglise*, p. 256, citado por Cardahi, ob. cit., p. 508.

³⁸⁸ Recuérdese lo expuesto más arriba, con motivo de la bula *Detestabilia avari* de Sixto V.

³⁸⁹ *Sobre el Sínodo Diocesano*, Libro X, capítulo VII, en APÉNDICE 8 (especialmente el párrafo VI).

³⁹⁰ Grocio, Hugo, *De iure belli ac pacis*, Libro II, Capítulo XII, párrafo XXII, ed. cit., Tº II, p. 216.

Holanda en particular donde el calvinismo tuvo un gran arraigo) habían desarrollado una eficiente maquinaria para la percepción de impuestos, y la participación de mercaderes en el gobierno que impusieron pautas de administración similares a las desarrolladas en el comercio, había alentado la formación de un eficaz mercado de capitales. Esto transformó a Amsterdam en el centro financiero más importante de la Europa moderna.³⁹¹

En *Inglaterra*, el auge alcanzado por el comercio y la industria, hizo que la doctrina de la prohibición de intereses se abandonara sin mayor discusión teórica. Así Enrique VIII (1509–1547), en 1545 suprimió la prohibición de los intereses y en su lugar implantó una tasa de interés máximo. Durante el reinado de Eduardo VI (1547–1553) se restableció transitoriamente la prohibición en cuestión, pero en 1571, bajo el reinado de Isabel I (1558–1603) se abolió nuevamente, ya para siempre.³⁹²

En *Alemania*, antes de que los juristas se alinearan del lado de las nuevas teorías favorables al interés, ya a comienzos del siglo XVI algunos de los derechos particulares autorizaban la percepción de intereses, aunque los comentaristas discrepan respecto del alcance de tales autorizaciones.³⁹³ En 1654 la legislación del imperio adoptó igual criterio.³⁹⁴

En *Francia* era de aplicación tanto la legislación canónica que prohibía el interés, como la legislación secular de los reyes que –como hemos visto– sancionaba idéntica prohibición. No obstante ello, durante este período empieza a sentirse la influencia de las ideas ya analizadas de Calvino y Dumoulin acerca de la usura.

Es así que debido a la difusión del calvinismo en Francia, cuyos partidarios eran denominados *hugonotes*, se empezó a advertir su influencia en algunos tribunales, en particular en el parlamento de París,³⁹⁵ de modo que algunos magistrados de este tribunal fueron sospechados de participar de la nueva idea acerca de que los intereses moderados eran permitidos.³⁹⁶

³⁹¹ Kennedy, Paul, *The Rise and Fall of the Great Powers*, New York, Vintage Books, 1989, p. 78.

³⁹² Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 67.

³⁹³ Böhm Bawerk, ob. cit., p. 65, nota 31, aclara que para algunos se trataba solamente de la autorización de los *interesse* estipulados, y no de la *usura*.

³⁹⁴ Böhm Bawerk, ob. cit., p. 65. En nota 32, aclara que la interpretación de los textos en cuestión es discutible.

³⁹⁵ En Francia se designaba con el nombre de Parlamentos a los grandes cuerpos que en dicha nación se hallaban encargados de la administración de justicia antes de la revolución de 1789. Existen divergencias respecto de la época en que comenzó a funcionar tal institución (para algunos datan de los primeros tiempos de la Monarquía y para otros su existencia se origina no más allá del siglo XIV). Este consejo estaba compuesto de prebostes y de señores, y –además de las mentadas funciones judiciales– tenían facultades relativas a los Asuntos de Estado. Con independencia del Parlamento de París, se habían creado otros en diversas ciudades importantes. Conf. *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*. Vol. XV, voz “Parlamento”, p. 943.

³⁹⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CL.

Pero dado que la relación entre católicos y protestantes había adquirido en esta nación características de sumo enfrentamiento,³⁹⁷ es del caso que durante el reinado de Enrique II (1547–1559), y como consecuencia de tales rencillas entre partidarios de ambas religiones, los católicos –en un golpe llevado a cabo el 10 de junio de 1559– desplazaron a los funcionarios sospechados de protestantismo de sus funciones, y esta evolución se interrumpió. Es así que en la primer oportunidad que tuvo el parlamento de París de pronunciarse sobre la cuestión, el 13 de junio de ese mismo año, se ocupó de dejar bien en claro la posición tradicional. La cuestión en que debieron pronunciarse se refería a si los fondos pupilares debían producir intereses o no y lo hicieron por la negativa.³⁹⁸

Por lo demás, la legislación continuó en la misma línea conocida. El artículo 202 de la ordenanza de Blois (de mayo de 1579) renovó la prohibición del cobro de intereses ya contenida en las leyes medievales, y lo hizo extensivo a todas las personas de cualquier sexo o condición que realizaran préstamos de dinero a utilidad o interés, aunque fuera bajo pretexto de comercio público.³⁹⁹

A pesar de la existencia de la prohibición legal mencionada y de las decisiones de los tribunales, la práctica del préstamo a interés continuó con intensidad en ciertas regiones de Francia. En algunos casos resultó una necesidad para mitigar la pobreza que dejaban las guerras de religión. Pero con frecuencia sucedía que los deudores, luego de haber solicitado préstamos con la promesa de pagar intereses sobre los mismos, llevaban a sus acreedores a los tribunales para requerir que los pagos efectuados en concepto de intereses les fueran imputados al capital. Entre tales acreedores se encontraban las mejores familias, las corporaciones de las ciudades, los pupilos –cuyos dineros eran invertidos por sus tutores con autorización judicial para fructificar tales fondos–, las viudas (que invertían sus fortunas), y aún honorables personas ajenas al comercio. Esto causó pánico entre dichas personas, quienes consideraban haber procedido conforme con el “uso común”. Por ello, los habitantes de la provincia de Berry y del ducado de Anjou, recurrieron a Enrique IV solicitándole ayuda. Este decidió –mediante declaraciones del 17 de febrero de 1605 para Berry y del 14 de marzo de 1606 para Anjou– “echar un velo sobre el pasado”, de modo que desaprobó la actitud de los deudores de mala fe, prohibiendo la

³⁹⁷ Sobre la lucha en Francia entre las fuerzas centralizadoras, partidarias de la monarquía nacional, a cuyos intereses estaban vinculados los católicos, y las defensoras de los privilegios locales de las provincias, las ciudades autónomas y las instituciones medievales, con quienes se identificaban los calvinistas, ver Sabine, George H., *A History of Political Theory*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1937 (3ª edición tr. castellana de Vicente Herrero, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, 2ª edición 1963, 6ª reimpresión 1979), ps. 278/9.

³⁹⁸ Más tarde se registraron decisiones en sentido contrario: Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. cit. Ver también sobre el golpe contra los protestantes, *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, voz “Enrique II”, Tº VIII, p. 383.

³⁹⁹ Pothier, *Traité de l'usure*, Nº 67, p. 71; en igual sentido, Carpentier, A. y otros, *Répertoire Général Alphabétique de Droit Française*, voz “Intérêts”, Nº 10, p. 618.

imputación de intereses al capital. Y como forma de conciliar la solución con la legislación vigente, estableció que las obligaciones emergentes de los préstamos fueran convertidas en rentas perpetuas.⁴⁰⁰

Por otro lado, en las provincias de derecho escrito se había mantenido la tradición del derecho romano, así como la práctica del préstamo a interés. Por esta razón, los parlamentos de Grenoble, Aix, Toulouse, Pau y Bordeaux, no aplicaban las ordenanzas prohibitivas del interés.⁴⁰¹

En *España* la adaptación de la legislación secular, a las ideas permisivas del interés fue muy lenta, a punto tal que dicha prohibición (establecida tanto por la legislación civil como por la canónica) siguió vigente durante todo este período histórico, el que sólo vio aparecer sucesivas excepciones en caso de diversos supuestos concretos.

En ese sentido se registra una disposición debida a “don Carlos y doña Juana”,⁴⁰² a petición de las Cortes⁴⁰³ de Madrid de 1534, de las de Toledo de 1539 y de las de Valladolid de 1548, que aparece recogida por la *Novísima Recopilación*.⁴⁰⁴ Dicha disposición reitera la prohibición de los “fraudes” que realizaban los mercaderes, “so color de interese”,⁴⁰⁵ así como los contratos celebrados “en fraude de usuras” que ya contenían las *Ordenanzas de Alcalá*.⁴⁰⁶

⁴⁰⁰ Pothier, *Traité de l'usure*, N° 67, p. 71; Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLI y CLII.

⁴⁰¹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CLII y CLIII N° 342, ps. 280/1.

⁴⁰² La disposición es debida a Carlos I de España y V de Alemania (1516-1556). Carlos recibió el trono de España por herencia de su madre, Juana la *Loca*, hija a su vez de los reyes católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón. Fallecida Isabel le correspondía el trono de Castilla a Juana, pero Fernando obtuvo autorización de las cortes para seguir gobernando a nombre de su hija. Fallecido Fernando, habida cuenta de la incapacidad mental de su hija, se estableció un régimen de regencias, luego de lo cual se designó rey a Carlos, que reunió ambas coronas de Castilla y Aragón, a las que luego sumó la del Imperio (por herencia de su padre Felipe, el Archiduque de Austria). Al arribar a España, fue resistido por su falta de conocimiento de las costumbres, las leyes, así como del idioma castellanos. Carlos encontró resistencia por parte de la corte, que se resistía a prestarle juramento de fidelidad, por vivir aún su madre doña Juana (que recién falleció en 1555). Sólo se logró vencer su oposición a condición de que en los documentos y actos oficiales el nombre de Carlos fuese unido y pospuesto al de Juana, y que, caso de recobrar ésta la razón, volviese a gobernar sola. (Conf. *Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, Vol. IV, voz “Carlos I”, ps. 706 y sig.).

⁴⁰³ Recuérdesse lo manifestado respecto del papel que le había correspondido a las *cortes* en la elaboración de la legislación durante la edad media (ver nota 274). La importancia de éstas había disminuido. A partir del fortalecimiento de las monarquías, los monarcas absolutos no dejaron de convocarlas, pero procuraron debilitarlas. La nobleza fue despedida por Carlos V de las cortes de Toledo de 1538 y no volvió a ser convocada. El brazo eclesiástico rara vez volvió a ser convocado. La monarquía opinaba que “la ley es lo que le place al príncipe”. (*Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, Vol. VI, voz: “Cortes”, p. 1166 y sig.).

Por estos tiempos las cortes no eran convocadas, sino para votar subsidios. Sin embargo, durante el reinado de Carlos V, hubo algunas, como las que se comentan, que formularon peticiones referidas al gobierno interior (*Diccionario Enciclopédico Hispanoamericano*, Vol. IV, voz: “Carlos I”, p. 710).

⁴⁰⁴ Libro X, Tít. I, Ley XX. en APÉNDICE 12.

⁴⁰⁵ Esta es una expresión del castellano antiguo, que significa “interés” (Dominguez, Ramón Joaquín, *Diccionario Nacional o Gran Diccionario de Lengua Española*, 14ª edición, Madrid, Imprenta y Librería de Miguel Guijarro, 1878, p. 1007, voz “Interese”), y proviene del latín *interest*, *interesse*, verbo unipersonal que significa importar, convenir (Monlau, Pedro Felipe, *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Buenos Aires, Joaquín Gil, 1941, 3ª edición 1946, p. 791, voz “Interés, interese”).

Los romanos empleaban la voz *usura* para referirse al precio por el uso del capital. Como consecuencia de la prohibición de que fue objeto dicha retribución por el derecho canónico primero, y por las leyes seculares más tarde, dicha expresión alcanzó una connotación negativa (Troplong, *Du Prêt*, N° 308 y 309, ps. 241 y 242).

A partir de que los teólogos elaboraran ciertas causas de justificación para la retribución de los capitales -la indemnización de la tardanza en restituir el dinero prestado (*Suma Teológica*, 2ª, 2ª, cuest. 78, art. 2, ad. 1) y el lucro cesante (*Suma Teológica*, 2ª, 2ª, cuest. 62, art. 4)- la reparación de dicho perjuicio se llamó *interés compensatorio* (Escriche, *Diccionario...*, ed. citada, voz “Interés”, cap. II “Interés compensatorio”, p. 935).

⁴⁰⁶ Ver ley 1ª, Título XXIII del *Ordenamiento de Alcalá*, en APÉNDICE 11. Ver igualmente lo manifestado en § 18 y § 19.

Pero además de ello –y he aquí la novedad que introduce la norma– prescribió que los contratos “permitidos” no contuvieran un interés superior al diez por ciento anual. Los intérpretes han entendido que aunque la norma no especifique cuáles son los contratos “permitidos”, debe tenerse por cierto que se refiere a las causas justificadas por los canonistas: el daño emergente, el lucro cesante y el peligro de pérdida del capital o tardanza en su devolución.

Felipe II (1556–1598), a petición de las Cortes de Madrid en 1583,⁴⁰⁷ declaró no recibida en España la constitución de Pío V sobre la forma de contraer de *censos* (APÉNDICE 6, p. 475), conocida como *Propio motu*.

Más tarde, Felipe III (1598–1621), en Aranjuez, por pragmática de 1608,⁴⁰⁸ prescribió que nadie pudiera dar dinero a comerciantes y mercaderes, sino “a pérdidas y ganancias”. Esta última expresión alude sin duda a las reglas introducidas en la regulación del contrato de sociedad bajo el influjo de la legislación antiusura, que consideraba usurario todo contrato parciario en el que una de las partes fuera eximida de participar en las pérdidas.⁴⁰⁹ La mencionada disposición prohibió igualmente exigir interés del dinero dado a los comerciantes a título de depósito, préstamo o cualquier otra forma, aunque sea con color de daño emergente o lucro cesante, a excepción de los casos “permitidos en derecho”,⁴¹⁰ bajo pena de nulidad del contrato y de pérdida por el que lo dio del dinero así entregado, y del que lo recibió de otro tanto, siendo destinada dicha multa a la Cámara, al Juez y al denunciante en partes iguales.

Por su parte Felipe IV (1621–1665) por pragmática del 14 de noviembre de 1652,⁴¹¹ decidió rever la cuestión de la tasa de interés máxima permitida, por entender que ciertas circunstancias económicas habían distorsionado tales valores, y que superadas ellas, debían restablecerse los mismos.⁴¹² Fijó la nueva tasa para los intereses permitidos en el cinco por ciento anual, reduciendo así la del diez que había fijado Carlos V en 1534. Para asegurar dicha regla y evitar que por vía de simulación pudieran incluirse intereses a título de capital, ordenó también que quien por escritura o cédula se obligase a pagar intereses, declarase en ella bajo juramento la existencia de intereses y su importe, que el escribano hiciese fe de tal juramento, y que el acreedor para ejecutar la obligación así instrumentada también hiciese el mismo

⁴⁰⁷ Ver *Novísima Recopilación*, Libro X, Título XV, Ley VII (APÉNDICE 12, p. 506).

⁴⁰⁸ Ver la mencionada pragmática, que aparece recogida en la *Novísima Recopilación*, Libro X, Tit. I, Ley XXI, en APÉNDICE 12, p. 500.

⁴⁰⁹ Recordar la bula *Detestabilis* (1586) de Sixto V (APÉNDICE 7), y toda la polémica de los teólogos en torno del contrato *trino* (ver § 22).

⁴¹⁰ Los intérpretes de dicha norma han entendido que siempre que el lucro cesante y daño emergente sean verdaderos, y no simplemente *con color* (o pretexto) de tales, los intereses serán lícitos, puesto que dicen que la ley ha excluido solamente el lucro cesante y daño emergentes fingidos (Escrache, *Diccionario...*, ed. cit., voz “Interés”, cap. II, p. 935).

⁴¹¹ Esta pragmática está recogida en la *Novísima Recopilación*, Libro X, Título I, Ley XXII (APÉNDICE 12, p. 500).

⁴¹² Conf. Escrache, *Diccionario...*, ed. cit., voz, “Intereses”, cap. XV, p. 945.

juramento. Tales recaudos tenían el carácter de forma sustancial. Sin embargo Escriche sostiene que esta pragmática tuvo una vigencia de sólo tres días, pues habría sido suspendida su ejecución por el mismo Felipe IV, mediante otra pragmática de fecha 17 del mismo mes y año, que dejó sin efecto todos los capítulos de la del 14, salvo en algunos puntos que no tenían relación con el tema, y que por lo tanto no debió ser incluida en la *Novísima Recopilación*.⁴¹³

Más adelante, por cédula del 10 de julio de 1764,⁴¹⁴ Carlos III (1759–1788) resolvió la cuestión –luego de consultar a numerosos teólogos y juristas– de la legitimidad del interés pactado en operaciones por la cuales varias personas (entre otras y principalmente viudas y pupilos) entregaban dinero a los representantes de los 5 gremios⁴¹⁵ mayores de Madrid, bajo la promesa de restituirlo con más un interés del 3% anual,⁴¹⁶ no obstante la prohibición de la pragmática de Felipe III de 1608. Según Escriche, esta disposición legitimó una nueva causa de justificación del interés, que antes de ella no estaba admitida en el derecho español: el *depósito irregular*.⁴¹⁷ Sostiene que a partir de esa norma no solamente se justificaba el reconocimiento de intereses en los casos en que el prestamista tenía un *daño emergente* o un *lucro cesante*, sino que se lo venía a admitir además, en la medida que existiera un *lucro naciente*.⁴¹⁸ En virtud de lo expuesto –dice–, siempre que el prestatario hubiera sido una persona o corporación de las que se ocupaban de algún ramo del comercio o de la industria, dado el provecho que ella sacaría del capital prestado, era lícito el pacto de intereses.

⁴¹³ Escriche, *Diccionario...*, ed. cit., voz “Intereses”, cap. XV, p. 945. Sostiene Escriche que la inclusión de una norma en la *Novísima Recopilación* no le da la fuerza de ley que no hubiese tenido antes por sí misma. Menciona igualmente -lo mismo que la edición citada en el Apéndice de la *Novísima*- disposiciones de Carlos III y Carlos IV que aceptaron como lícito el interés del 6% anual en las operaciones de préstamo a comerciantes, a título de lucro cesante, a las que se aludirá más adelante.

⁴¹⁴ Recogida en la *Novísima Recopilación*, Libro X, Título I, Ley XXIII: ver en APÉNDICE 12, p. 501.

⁴¹⁵ “Reunión de mercaderes, artesanos, trabajadores ú otras personas que tienen un mismo ejercicio y están sujetos en él a cierta ordenanza. Para ser admitido en uno de estos gremios era necesario haber trabajado en el oficio como aprendiz y mancebo cierto número de años; sufrir un examen al cabo de ellos, presentando una obra maestra, llamada pieza de examen; y pagar cierta cantidad de dinero. El que no se sujetase a estas formalidades, no podía ejercer su industria por más que sobresaliese en ella.” El monopolio de los *gremios*, fue luego dejado sin efecto (Escriche, *Diccionario...*, ed. cit., voz “Gremio”, p. 756).

⁴¹⁶ A juicio de Escriche, dicha resolución no implicó pronunciarse sobre la tasa máxima permitida (del 3% anual), sino sobre la legitimidad de ese tipo de contratos (el *depósito irregular*) en los que se había fijado tal tasa. La tasa máxima vigente seguía siendo la del 10% anual de Carlos V, o bien el 5% anual de Felipe IV, según la que se creyere vigente (*Diccionario...*, ed. cit., voz “Intereses”, cap. XV, p. 945).

⁴¹⁷ El *depósito irregular* es aquél en el cual se entregan al depositario cosas consumibles atribuyéndole su propiedad, quien se libera restituyendo otras cosas del mismo género y cantidad. Para Juan Rodríguez de San Miguel -que reimprimió en Méjico el *Diccionario...* de Escriche- los antecedentes del *depósito irregular*, como contrato apto para canalizar el cobro de intereses, se remontan a los romanos (ver Escriche, *Diccionario...*, ed. cit., voz “Depósito irregular”, p. 546 y siguientes). Por el contrario, para Fritz Shultz (*Derecho romano clásico*, ed. cit., N° 897, p. 497) el derecho romano clásico no conoció la figura en cuestión, sino que es debida a Justiniano y al Derecho bizantino.

Rodríguez San Miguel cita como otros antecedentes del *depósito irregular*, la constitución de Inocencio III de 1213 (recopilada en las *Decretales Gregorianas*, Libro IV, Título XX, Capítulo VII; APÉNDICE 3), en la que en caso de empobrecimiento del marido, se le permitía entregar la dote de la mujer a un comerciante para que con el *honesto lucro* obtenido por ellas, se le permitiera sostener las cargas del matrimonio (§ 16); así como los Concilios Mejicanos III (1585) y IV (1771), en cuyas sesiones, los teólogos que se pronunciaron sobre el particular aceptaron la legitimidad del interés en dicho contrato (*Diccionario...*, voz “Depósito irregular”, p. cit.).

Véase también a García Ulecia, ob. cit., p. 171 [43], sobre la importancia que la resolución de Carlos III tuvo, respecto del debate relativo a la legitimidad del *contrato trino*.

⁴¹⁸ “*Lucro naciente*, es la ganancia o utilidad que produce el dinero en manos del que le ha tomado en empréstito o mutuo. El lucro cesante es cesante con respecto al prestamista, el cual se priva de una ganancia por desprenderse de su dinero; y el lucro naciente es naciente con respecto al tomador o mutuario, que emplea el dinero prestado en algún ramo de industria o de comercio.” (Escriche, *Diccionario...*, ed. citada, voz “Lucro”, p. 1242).

§ 24. Las costumbres comerciales modernas

En cuanto a las prácticas que de hecho verificaban los comerciantes, sabemos que siguieron recurriendo asiduamente al préstamo a interés, aunque siempre bajo los mismos disfraces a los que nos hemos referido antes.

En Francia, las autoridades en algunos casos habían permitido (tal el antecedente de la ordenanza de Felipe IV *el Hermoso*, de julio de 1311) el cobro de intereses entre comerciantes, pero con el carácter de disposiciones de carácter local y de excepción.⁴¹⁹ Aquél antecedente de 1311 había estado referido a la posibilidad de pactar intereses en las ferias de Champagne. Pero en el siglo XVI este privilegio se trasladó a las ferias de Lyon, sin que los reyes reglamentaran la tasa de interés permitida. Tal el caso de Enrique III (1574–1589) en sus ordenanzas de 1580 y 1581, Enrique IV (1589–1610) en su edicto de julio de 1601, Luis XIII (1610–1643) en el edicto de 1634 y Luis XIV (1643–1715) en el edicto de 1665,⁴²⁰ que permitieron los intereses en las cuentas entre comerciantes. Así, este uso pasó de los comerciantes a los particulares –a quienes las ordenanzas no exceptuaban– bajo la tolerancia de las autoridades. A tal punto, que el obispo de esta diócesis de Lyon se opuso a que los predicadores contrarieran esta costumbre.⁴²¹

En otro orden de cosas, la Ordenanza Mercantil de 1673 prohibió la capitalización de intereses (anatocismo) en la letra de cambio y en cualquier otro acto.⁴²²

En España, cabe mencionar que el citado Carlos III en cédulas del 1º de septiembre de 1772 y 28 de marzo de 1774, y Carlos IV (1788–1808), en orden del 21 de abril de 1792 y cédula del 14 de febrero de 1803,⁴²³ autorizaron el interés del 6% en operaciones con mercaderes y fabricantes, a título de *lucro cesante*.⁴²⁴ El mismo Carlos IV, por cédula del 16 de julio de 1790,⁴²⁵ estableció como tasa máxima la misma del 6% anual para los préstamos que los mercaderes y otras personas hacían a favor de cosecheros y labradores para que pudieran sostener su labranza.

El medio más difundido para ocultar préstamos a interés en Francia siguió siendo contrato de cambio y la letra de cambio que lo instrumentaba.⁴²⁶ En este aspecto resulta de

⁴¹⁹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLIV, en particular n. 2, que cita las Ordenanzas del *Louvre*, Tº 1, p. 484.

⁴²⁰ Citados por Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLVII y notas 2 a 5.

⁴²¹ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLVII y CLVIII y Nº 342, ps. 279 y 280.

⁴²² Messa, ob. cit., Nº 52, ps. 102/103.

⁴²³ Recogidas en la *Novísima Recopilación*, Libro X, Título XIII, leyes XVII, XVIII y XXI: ver en APÉNDICE 12, p. 503.

⁴²⁴ Escriche, *Diccionario...*, ed. citada, voz “Intereses”, cap. XV, p. 946.

⁴²⁵ Incorporada a la *Novísima Recopilación*, en Libro X, Título VIII, Ley V: ver en APÉNDICE 12, p. 502.

⁴²⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLIV.

interés hacer notar que durante este período se produjo una evolución interesante. Durante los siglos XV y XVI el contrato de cambio fue motivo de desvelo, principalmente para los juristas italianos, que estudiaron cláusulas verdaderamente complicadas, tales como el cambio *seco*, *cambium siccum vel fictum*, etc. Alguna de tales cláusulas motivaron la intervención de los papas.⁴²⁷ Aún hasta el siglo XVII la letra de cambio no se utilizaba sino para instrumentar contratos *de cambio de plaza a plaza*.⁴²⁸ En esta época se introdujo una cláusula nueva: el corresponsal de *Primus* podría pagar la suma comprometida a toda persona que tuviera poder de *Secundus*, sin otra procuración o cesión que la puesta por escrito al dorso de la misma letra.⁴²⁹ De esta manera la *letra de cambio* se independizó del *contrato de cambio*, en la medida en que ya no siempre la primera suponía la existencia del segundo como en un principio.⁴³⁰

⁴²⁷ Ver la decretal de Pío V “Acerca de los cambios”, *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Título XI, Capítulo I (APÉNDICE 6, p. 473, y § 22).

⁴²⁸ En este contrato un parte (*Primus*) se obligaba a remitir por su representante una cierta suma a otro lugar, al representante de la otra parte (*Secundus*). El medio de ejecutar esta convención era librar a *Secundus* una letra dirigida por *Primus* a su corresponsal, conteniendo la orden de pagar la suma al corresponsal de *Secundus* (conf. Fremery, ob. cit., p. 95).

⁴²⁹ Fremery, ob. cit., p. 96.

⁴³⁰ En efecto, a partir de este momento, la letra de cambio fue más bien un instrumento de circulación del crédito, desprendido de sus orígenes (Fremery, ob. cit., ps. 96 y 97).

CAPITULO 7: LA EDAD CONTEMPORANEA

§ 25. Las teorías actuales sobre el interés

Se puede decir que prácticamente a partir de la finalización del debate entre Turgot y Pothier, con el triunfo del primero de ellos, al menos para la teoría económica, el eje de la discusión acerca del interés dejó de ser el problema de la justicia de su percepción. Hasta aquí resultó justificado el cobro del interés porque se decía que era razonable que el prestamista fuera compensado de la utilidad que habría podido obtener en caso de haber retenido el capital y haberlo usado él mismo. Pero con esa explicación –dice Böhm–Bawerk– se desplazaba la cuestión: se explicaba la razón de la retribución del capital diciendo que su dueño podría obtener una retribución explotándolo él mismo, pero no se decía por qué podría obtener una retribución en este caso (lo que este autor llama *interés originario*).⁴³¹

Las primeras explicaciones se orientaron a buscar la causa del interés (originario) en la *productividad* del capital: según algunos economistas clásicos, con distintos matices entre sí, el interés se explica por la aptitud intrínseca del capital para la producción de bienes.⁴³² Dicha primera aproximación al problema, ha sido expresada en un lenguaje más moderno de la siguiente manera: es un hecho tecnológico que se pueden obtener más bienes de consumo futuro

⁴³¹ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 81/82.

⁴³² Dentro de este grupo de teorías pueden señalarse dos grupos claramente diferenciados.

El primero de ellos puede denominarse de las *teorías simplistas de la productividad*, que ven en el capital o bien una capacidad directa de creación de valor, o bien una productividad física que –entienden– lleva aparejada el fenómeno de la “plusvalía” (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 138, 139). Tienen en común una especie de enfoque místico, que le reconoce al capital ciertas fuerzas mágicas “creadoras de valor” (Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 163). El fundador de esta línea de pensamiento es Juan B. Say; en Alemania lo siguieron Schön, Riedel, Wilhelm Roscher y Friedrich Kleinwächter; en Francia los discípulos fueron Rossi, Molinari, Joseph Garnier Cauwés y Leroy-Beaulieu y en Italia Scialoja (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 140 a 153).

El otro grupo se lo ha denominado de las *teorías razonadas de la productividad*. Este otro grupo de teorías no considera que sea evidente por sí mismo que la mayor abundancia o la mayor utilidad de los productos lleve aparejada una “plusvalía”, sino que ello requiere una explicación especial (Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 139). Buscan explicar el interés en el campo del *valor*, pero con los recursos de la teoría de los costes, arrastrando el prejuicio de que el valor nace de la producción (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 516 a 518). El primero en esta línea de pensamiento fue el economista inglés lord Lauderdale, quien propuso que el interés deriva del incremento de valor que el obrero añade con su trabajo a los bienes que forman el capital (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 163 a 169). Siguieron en esta línea, con variantes, Malthus, Carey, Peshine Smith, Thünen, Glaser, Roesler, Strasburger (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 169 a 212).

Teóricamente ligada con la teoría de la productividad, aunque en realidad *enemiga* del interés, debe mencionarse otra teoría –o más bien grupo de teorías– que pueden englobarse dentro de la denominación de *teorías de la explotación o teoría socialista del interés*. Estas teorías se vinculan teóricamente con las anteriores, en cuanto se sustentan en la teoría del valor de los bienes que arranca con Adam Smith y continúa Ricardo, según la cual el valor de los bienes deriva siempre de la cantidad de trabajo humano que tengan incorporados. Pero los obreros, productores del trabajo, no obtienen la totalidad del valor del producto generado con el esfuerzo de ellos, en razón de que los capitalistas, valiéndose del poder de disposición de los medios de producción que les permite la propiedad privada de tales medios, retienen para sí una parte del producto. Por lo tanto el interés (originario) del capital es una parte del producto del trabajo ajeno obtenida por el capitalista, mediante la explotación de los obreros (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 374 y 375). Representantes de esta corriente son: William Thompson en Inglaterra y Sismondi en Francia y luego los teóricos socialistas Proudhon, Rodbertus, Lasalle y Marx (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 377 a 387).

empleando métodos indirectos de producción, que lo que resultaría de emplear métodos directos.⁴³³

Luego de ciertos desarrollos teóricos intermedios, surgió otro grupo de teorías que se orientó a indagar acerca de que el valor de los bienes debe buscarse, no en el pasado, sino en su porvenir. Para estas teorías, el problema del interés no es una cuestión de *productiveness*, sino de *prosepctiveness*.⁴³⁴

Para Böhm–Bawerk, es claro que “el fenómeno del interés se halla relacionado, de una parte, con ciertos hechos referentes a la técnica de la producción y, de otra parte, con el hecho de una demora temporal del disfrute”. Por lo tanto, a su entender, una teoría explicativa de las causas del interés originario debe dar cuenta de ambos grupos de causas: de los hechos relacionados con la técnica de la *producción* y de los hechos *psicológicos* referentes al aplazamiento del disfrute.⁴³⁵ Su pensamiento a sido resumido por otro autor, diciendo que Böhm–Bawerk determinó tres causas que explicaban el interés: 1ª) la creencia del consumidor típico de que su capital futuro tendrá menor utilidad marginal que el presente, en razón del incremento que espera de su renta (como resultado del progreso técnico o de la productividad del rodeo); 2ª) la preferencia sistemática del consumidor por los bienes presentes sobre los futuros, debido a motivos racionales como la incertidumbre sobre la vida o a motivos irracionales y 3ª) la superioridad técnica de los rodeos de la producción.⁴³⁶

Ludwig von Mises ha criticado la *teoría de la preferencia temporal* en su formulación originaria debida a Jevons y Böhm–Bawerk, por asentarla en factores de índole subjetivos, puesto que para él la preferencia temporal es un requisito *categórico de la acción humana*.⁴³⁷

⁴³³ Samuelson, Paul A., ob. cit., ps. 653 a 655.

⁴³⁴ Dentro de este grupo se encuentran las teorías denominadas del *uso*, que consideran que además de la sustancia del capital existen el *uso* o *disfrute* de éste, que tiene un valor propio e independiente. El rendimiento del capital no se obtiene solamente sacrificando la sustancia material de éste, sino sacrificando también el “uso” de dicho capital empleado durante la producción. El “producto del capital”, entonces, es la suma del valor de los medios de producción empleados para crearlo, más el valor del sacrificio que representa el “uso del capital” (Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 214). En esta corriente se encuentran Juan B. Say (quien en realidad también se lo incluye dentro de los teóricos de la productividad), Hermann, Bernhardt, Mangoldt, Mithoff, Schäffle, Knies y Menger (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 216 a 240).

Cabe mencionar también a las teorías de la *abstinencia*: para Senior el interés era la indemnización concedida al capitalista por su abstinencia (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 290 a 293).

Para Rae la causa del interés debe buscarse en “la demora temporal en el disfrute”. Las razones que determinan a los hombres a sacrificar una determinada cantidad de bienes presentes para obtener en el futuro una cantidad mayor de bienes, son la inseguridad y la brevedad de la vida y el hecho de que con la vejez disminuye la capacidad de disfrute: de ello se infiere que desde el punto de vista de la mayoría de los hombres, prevalece el presente sobre el futuro (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 333 a 353, en particular, p. 344).

Continuó con el desarrollo de esta línea argumental, llamada *teoría de la preferencia temporal*, Jevons. Esta teoría, en realidad tiene antecedentes en autores que ya hemos mencionado: tal el caso de Galiani, Turgot y Bentham (Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 484 y sig. y 522 y 523).

⁴³⁵ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 615 y 616.

⁴³⁶ Samuelson, ob. cit., p. 668.

⁴³⁷ Para comprender acabadamente el sentido de la crítica de von Mises es necesario detenerse por un momento en explicar su abordaje respecto del problema económico.

La economía, tradicionalmente, ha sido encarada como una ciencia social, descriptiva del comportamiento humano relativo al problema de la escasez.

Por el contrario, von Mises encara un estudio de la acción humana no desde el punto de vista histórico, sino desde -lo que el denomina- *praxeológico* (*La Acción humana*, ed. citada, ps. 61 a 64). La praxeología es un estudio de carácter formal y apriorístico. Por lo tanto, las categorías de la acción humana son “proposiciones de carácter primario, obligado antecedente de toda definición, nominal o real. Se trata de

En cuanto al pensamiento de los teólogos católicos modernos respecto del interés, a partir de las definiciones alcanzadas por la bula *Vix pervenit* de Benedicto XIV del 1º de noviembre de 1745 (ver § 22) que permitió un acercamiento entre la postura clásica de la Iglesia Católica, con la realidad de la aceptación social de interés que se fue extendiendo hasta generalizarse finalmente, cabe analizar los argumentos que utilizaron para reforzar esa postura.

Algunos han recurrido a la noción de *multiplicidad de causas*. Estos moralistas parten de distinguir el dinero en su sentido *material*, el cual es naturalmente improductivo, del dinero como instrumento de *crédito*. En este caso, la productividad del capital no sería resultado de una causa única, sino de una multiplicidad de ellas. Es cierto –sigue este razonamiento– que la actividad prestada por el empresario hace nacer las utilidades de la empresa; pero también es cierto que tales resultados no se habrían podido obtener sin el aporte inicial de capitales facilitados por el prestamista, lo que justificaría su retribución.⁴³⁸

Otros teólogos justifican el interés en el préstamo, en que este contrato es una suerte de locación, cuasi–locación, contrato *sui generis* y sobre todo, en que sería un *contrato de asociación* entre el prestamista y el empresario. El padre C. Spicq considera que si bien el prestamista no corre los riesgos propios de un socio en un contrato de sociedad, su ganancia es lícita en la medida que el interés representa una forma de participación en los beneficios de la empresa. Leroy–Beaulieu agrega que el derecho moderno tiende a ver a los obligacionistas de las sociedades anónimas como una suerte de asociados a título especial (tal el caso por ejemplo de los derechos que nuestro régimen legal confiere a los debenturistas en caso de falta de cumplimiento del empréstito).⁴³⁹

categorías primordiales, que no pueden ser objeto de análisis. Incapaz es la mente humana de concebir otras categorías lógicas diferentes. Para el hombre resultan imprescindibles e insoslayables... Integran los ineludibles presupuestos del conocimiento, de la comprensión y de la percepción” (ob. cit., ps. 64 a 68).

En ese marco, para von Mises, la preferencia temporal es una condición típica del actuar: “ningún tipo de actuación cabe imaginar en la cual la satisfacción más próxima no sea preferida -invariantes las restantes circunstancias- a la satisfacción más lejana” (ob. cit., ps. 717 a 718).

El sentido que von Mises le da a la expresión “categoría de la acción” hace recordar al *ideal racional* del que hablan Alchourrón y Bulgin, con relación al llamado principio de completitud normativa de los ordenamientos jurídicos (*Introducción a la Metodología...*, ed. citada, p. 227) y a las *reglas ideales* de las que habla von Wright (*Norma y acción...*, ed. citada, ps.32 a 34). Para este autor, las reglas ideales son los requisitos o propiedades que debe reunir algo o alguien para ser un buen lo-que-sea (un buen artesano, un buen administrador o un buen juez, o un buen reloj, etc.) En el caso que comentamos, la regla de la preferencia temporal sería un ideal racional, en el sentido de que alguien que quiera actuar *racionalmente*, que quiera administrar eficientemente sus recursos escasos, debería valorar en más a los bienes presentes por sobre los futuros.

Por su parte Samuelson ha criticado los intentos de búsqueda de una explicación única al problema del interés diciendo que “hay gente a la que le gusta encontrar una única causa para todo, y que en este caso preguntaría: «¿Es la productividad del capital la causa del interés? ¿O es el hecho de que hay que pagar a los ahorradores por lo desagradable de la 'abstinencia' o de la 'espera'? ¿Qué es más importante: la posibilidad de invertir o la impaciencia por gastar?» Los argumentos dados antes indican que esta antítesis es falsa. *Ambos* factores intervienen en la determinación del camino que el tipo de interés recorre a lo largo del tiempo: la productividad nos dice cuál es el interés o la productividad neta que puede obtenerse con las diversas cantidades de los varios tipos de capital. La impaciencia en gastar, o preferencia del presente al futuro, limita la tasa de crecimiento y el volumen de capital que puede alcanzarse. Así como son necesarias las dos hojas de una tijera para cortar, sin que se pueda decir que es una de ellas y no la otra la que realiza el trabajo, así actúan ambos factores, la impaciencia y la productividad, para determinar el curso del tipo de interés.” (ob. cit., p. 668).

⁴³⁸ Tal el razonamiento de M. Garriguet y el padre Antoine Cavallera, citados por Cardahi, ob. cit., p. 512. Según el autor citado, esta noción de la multiplicidad de causas habría dado nacimiento, en materia de responsabilidad, a la teoría de la *equivalencia de las causas o condiciones*.

⁴³⁹ Citados por Cardahi, ob. cit., ps. 513 y 514.

§ 26. El derecho canónico contemporáneo

Al comienzo de este período, luego de la aludida bula *Vix Pervenit* de Benedicto XIV y del reconocimiento legal de los intereses que siguió a la Revolución Francesa (y que luego veremos), no se produjeron nuevas disposiciones papales sobre la cuestión de la usura.

Los primeros antecedentes del derecho canónico dignos de mención en este terreno, fueron de índole jurisprudencial, como consecuencia de una consulta planteada a Roma en 1822, durante el papado de Pío VII, por una mujer de la ciudad de Lyon, a quien su confesor le negaba la absolución por haber prestado dinero a interés a comerciantes del lugar, a menos que ella devolviera los intereses percibidos.⁴⁴⁰

Los cardenales integrantes de la congregación del santo oficio, cuya función primordial era impedir la propagación de falsas doctrinas, respondieron que no había razones para ocuparse de la cuestión planteada por la reclamante, al menos hasta ese momento, pero que la misma debía recibir la absolución sin necesidad de que restituyera nada, en tanto la reclamante se sometiera a lo que la Santa Sede pudiera resolver en contrario en un futuro.⁴⁴¹

El 18 de agosto de 1830 se registra otra consulta, dirigida en este caso al Papa Pío VIII por el obispo de Rennes, con motivo de las opiniones discordantes que existían entre los sacerdotes de dicha diócesis sobre la cuestión de si debían o no ser absueltas en confesión las personas que percibían intereses en los préstamos de dinero: algunos la concedían, muchos la negaban, otros se contentaban con exhortaciones a dichas personas, en el sentido que no presten más en tales condiciones. Pero ante la insistencia de los prestamistas, alentados por el gran número de opiniones favorables al préstamo a interés, los absolvían a condición de que prometieran que si por decisión posterior del sumo pontífice llegaba a condenarse este contrato, se someterían obedientemente a dicha disposición. El obispo de Rennes agregaba en su consulta que había confesores que a menos que los penitentes se acusaran de haber prestado a interés, no los absolvían, siempre que fuera notorio que habían percibido intereses a la tasa legal. Pío VIII, luego de consultar con el santo oficio, respondió que no había que inquietar a los confesores de la última opinión, que se debía comprometer a los confesores más rígidos a seguir el ejemplo de ellos, hasta que la santa sede se hubiera pronunciado.⁴⁴²

Por la misma época el vicario general de Besançon, ante las dudas planteadas en su diócesis sometió a la penitenciaría romana la duda relativa a si un confesor, conocedor de las

⁴⁴⁰ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXVII.

⁴⁴¹ Troplong, ob. cit., p. cit. nota anterior.

⁴⁴² Troplong, ob. cit., Préface, p. CLXVIII y CLXIX; Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 81 y nota 83.

antiguas leyes sobre la usura autoriza el préstamo a interés al 5% aun a aquellos que no tienen otro “título” que el emanado de la ley civil, debe no obstante ser absuelto o por el contrario comete un pecado, dada la ausencia en tal caso de los conocidos “justos” títulos (lucro cesante, daño emergente y peligro de pérdida del capital). La sagrada penitenciaría respondió mediante decisión del 10 de septiembre de 1830, que tal confesor no debía ser inquietado a condición que se prestara a aceptar en tiempo y lugar las decisiones definitivas de la santa sede sobre la materia.⁴⁴³

Una decisión similar la anterior, en el mismo día, se dio a un profesor de teología del seminario de Saint-Irené de Lyon, en cuanto a la suficiencia de la ley civil como título de justificación del interés.⁴⁴⁴

El 7 de septiembre de 1831 el Santo Oficio se expidió en similares términos a los antes manifestados, con motivo de una consulta planteada por el capítulo del colegio de Locarno en mayo de ese mismo año, diócesis de Côme, territorio suizo: se expidió conforme con los precedentes, en el sentido de que la cuestión no debía provocar inquietudes en tanto se aceptaran las decisiones de la Santa Sede cuando fuera del caso.⁴⁴⁵

Por cierto que las reseñadas disposiciones del Santo Oficio no han estado exentas de interpretaciones encontradas, en cuanto a si declaraban que el “título” de la ley civil es legítimo, o si solamente las citadas disposiciones se limitaron a no desaprobar a los que lo consideraban legítimo.⁴⁴⁶

Más clara, en el camino de adaptar la doctrina de la Iglesia a las nuevas circunstancias, fue la instrucción dictada en 1873 por la Sagrada Congregación de Propaganda Fide. La misma resumió las enseñanzas tradicionales de la Iglesia diciendo que: a) en el contrato de préstamo no se puede exigir nada por razón del contrato mismo; y b) sí es posible, en cambio, si ello es en virtud de un título “extrínseco”. En este último sentido aclaraba que, aún cuando faltasen otros títulos como el *lucro cesante*, el *daño emergente* y el *peligro de perder el capital* o *tener que*

⁴⁴³ Troplong, *Du Prêt*, Préface, ps. CLXIX y CLXX.

⁴⁴⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXXII.

⁴⁴⁵ El capítulo de Locarno poseía la mayor parte de sus prebendas en capitales provenientes de la abolición legislativa de los diezmos, con cuya renta mantenían a los canónigos, sus gastos y obligaciones.

Puesto que no tenían otra forma de obtener una renta suficiente para financiar sus actividades adecuadamente, recurrían a la colocación de tales capitales al 4% o 5% de interés, con seguridades inmobiliarias y cauciones.

Habida cuenta de tales circunstancias requirieron del santo oficio que determinara: 1) si tales circunstancias constituyen un título suficiente para prestar a interés y si ellas equivalen a los títulos aprobados por los teólogos; 2) si cualquier iglesia, monasterio, establecimiento religioso, pupilos u otras personas que se encuentren en la misma situación, pueden hacer fructificar su dinero de la misma manera; y 3) si el interés está justificado por las leyes civiles y el tácito y común consentimiento de los pueblos (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXXI Y CLXXII).

Ante la insistencia del teólogo, que continuaba convencido de que dicho punto de vista no se conformaba con los antiguos cánones, la santa penitenciaría le respondió el 24 de septiembre de 1831 que en efecto él era demasiado severo y que debía acatar las decisiones precedentes (Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXX y CLXXI).

⁴⁴⁶ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXXII.

hacer trabajos insólitos para recuperarlo, se puede dar por suficiente en la práctica el “título” de la *ley civil*.⁴⁴⁷

Ello no implicó que León XIII (1878–1903) en *Rerum novarum*, su conocida encíclica sobre la *cuestión social*, condenara tanto el socialismo como la *usura*.⁴⁴⁸ Pero la crítica ya no se refería al mecanismo jurídico–formal del interés en el préstamo, que tanto había preocupado a juristas, teólogos y canonistas de antaño, sino más bien a la *usura*⁴⁴⁹ en su sentido moderno de interés desmedido.

Prueba de ello fue que al codificarse el derecho canónico,⁴⁵⁰ se incluyó una disposición –el canon 1543– del siguiente tenor:

«Si se le entrega a alguien una cosa fungible, de tal suerte que pase a ser suya y después tenga que devolver otro tanto del mismo género, no se puede percibir ninguna ganancia por razón del mismo contrato; pero al prestar una cosa fungible no es de suyo ilícito estipular el interés legal, siempre que no conste que es excesivo, y aun uno más alto, si hay título justo y proporcionado que lo cohoneste.»⁴⁵¹

Con ello se abandonó definitivamente, para la Iglesia Católica, la cuestión del interés en los préstamos de dinero, en cuanto –cabe insistir– mecanismo jurídico formal.

En cuanto a la labor moralizadora de la Iglesia Católica en materia de ética económica, continuó ejerciéndose mediante diversos documentos, pero omitiendo toda mención al problema del préstamo a interés.⁴⁵²

⁴⁴⁷ Miguelez Domínguez, Lorenzo y otros, *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria - Texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1952, nota al canon 1543 del *Código de Derecho Canónico* de 1917, p. 580.

Max Weber dice sobre el particular que es sabido que la prohibición del préstamo a interés “fue derogada en el último siglo por Instrucción de la Congregación del Santo Oficio, ciertamente, solo *temporum ratione habita...* e indirectamente, prohibiendo perturbar al penitente con preguntas sobre la *usuraria pravitatis* cuando se duda de su obediencia en conciencia, aun en el caso de que el precepto volviese a estar en vigor.” (*La ética protestante...*, primera parte, capítulo II, nota 27, página 79 de la edición citada).

⁴⁴⁸ Johnson, *La historia del cristianismo*, ed. cit., p. 523.

⁴⁴⁹ Troplong recuerda que el interés era vulgarmente denominado *usura* entre los romanos. Sigue en su exposición a Saumaise, quien investigó sobre el origen de la palabra, y dice que los antiguos autores latinos (cita a Plauto en *Trinummus*) la empleaban en el sentido de *usus*. Pero en el caso del préstamo a interés, le adjudica otro sentido: empleado para expresar el dinero que paga quien pide prestado, significa el precio del uso y no el uso mismo. Así es como *vectura* significa el precio del transporte, *latura* el precio de la carga llevada por el jornalero y *mercatura* el precio de la mercadería. Entre nosotros –sigue Troplong– para bien o para mal, *usura* es empleada para designar un delito (Troplong, *Du Prêt*, art. 1905, N° 308, ps. 241-2).

En cambio, en todas las fuentes del derecho canónico, aún hasta en la bula *De Synodo Dyocesana* de Benedicto XIV, la expresión es usada en el sentido de cualquier interés que se perciba sobre el capital.

Concuerda con el actual significado de la expresión, en cuanto alude al interés excesivo o superior al permitido (y por extensión a todo negocio jurídico que implique explotación del prójimo): Carpentier y otros, *Répertoire...*, T° 36, voz “Usure”, N°1, p. 650 y Spota, en “El negocio jurídico...” J. A., 1962-vi, P. 77.

⁴⁵⁰ La actividad recopiladora del derecho canónico había decaído definitivamente luego de la recopilación del *Corpus Iuris Canonici* en 1580 por Gregorio XIII y la publicación del *Libro Séptimo de las Decretales* en 1661 –decretales de Sixto IV y V– (ver nota 184). No obstante ello la actividad legislativa había crecido significativamente y con ello los reclamos en el sentido de una unificación y clarificación de las disposiciones vigentes (en particular de los Obispos de todo el orbe cristiano, en oportunidad de convocarse el Concilio Vaticano I. Así fue que al asumir al papado Pío X (1903-1914) en 1903 puso en marcha dicha tarea, mediante la consulta de todos los Obispos y la designación de una comisión encargada de compatibilizar dicho material. Dicha tarea fue culminada bajo el papado de Benedicto XV (1914-1922), que sancionó el nuevo código en el año 1917, que entró a regir a partir del 19 de mayo de 1918 (conf. López Ortiz, en el *Prólogo al Código de Derecho Canónico*, ed. citada, ps. XXII y XXIII y *Prefacio al Código* por el Secretario de Estado del Vaticano, Cardenal Gasparri, ps. XLI a XLIII).

⁴⁵¹ *Código de Derecho Canónico*, ed. cit. p. 580.

⁴⁵² Por ejemplo en el documento denominado *Constitución Pastoral sobre la Iglesia y el Mundo -Gaudium et Spes-* aprobado por el Concilio Euménico Vaticano II el 7 de diciembre de 1965, en el capítulo III sobre “La vida económico social”, parágrafo N° 63, se dice: “...la economía moderna se caracteriza por un creciente dominio del hombre sobre la naturaleza... Sin embargo, no faltan motivos de inquietud. No pocos hombres, principalmente en las regiones económicamente avanzadas, parece que se gobiernan únicamente por la economía, hasta tal punto que

Finalmente, la última reforma al *Código de Derecho Canónico* sancionada por Juan Pablo II en 1983, no hace ya referencia alguna a la cuestión que comentamos, y eliminó la norma contenida en el canon 1543 del código de 1917.⁴⁵³

§ 27. La legislación civil contemporánea

El análisis de la legislación civil contemporánea, habrá de limitarse –para no darle un alcance inabarcable a esta parte del trabajo– a los países y fuentes que más influencia han ejercido y ejercen en nuestra doctrina y nuestro medio.

a) Francia

En Francia, las enseñanzas de Turgot de 1769 (§ 21) y la llamada secta de los “economistas” –unidas a la influencia de las provincias de derecho escrito que habían seguido aplicando la tradición del derecho romano– empezaron a exteriorizar sus consecuencias –aunque parcialmente– veinte años más tarde.⁴⁵⁴

Ello se manifestó con motivo de la crisis financiera del estado francés, presagio de la Revolución Francesa, que determinó la necesidad de convocar a los “estados generales”,⁴⁵⁵ los que reunidos en la Asamblea Constituyente, dictaron la ley del 3–12 de octubre de 1789, que consagró el derecho a percibir intereses en los préstamos, aunque sujetos a “la tasa determinada por la ley”, salvo en materia comercial, en la que la ley se remitió a los usos particulares. Con ello la ley estableció una distinción (que mientras todos los intereses habían estado prohibidos no era necesaria) entre el interés legítimo y el ilegítimo o usura.⁴⁵⁶

A partir de ese momento la tasa máxima de interés se aceptó que era la del cinco por ciento anual.⁴⁵⁷

toda su vida, personal y social, aparece como impregnada por un espíritu economístico, y esto tanto en las naciones de economía colectiva como en las demás...”

Más adelante, en la Sección Primera, párrafo 64, se agrega que “Así, pues, la actividad económica se ha de ejercitar según su método y sus leyes propias, dentro de los límites del orden moral, de modo que se realice el designio de Dios sobre el hombre...”

⁴⁵³ Ver en el *Código de Derecho Canónico Edición bilingüe*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983, el Libro V, “De los bienes temporales de la Iglesia”, Título III, “De los Contratos y principalmente la enajenación”, que elimina el canon 1543 que en el código de 1917 estaba contenido dentro de iguales libro y título. Esta reforma fue sancionada el 25-1-1983 y entró en vigencia para la Iglesia latina el 27-11-83.

⁴⁵⁴ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CLXXII.

⁴⁵⁵ Langer, *Enciclopedia de Historia...*, cit., ps. 878-9;

⁴⁵⁶ Troplong, *Du Prêt*, N° 346, p. 288; Carpentier y otros, *Répertoire...*, T° 24, voz “Intérêts”, N° 19, p. 618.

⁴⁵⁷ Troplong, *Du Prêt*, lug. cit. nota anterior. Se discute si la referencia de la ley de octubre de 1789 a la “tasa legal” era en la inteligencia de que una futura ley fijaría el interés máximo, o si lo era en el entendimiento de que la tasa legal era la que se había aceptado hasta ese momento para los contratos en los que el interés era permitido (que desde un edicto de febrero de 1770 se había fijado en el citado 5%): Carpentier y otros, *Répertoire...*, T° 24, voz “Intérêts”, N° 20, p. 618.

Las crisis financieras que siguieron durante las sucesivas fases de la Revolución Francesa determinaron una serie de medidas contradictorias, que oscilaron entre la fijación de una tasa máxima de interés y la libertad de su fijación.⁴⁵⁸

Más adelante, cuando Napoleón dispuso la redacción de un Código Civil, durante las discusiones previas que tuvieron lugar en enero de 1804, se pusieron de manifiesto dos tendencias: una partidaria de la fijación legal de la tasa de interés, y otra contraria a la intervención del legislador en la composición de los intereses privados.⁴⁵⁹ Finalmente el 9 de marzo de 1804 fue sancionado y el 19 del mismo mes promulgado, el título sobre el préstamo. El artículo 1905 ratificó la legitimidad del préstamo a interés.⁴⁶⁰ El artículo 1907 estableció que el interés podía ser legal (cuando lo fija la ley) o convencional, y que el convencional puede exceder el legal siempre que la ley no lo prohíba; agregó que la tasa de interés convencional debe ser fijada por escrito.⁴⁶¹

El Código Napoleón –como se dijo– no reguló la cuestión de intereses excesivos, ni tampoco relacionó la figura de la lesión con esta materia. En efecto, el referido código sólo reguló en sentido estricto la lesión enorme respecto del contrato de compraventa de inmuebles, a favor del vendedor, cuando el perjuicio alcance a las 7/12 partes del precio de la cosa (art. 1674).⁴⁶²

Así fue que hasta la ley del 3 de septiembre de 1807, la tasa de interés en los préstamos pudo ser fijada libremente. La mencionada ley –con relación a la cuestión del límite permitido para el pacto de intereses– siguió el sistema de la denominada lesión objetiva (un límite cuantitativo para resguardar la equivalencia de las prestaciones) y estableció en su artículo 2 el interés máximo en la tasa del 5% en materia civil y del 6% en materia comercial. En el artículo 1º prescribió que el interés convencional no podría exceder la tasa legal. Para el caso de

⁴⁵⁸ Ya reunida, la “Convención Nacional” debió afrontar una grave crisis financiera. Pretendió –mediante decreto del 11 de abril de 1793– impedir el descrédito del papel moneda, para lo cual prohibió la venta de dinero amonedado y los pagos en especie. Esto provocó una gran escasez de dinero y consiguiente elevación de la tasa de interés, a pesar de la ley de 1789. Dicha disposición fue derogada por una ley del 6 de floreal del año III y restablecida por otra del 2 de prairal del mismo año. Luego otra ley del 5 de termidor del año IV proclamó que cada ciudadano sería libre de contratar en la forma que le pareciera, y las obligaciones así contraídas serían ejecutables en los términos acordados. Entre tanto la jurisprudencia determinó que las disposiciones de 1789 limitativas de la tasa de interés, no eran exigibles. Una última disposición del 28 de vendimiario del año IV, regló la compra y venta de oro y plata, exigiendo que su precio se determinara según las cotizaciones de la Bolsa. En definitiva, recién con la normalización financiera y el restablecimiento del crédito se crearon las condiciones para que se pretendiera restablecer la vigencia de la ley limitativa del interés (Troplong, *Du Prêt*, N° 347, ps. 289 a 291; Carpentier y otros, *Répertoire...*, T° 24, voz “Intérêts”, N° 21 a 23, ps. 618 y 619).

⁴⁵⁹ En el consejo de Estado se manifestaron a favor de la primera postura MM. Cambacérés, Tronchet y Malleville; por la segunda M. Regnaud, M. Treilhard y M. Béranger. Finalmente prevaleció la posición favorable a la posibilidad de intervención del legislador, aunque éste no la utilizó en esta oportunidad, puesto que el Código Civil no fijó la cuantía de la tasa (Troplong, *Du Prêt*, N° 348, ps. 291-2).

⁴⁶⁰ “Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières”.

⁴⁶¹ “L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.”

⁴⁶² Planiol, Marcel - Ripert, George, *Tratado de derecho Civil Francés*, Habana, Cultural S. A., 1946, T° VI, N° 212, ps. 285/286; nota al art. 943 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

violación de las mencionadas disposiciones, la ley estableció en sus artículos 3 y 4 que los intereses percibidos indebidamente –conforme con lo establecido en los dos primeros artículos– deberían ser restituidos y reducidos a la tasa permitida; y que quienes se dedicaran habitualmente a la usura, podrían ser objeto de una pena de la mitad del capital prestado y podrían ser castigados con prisión de hasta dos años.⁴⁶³

Con el tiempo el alcance de dicha ley se fue limitando gradualmente, hasta eliminarse.⁴⁶⁴ La doctrina posterior se ha pronunciado en contra de la utilidad de este mecanismo objetivo de limitación de los intereses excesivos.⁴⁶⁵

En materia de intereses moratorios (los posteriores a la mora), el código de 1804 – artículo 1153– estableció como principio que los mismos corrieran solo a partir de su demanda en justicia.⁴⁶⁶ Con esto se adoptó el criterio –coherente con lo dispuesto por el artículo 1905 citado– que a menos que los intereses compensatorios (los correspondientes al período de disponibilidad de la cosa prestada por el acreedor) fueran expresamente pactados, la ley sólo reconocía la procedencia de intereses a partir de la mora.

En cuanto al régimen del anatocismo, cuando se discutió su regulación en el Consejo de Estado, Treilhard se opuso a la redacción del proyecto en discusión (art. 51), que proponía prohibir la capitalización de intereses en forma absoluta. Sostuvo que si se aceptaba la legalidad del pacto de intereses, no existía ninguna razón para impedir que los intereses devengados y vencidos constituyeran un nuevo capital y devengaran a su vez nuevos intereses. Dicho argumento persuadió al Consejo, que abandonó la idea de la prohibición absoluta y en lugar de ello aceptó la legitimidad del anatocismo, aunque sujeto a ciertas limitaciones, con el objeto de proteger de abusos a los deudores poco prevenidos.⁴⁶⁷ De ello resultó el texto del artículo 1154, que permite la capitalización, sea por demanda judicial o por un pacto especial, siempre se trate

⁴⁶³ Carpentier y otros, *Répertoire...*, Tº 24, voz “Intérêts”, Nº 27; 30 y 31, p. 619. Planiol - Ripert, ob. cit. Tº XI, Nº 1154 a 1159, ps. 438 a 444.

⁴⁶⁴ La vigencia de dicha ley fue suspendida por decreto del 15 y 18 de enero de 1814, hasta el 1º de enero de 1815 (Carpentier y otros, *Répertoire...*, Tº 24, voz “Intérêts”, Nº 32, p. 619).

La ley del 24 de junio de 1851 (art. 4) derogó la aplicabilidad de la ley de 1807 con relación a los Montes de Piedad, más tarde Establecimientos de crédito municipal (Planiol - Ripert, ob. cit., Tº XI, Nº 1154, p. 438, nota 4). El 9 de junio de 1857 la citada ley de 1807 fue dejada sin efecto con relación al Banco de Francia (Carpentier, ob. cit., Nº 34, p. 619; Planiol - Ripert, ob. cit., lug. cit.). El 10 de julio de 1885 la limitación a los intereses se dejó sin efecto con relación a los préstamos hipotecarios sobre “navires” (Planiol - Ripert, ob. cit., lug. cit.). La ley del 12 de junio de 1886 derogó la ley de 1807 con relación a la materia comercial (Carpentier, ob. cit., Nº 35, p. 619).

Finalmente, la ley en cuestión fue suspendida, en materia civil, por ley del 18 de abril de 1918 (Planiol - Ripert, ob. cit., Nº 1154, p. 438).

⁴⁶⁵ Sobre el particular se ha dicho: “De hecho, la lucha de la ley y los tribunales contra la usura no ha dejado, desde 1807, de caer en desuso. Por repudiable que sea la usura puede pensarse que una buena organización del crédito es mejor, si se quiere suprimirla en nuestra civilización actual, que las disposiciones rígidas de la ley. Mil medios existen en efecto para los verdaderos usureros, por los cuales se burlan de estas disposiciones, y la seguridad que echan sobre el comercio honrado puede ser fatal. Un tomador o prestatario solvente obtiene fácilmente hoy quien le preste al tipo del mercado, tipo que apenas puede la ley reducir. En cuanto al de solvencia dudosa, parece desgraciadamente difícil impedir que el que le da dinero a préstamo compense por el aumento de los intereses exigidos, sus riesgos de pérdida del capital. La mayoría de las legislaciones extranjeras en la actualidad carece de toda limitación del tipo de interés” (Planiol - Ripert, ob. cit. Nº 1154, ps. 438/9).

⁴⁶⁶ Carpentier y otros, *Répertoire...*, Tº 24, voz “Intérêts”, Nº 25, p. 619.

⁴⁶⁷ Messa, ob. cit., Nº 52, p. 103.

–en cualquiera de ambos casos– de intereses debidos por un año.⁴⁶⁸ Ello ha sido entendido en el sentido que en ambos casos debe tratarse de intereses vencidos.⁴⁶⁹

b) *España*

España, por su parte, que también había sido reticente para la aceptación de los intereses en el préstamo de dinero (primero en forma terminante en la legislación anterior al siglo XIX; y con reticencias en la regulación del mutuo en el Código de Comercio de 1829 que luego se verá), por ley del 14 de marzo de 1856 derogó el sistema que había regido de prohibición del interés. Así, en el artículo 1º de la citada ley se estableció que “podrá pactarse convencionalmente interés en el simple préstamo, pero este pacto será nulo si no consta por escrito”. A partir de la citada norma, la fijación de los intereses ha sido dejada al libre arbitrio de las partes, salvo los casos que más tarde –el 23 de julio de 1908– quedaron comprendidos en la ley de usura.⁴⁷⁰

La citada ley, conocida como ley Azcárate se aparta del sistema de lesión objetiva para limitar los intereses excesivos. Para ello establece que será nulo todo contrato de préstamo (en esta ley sólo son usurarios los contratos de préstamo) en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las condiciones del caso, o cuando haya motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Dicha disposición se complementa con una directiva procesal en materia de prueba, según la cual los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes.⁴⁷¹

En cuanto al anatocismo, el mismo no está prohibido en la legislación española, aun en el caso que fuera pactado con carácter previo, sin perjuicio de las facultades atribuidas a los tribunales por la ley de usura que se acaba de comentar.⁴⁷²

⁴⁶⁸ “Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, or par une convention spéciale, pourvu que soit dans la demande, soit dans la convention il s'agisse d'intérêt dus au moins pour une année entière.”

⁴⁶⁹ Planiol - Ripert, ob. cit., Tº VII, Nº 887, ps. 198/202.

⁴⁷⁰ Escriche, *Diccionario...*, voz “Interés legal e interés convencional”, nota a la edición fechada en Madrid en 1876, de la Imprenta de Eduardo Cuesta, vol. 4º, p. 395; Pérez González, Blas y Alguer, José, en las notas de adaptación a la legislación española, en la obra de Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolf, Martin, *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*, 11ª revisión por Lehman, Heinrich (tr. castellana de Blas Pérez González y José Alguer, de la 35ª edición alemana, 2ª edición al cuidado de Puig Brutau), Barcelona, Editorial Bosch, Tº II, vol. I, § 9, p. 60.

⁴⁷¹ Pérez González - Alguer, en sus comentarios a Enneccerus, cit. en nota anterior, lug. cit. y Tº II vol. I, § 179, ps. 321 a 322.

⁴⁷² Pérez González - Alguer, ob. cit., lug. cit. nota anterior.

c) *Italia*

En Italia el primer antecedente de reconocimiento de la libertad para determinar la tasa de intereses convencionales data de la ley piamontesa del 5 de junio de 1857.⁴⁷³ Luego, el Código Civil de 1865 reprodujo en sus artículos 1831 y 1832 las disposiciones del citado antecedente.⁴⁷⁴ Dicho principio –no obstante– resultó limitado por dos disposiciones, con el propósito de limitar los abusos: por un lado los intereses que excedieran la tasa legal, en materia civil, debían ser pactados por escrito bajo pena de nulidad (art. 1831 últ. parte); en segundo lugar el deudor tendría siempre, no obstante pacto en contrario, derecho a dar por extinguida la obligación principal después de un quinquenio, no obstante que se hubiera convenido un plazo mayor (art. 1832).⁴⁷⁵ De cualquier modo la doctrina, si bien reclamaba la sanción de una norma específica sobre la usura, había entendido que el negocio usurario era nulo en virtud de la falta de causa y por ser contrario a la buena fe (arts. 1140 y 1124 cód. civil 1865).⁴⁷⁶

Sobre la materia del anatocismo, cuando el legislador italiano discutió la cuestión, el Guardasellos dijo –ampliando los argumentos que habían sido esgrimidos en la discusión de igual disposición del Código Napoleón– que

«si el deudor paga puntualmente los intereses, el acreedor podría obtener provecho de esa suma facilitándola a un tercero: ¿por qué razón no se ha de admitir que se le facilite en préstamo al mismo deudor? A su vez, si este quiere hacer honor a su crédito y no tiene dinero para pagar los réditos de su deuda, deberá contraer con un tercero un préstamo por esa suma, en razón del cual tendría que pagarle intereses: por qué no se puede admitir que su mismo acreedor anterior le otorgue un nuevo crédito?».⁴⁷⁷

En virtud de lo expuesto, el Código italiano de 1865 siguió en líneas generales la solución del Código Napoleón, dejando librada las cuestiones del anatocismo en materia comercial, a los usos y costumbres.⁴⁷⁸

Por su parte, el Código Civil Italiano de 1942, que unificó el régimen aplicable a los contratos y obligaciones civiles y comerciales, siguió en lo general las mismas soluciones del Código Civil de 1865, aunque introdujo una regulación específica de la usura, adoptando un

⁴⁷³ Messa, ob. cit., N° 217, p. 346.

⁴⁷⁴ “L’interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti” (art. 1831 2ª parte; Messa, ob. cit. lug. cit. nota anterior).

⁴⁷⁵ Messa, ob. cit., N° 220, ps. 349/350.

⁴⁷⁶ Butera, *Il Digesto Italiano*. cit., vol. XXIX, voz “Usura”, N° 12, p. 130 y N° 19, p. 134 y sig.

⁴⁷⁷ Messa, ob. cit., N° 54, p. 106.

⁴⁷⁸ “Art. 1232. Gli interessi scaduti possono produrre altri interessi, o nella tassa legale e dal giorno della domanda giudiziale, o in vigore di una convenzione posteriore alla scadenza dei medesimi nella misura che verrà pattuita. Nelle materie commerciali l’interesse degli interessi è, inoltre, regolato dagli usi e dalle consuetudini. L’interesse convenzionale o legale sugli interessi scaduti sopra debiti civili non comincia a decorrere se non quando trattasi di interessi dovuti per un’annata intiera, salvo, però, riguardo alle casse di risparmio quanto fosse altrimenti disposto dai rispettivi loro regolamenti.” (Messa, ob. cit., N° 53, p. 105).

“Art. 1233. Le rendite scadute, come i fitti, le pigioni ed i frutti maturati delle rendite perpetue o vitalizie, producono interessi dal giorno della domanda giudiziale o della convenzione. La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti e per lgi interessi pagati da un terzao al creditore a scarico del debitore.” Caraffa, Tito, *Il Digesto Italiano*, cit., vol. III, 1895, voz “Anatocismo”, N° 9, p. 200).

mecanismo mixto de lesión subjetiva–objetiva, basado en parte en la nueva línea del código alemán, y en parte en el viejo sistema objetivo.⁴⁷⁹

d) *Alemania*

En Alemania, que no se había recibido la prohibición canónica de los intereses en el préstamo de dinero, el derecho consuetudinario había fijado como tipo de interés máximo el 5%. Pero por ley del 12 de octubre de 1867 se derogó tal interés máximo. Dicha disposición –a su vez– fue más tarde derogada. No obstante ello, la doctrina considera que el Código Civil Alemán acepta implícitamente la libertad de contratación de los intereses, salvo el supuesto de usura.⁴⁸⁰ Aunque según el § 247 del Código Civil Alemán,

«si se ha pactado un tipo de interés superior al 6% por año, el deudor puede, después del transcurso de seis meses, denunciar el capital con observancia de un plazo de denuncia de seis meses. El derecho de denuncia no puede ser excluido ni limitado por contrato. Estas disposiciones no valen para las obligaciones al portador.»

La citada norma fue provisionalmente derogada en razón de la gran elevación del tipo de interés por ley del 3 de marzo de 1923.⁴⁸¹

En cuanto al régimen aplicable a los intereses excesivos, luego de la derogación del interés máximo por la citada ley de 1867, siguió siendo punible tanto la usura como la promesa de intereses usurarios. Pero ya los tribunales no pudieron aplicar el viejo concepto *objetivo* de usura (exceso de un límite cuantitativo). Por ello, los tribunales recurrieron al remedio de declarar contrarios a la moral y nulos, los negocios a interés que implicaban una explotación. Sustentada en esta idea, la ley del 24 de mayo de 1880 acuñó el nuevo concepto de usura de *crédito* o *pecuniaria*: “explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o inexperiencia mediante la estipulación de ventajas desproporcionadas en la concesión de un mutuo o en la

⁴⁷⁹ Con relación al mutuo, el código de 1942 establece: “Art. 1815. *Intereses*. Salvo voluntad diversa de las partes, el mutuuario deba abonar intereses al mutuante. Para la determinación de los intereses se observan las disposiciones del art. 1284. Si se han convenido intereses usurarios, la cláusula es nula y los intereses se deben sólo en la medida legal.”

En cuanto al régimen de los intereses: “Art. 1282. *Intereses en las obligaciones pecuniarias*. Los créditos líquidos y exigibles de sumas de dinero producen intereses de pleno derecho, salvo que la ley o el título establezcan otra cosa. Salvo pacto en contrario, los créditos por arrendamientos y alquileres no producen intereses sino desde la constitución en mora. Si el crédito tiene por objeto reembolso de gastos hechos por cosas a restituir, no corren intereses por el período del tiempo durante el cual quien ha hecho los gastos había gozado de la cosa sin compensación y sin estar obligado a rendir cuentas del goce.

“1283. *Anatocismo*. A falta de usos en contrario, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la demanda judicial o por efectos de convención posterior a su vencimiento, y siempre que se trata de intereses debidos al menos por seis meses.”

“1284. El tipo de los intereses legales es del cinco por ciento por año. Al mismo tipo se computan los intereses convencionales, si las partes no han determinado su medida. Los intereses superiores a la medida legal deben ser determinados por escrito; en otro caso se deben en la medida legal.”

En cuanto a la rescisión de los contratos por lesión, el código de 1942 prescribe: “Art. 1448: Si hubiese desproporción entre la prestación de una de las partes y la de la otra y la desproporción dependiese del estado de necesidad de una de ellas, de la que se ha aprovechado la otra para obtener ventaja, la parte damnificada podrá demandar la rescisión del contrato. La acción no será admisible si la lesión no excediese la mitad del valor que la prestación ejecutada o prometida por la parte damnificada tenía en el momento del contrato. La lesión debe perdurar hasta el momento en que se proponga la demanda. No podrán ser rescindidos por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la división.”

⁴⁸⁰ Enneccerus, ob. cit., Tº II, vol. I, § 9, p. 58 y nota 1.

⁴⁸¹ Enneccerus, ob. cit., Tº II, vol. I, § 9, p. 59.

prórroga de un crédito pecuniario”. Por su parte, la ley del 19 de junio de 1893 declaró punibles otros supuestos de explotación, en casos de estipulación de ventajas desproporcionadas en otros tipos de negocios, conformando lo que se llamó usura *material*.⁴⁸² Finalmente, ambas formas de usura fueron unificadas por el § 138 del Código Civil Alemán, que se convirtió así en el primer antecedente civil de regulación de los intereses excesivos mediante el instituto de la *lesión subjetiva*.⁴⁸³

El Código Civil Alemán (§ 248) se pronuncia por la nulidad del pacto de capitalización de intereses (anatocismo), cuando el mismo es establecido con anticipación al devengamiento o exigibilidad de los mismos. Sin embargo, establece para ello dos importantes excepciones: a) las cajas de ahorro, los establecimientos de crédito y los bancarios, pueden convenir que los intereses no cobrados de las imposiciones, sean considerados como nuevas imposiciones generadoras a su vez de intereses; b) los establecimientos de crédito autorizados para emitir a interés obligaciones al portador para las sumas de los préstamos por ellos facilitados, pueden hacerse prometer de antemano, en tales préstamos, el interés de los intereses atrasados. Una tercera excepción la constituye el § 355 de Código de Comercio, que luego veremos, con relación a la cuenta corriente.⁴⁸⁴

§ 28. La legislación comercial contemporánea

Como en el caso de la legislación civil (§ 27), el alcance de la exposición relativa a la comercial será el mismo con que se encaró la anterior. A lo expuesto hay que agregar que a diferencia de la forma en que se comentaron las costumbres comerciales durante las edades media (§ 19) y moderna (§ 24), a partir de la codificación napoleónica, la regulación del comercio en Europa perdió la unidad que la había caracterizado mientras su fuente fue la costumbre.⁴⁸⁵

⁴⁸² Enneccerus, ob. cit., Tº II, vol. I, § 179, ps. 316 y 317.

⁴⁸³ “Es usura la explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, haciéndole prometer o conceder, para el estipulante o para un tercero y a cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que exceden de tal modo del valor de la prestación que, dadas las circunstancias, se hallan con ésta en una desproporción extraordinaria.” La consecuencia del negocio jurídico usurario (que puede ser tanto un préstamo como cualquier otro negocio oneroso), es la nulidad, según el § 139 (Enneccerus, ob. cit., Tº II, vol. I, § 179, ps. 317 y 318).

⁴⁸⁴ Enneccerus, ob. cit., Tº II, vol. I, § 9, p. 59.

⁴⁸⁵ Fremery, ob. cit., p. 19.

a) Francia

Como es sabido, el Código de Comercio francés de 1807, basado en las costumbres y estatutos comerciales que le precedieron, contuvo fundamentalmente disposiciones referidas a lo que se puede denominar un “estatuto del comerciante” (deberes, cargas y privilegios propios de tal actividad). No contuvo, salvo pocas excepciones, disposiciones de fondo sobre figuras o contratos en particular, los que se encontraban regidos por la ley común, o sea la civil.⁴⁸⁶ Por lo tanto, no hubo en el Código de Comercio francés ninguna regulación sobre el mutuo ni sobre los intereses.

Los mutuos de los comerciantes quedaron comprendidos, primero por lo dispuesto por la mencionada ley del 3-12 de octubre de 1789 que había establecido la posibilidad de pactar intereses en los préstamos aunque sujetos a “la tasa determinada por la ley”, salvo en materia comercial, en la que la ley se había remitido a los usos particulares (nota 476), y luego por la ley del 3 de septiembre de 1807 que había fijado el interés máximo en el 6% anual (nota 483), que finalmente fue derogada respecto de la materia comercial por ley del 12 de junio de 1886 (nota 484).

Por su parte la doctrina francesa entendió que ciertas disposiciones civiles relativas a la prohibición de la capitalización de intereses no se aplicaban en materia de la cuenta corriente comercial en virtud del principio de la indivisibilidad de la cuenta corriente, según el cual las partidas de intereses que se cargan a la cuenta pierden la individualidad de tales, y se convierten en una partida más (habida cuenta del efecto novatorio que produce la incorporación de cada partida que a la cuenta).⁴⁸⁷

b) España

Pero, habida cuenta de que la jurisprudencia de los tribunales comerciales franceses fue apartándose en algunos aspectos de las soluciones de los tribunales civiles, y que ello dio origen a la aparición de ciertas reglas aplicables a las obligaciones comerciales,⁴⁸⁸ tenemos configurado un antecedente que luego derivó en una doble regulación de los contratos: por un lado en el Código Civil (como ya había sucedido con el Código Civil francés), y luego también en los códigos de comercio.

⁴⁸⁶ Le Pera, *Cuestiones...*, ps. 29 y 30.

⁴⁸⁷ Planiol - Ripert, ob. cit., Tº VII, ps. 205/6.

⁴⁸⁸ Le Pera, *Cuestiones...*, p.33.

Así resultó que en el camino que condujo a la introducción de dicha doble regulación de los contratos, a lo antes expuesto se agregó el caso del Código de Comercio español, cuya redacción fuera encargada por Fernando VII a una comisión, y fue promulgado el 30 de mayo de 1829. Este código incorporó como novedad en su libro segundo, disposiciones sobre los contratos de comercio. En este caso, la circunstancia que determinó la inclusión de reglas sobre los contratos, fue la ausencia de una codificación civil, del mismo modo que ello incidió en la redacción original del Código de Comercio argentino.⁴⁸⁹

En el título XII del citado código, dedicado a “De los Préstamos y de los Réditos de las Cosas Prestadas”, se estableció la licitud de los intereses en el mutuo, siempre que hubieran sido pactados por escrito, o que mediara retardo en la devolución de la cosa prestada e interpelación a la devolución (arts. 388 y 394 cód. cit.). Tanto para los intereses compensatorios convencionales, como para los moratorios legales, la ley estableció una tasa máxima del 6% anual (art. 398 y 397 cód. cit., respectivamente), sujeta a las reformas que pudiera hacerse por ley expresa (art. 399 cód. cit.). Dicha tasa máxima no era aplicable a los descuentos de las letras de cambio, pagarés a la orden y demás valores de comercio endosables (art. 400 cód. cit.). En materia de anatocismo (art. 402 cód. cit.) se estableció que los intereses de los préstamos no devengarían nuevos intereses, sino mediando liquidación que los incluya en nuevo contrato como parte del nuevo capital, o bien que por común acuerdo o declaración judicial, se fije el saldo de una cuenta, siempre que se trate de obligaciones vencidas y exigibles.⁴⁹⁰

c) Italia

En cuanto a Italia, se había entendido que en materia comercial, habida cuenta de la llamada “autonomía” del derecho comercial, sumada a la remisión que hacía el artículo 1232 del

⁴⁸⁹ Le Pera, *Cuestiones...*, ps. 35 a 37.

⁴⁹⁰ “Art. 388. Los comerciante que retarden el pago de sus deudas después de cumplidos los plazos estipulados con sus prestadores, quedan obligados a pagar el rédito corriente que corresponda al importe de aquellos desde el día en que conste en forma auténtica que fueron interpelados al pago, bien en virtud de providencia judicial, o simplemente por requerimiento extrajudicial que les haga el acreedor por ante un escribano público o real.

Toda estipulación sobre réditos hecha verbalmente será ineficaz en juicio.

“Art. 397. En los casos en que por disposición legal está obligado el deudor a pagar al acreedor réditos de los valores que tiene en su poder, serán estos réditos de un seis por ciento al año sobre la capitalidad de la deuda.

“Art. 398. El rédito convencional que los comerciantes establezcan en sus préstamos, no podrá exceder del mismo seis por ciento.

“Art. 399. La fijación del rédito, tanto legal como convencional, que se hace en los dos artículos precedentes, se entiende provisional, y queda sujeta a las reformas que se hagan por ley expresa, y no por costumbre ni de otro modo alguno, con arreglo a las vicisitudes de las causas que influyen en el valor relativo de la moneda.

“Art. 400. Los descuentos de las letras de cambio, pagarés a la orden y demás valores de comercio endosables, no están sujetos a la tasa del seis por ciento; y las partes los contratarán con entera libertad a precios convencionales.

“Art. 401. No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de duda comercial, mientras que hecha liquidación de estos no se incluyen en nuevo contrato, como aumento de capital; o que bien de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fija el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar, sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado.” (Escriche, *Diccionario...*, Suplemento, p. 1715).

Código Civil de 1882 a los usos y costumbres comerciales y a la tolerancia de tales usos hacia la capitalización de los intereses, era permitido el anatocismo.⁴⁹¹

Por su parte el Código de Comercio italiano de 1882 había regulado la cuestión de los intereses sólo con relación al anatocismo, respecto de la cuenta corriente.⁴⁹² Luego, en 1942, con motivo de la sanción del Código Civil, la materia comercial quedó unificada con la civil, con lo que entraron a regir las disposiciones ya comentadas, de dicho cuerpo legal.

d) Alemania

En cuanto al Código de Comercio Alemán, agrega también a la regulación de los intereses, disposiciones especiales relativas al anatocismo, estableciendo una nueva excepción – además de las dos que ya establecía el Código Civil– a la prohibición general de éste último código. Prescribió que en la cuenta corriente se puede exigir interés por los saldos de la misma, si al menos una de las partes es comerciante, desde el día del cierre, aunque en el saldo vayan también incluidos intereses (§ 355).⁴⁹³

§ 29. El régimen de los intereses en el derecho argentino

a) Código Civil: postura de Vélez Sarsfield sobre la libertad de tasas

Nuestro codificador civil estableció en el artículo 621, la posibilidad de convenir intereses en las obligaciones de dar sumas de dinero, así como la validez del convenio de partes relativo a su cuantía. Se apartó así de la tendencia mayoritaria de su época, según surge de la nota a dicho artículo: “Regularmente los códigos de Europa son contrarios a la libertad de las convenciones sobre intereses de los capitales”. En el contrato de mutuo también permitió la existencia de intereses compensatorios, pero siempre que hubieran sido pactados expresamente; así surge del artículo 2243, que establece que el mutuo puede ser gratuito u oneroso, y del artículo 2248, según el cual no habiendo convención sobre intereses, el mutuo se presume gratuito y los intereses corren sólo desde la mora del deudor.

⁴⁹¹ Caraffa, *Il Digesto Italiano*, voz “Anatocismo”, vol. III, N° 29, p. 205.

⁴⁹² “Art. 345. Il contratto di conto corrente produce... 3° la decorrenza dell'interesse sulle somme annote in conto corrente, a debito del ricevente, dal giorno dell'esazione. L'interesse è calcolato a giorni ed alla ragione commerciale, se non è convenuto diversamente.”

...
⁴⁹³ “Art. 347. La chiusura del conto corrente e la liquidazione della differenza hanno luogo alla scadenza dei termini stabiliti dalla convenzione o dagli usi del commercio e in difetto alla fine del dicembre di ogni anno. Sulla differenza decorre l'interesse dalla data della liquidazione.” (Caraffa, *Il Digesto Italiano*, voz “Anatocismo”, vol. III, N° 31, p. 205.)

⁴⁹³ Enneccerus, ob. cit., T° II, vol. I, § 9, p. 59.

En cuanto a la libertad de la tasa del interés, Vélez Sarsfield la ratificó en la nota al artículo 943, cuando se pronunció en contra de la lesión enorme o enormísima, como vicio de los actos jurídicos. Luego de manifestar que la mayoría de los códigos no generalizan dicha doctrina, sino que la legislan como un vicio propio sólo del contrato de compraventa, pasa revista a la forma dispar en que la legislaban distintos códigos, poniendo de manifiesto la desigualdad de criterios con que lo hacían. Concluye la nota con su punto de vista contrario a dicha institución, diciendo:

«...finalmente dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error, ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos.»

b) *Fundamento para la reducción de intereses en la jurisprudencia y doctrina*

Durante los primeros años de aplicación del Código Civil por nuestros tribunales, se aceptó el principio de la plena libertad de las partes para pactar la tasa de interés en los préstamos de dinero. Pero alrededor de los años 30 la jurisprudencia comenzó a establecer límites a dicha facultad. Este cambio jurisprudencial se verificó al mismo tiempo en que comenzaron a establecerse regulaciones legales a las tasas de interés (como por ejemplo el art. 6 ley 11741 que limitó la tasa de interés a percibir en los préstamos hipotecarios, o el art. 6 de la ley de bancos 12156, que estableció límites a las tasas pasivas a pagar por los Bancos, entre otras disposiciones) al calor del cambio de perspectiva que impuso en el mundo el llamado *new deal*, luego de la crisis económica iniciada en 1929.

El fundamento en que se basó dicho cambio jurisprudencial fue que los intereses superiores a cierto límite eran contrarios a la *moral* y las *buenas costumbres*, y por ende sujetos a nulidad parcial (en cuanto al exceso del límite permitido), en virtud de lo dispuesto por los artículos 21, 953 y 1039 del Código Civil.⁴⁹⁴ Dicho criterio fue indirectamente convalidado por la Corte Suprema de Justicia.⁴⁹⁵

La doctrina sostuvo que el fundamento de esta corriente jurisprudencial que declaraba la nulidad de los intereses pactados por encima de una cierta cantidad no era el de la *lesión objetiva* –rechazada por nuestro codificador expresamente en la citada nota al art. 943 del Código Civil– sino que el recurso al artículo 953 se hacía bajo el reconocimiento de que dicha norma daba cabida al principio de la *lesión subjetiva*. Pero que cuando nuestros tribunales se atienen a un

⁴⁹⁴ Spota, Alberto G., “El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil”, en J. A. 1962-VI, p. 89 y sig.

⁴⁹⁵ Caso “Ramos Mas, Manuel E. v. Nación”, Lexis N° 10001369 del 17/3/1944. En el expresado caso referido a la licitud de ciertos impuestos locales que gravaban la actividad de prestamista, se manifestó que la mencionada “no es profesión honorable ni reconocidamente útil”, cuando los intereses cobrados alcanzan al 2% o 3% mensual, y que en consecuencia “asiste al Estado la facultad de reglamentar y limitar ciertas industrias y actividades, con miras a la defensa y afianzamiento de la moral, salud y aun de la conveniencia colectivas”.

criterio meramente cuantitativo (objetivo), para determinar la nulidad de los intereses superiores, aplican el principio de la lesión subjetiva,

«sin admitir la prueba adversa de que no medió mala fe, explotación o abuso del contratante... No significa ello un retorno simple a la lesión objetiva o lesión enorme, sino el ejercicio de un sano arbitrio judicial para que la lucha contra la usura no se vea impedida por una prueba diabólica como lo es, en muchos casos, la referida explotación de la necesidad, inexperiencia, debilidad o ligereza ajenas».⁴⁹⁶

Hubo en nuestra doctrina algunas opiniones fundadas en las ideas que llevaron al desarrollo del concepto de la lesión subjetiva,⁴⁹⁷ en contra de este criterio.⁴⁹⁸ Hay que señalar que tales opiniones fueron aisladas, sin perjuicio de haberse visto reflejadas en algunas pocas decisiones judiciales.⁴⁹⁹ Es del caso que luego de la reforma al artículo 954 del Código Civil por

⁴⁹⁶ Spota, ob. cit., J. A. 1962-VI, p. 92.

⁴⁹⁷ Recuérdese que para Turgot, en todo intercambio de prestaciones, las valoraciones de los contratantes son, en principio idénticas: cada uno atribuye a la cosa que recibe un valor superior que el que le atribuye a la que entrega. Sólo cabe un juicio de reproche a la equivalencia de las contraprestaciones, que para las partes ha sido satisfactoria, por referencia a un valor *corriente*. Por lo tanto, sólo es posible la reprobación de la conducta de quien ha obtenido en una transacción un precio superior al corriente, por el hecho del *abuso* de la violencia, el fraude o la mala fe que pudo haber inducido a alguien a pagar por algo más de lo que habría pagado a otro en las condiciones habituales (ob. cit., caps. IX y X, ps. 154 a 158; ver *supra* § 21 y nota 336 y siguientes).

⁴⁹⁸ Sostuvo Rodolfo Rotman que el cobro de intereses excesivos no es una conducta que sea susceptible de ser calificada como contraria a la *moral* o a las *buenas costumbres*. Consideró que en el uso corriente, ambas expresiones son bien distintas una de otra: ejemplificó el segundo de dichos conceptos con el caso de un ebrio consuetudinario, quien a la par que molestaría con su comportamiento a sus vecinos, ofrecería a sus hijos deplorables ejemplos de alcoholismo. Pero si además de lo dicho, la persona del ejemplo impulsara a una hija a la prostitución con el objeto de conseguir dinero para sustentar su vicio, diríamos que su comportamiento es *inmoral*.

Luego de pasar revista a las opiniones de la doctrina civilista sobre el alcance de ambos conceptos, la que en general se inclina a usarlos como equivalentes, y a los distintos casos en que el codificador ha empleado ambas expresiones, concluyó que no se puede generalizar un uso uniforme por parte de Vélez Sarsfield, al respecto: en algunos casos los ha diferenciado y en otros los ha utilizado indistintamente.

Sobre la base de tales consideraciones, Rotman sostuvo que luego de tal análisis “sabríamos al menos que ‘moral’ y ‘buenas costumbres’ son dos conceptos que mentan algo distinto; que sus contenidos no son metafísicos, sino que designan en forma universal dos series de conductas valoradas por el hombre del común; y que hay que interpretar elásticamente las normas civiles que tratan el asunto. Y bien, sobre esas bases, tenemos para nosotros que lo relativo a la *tasa de interés* es materia extraña al principio de *moralidad*, pues la experiencia enseña que en los usos idiomáticos, de los muchos y muy duros calificativos aplicados al usurero no forma parte la tacha de ‘inmoral’, y porque hay distancias evidentes entre el individuo que persigue un lucro, aunque sea excesivo, y, v. gr. el padre que prostituye a su propia hija (arg. art. 307 inc. 3°). Y estimamos igualmente que la conducta del prestamista usurero, en cuanto tal, queda fuera del radio de las *buenas costumbres*, como lo están conductas enteramente análogas: por ejemplo, el caso de los comerciantes que aprovechando un momento de escasez obtienen ganancias astronómicas; el del constructor que vende departamentos a precios exorbitantes aprovechando las urgencias de sectores humildes de la población, etc. No parece que haya sido distinta la consideración que el asunto mereció al codificador. En efecto, su nota al art. 3222 justifica la nulidad del pacto comisorio en el contrato de prenda para evitar que los acreedores oculten ‘los más graves abusos’. Este término ‘abuso’ constituye la apropiada y específica calificación que el irregular negocio merece, y no el de ‘inmoralidad’ o acto contrario a las ‘buenas costumbres’, pues que está en la misma línea de los otros actos ‘abusivos’ que los individuos cometen a impulsos de un insaciable afán de lucro: no sabemos en mérito a qué razones, cuando el ‘abuso’ se perpetra en la tasa del interés ha de llamarse ‘inmoralidad’, mientras que cuando el ‘abuso’ se practica en otras vías paralelas, ha de llamarse simplemente ‘abuso’, aunque las condiciones y los efectos conserven tocantes analogías... “La frase ‘moral y buenas costumbres’ ha adquirido, cuando se juzga la validez de la tasa de interés, el carácter de una mención puramente esotérica y ritual; se dice que un tipo dado de interés resulta o no contrario a la moral, etc. pero no se discute por qué el principio de moralidad ha de jugar en la resolución del caso considerado, ni por qué ha de inspirar cierta solución en vez de la solución opuesta... “Es muy probable que los mutuos usurarios hayan repugnado la sensibilidad humana de los magistrados y que no hallando en la ley motivaciones claras para impedirlos, se echara mano del polivalente concepto de “moral y buenas costumbres”, para frenar así lo que por otro conducto se ha supuesto imposible. Y aunque ese propósito se inspire en altos ideales de justicia con los que no podemos estar sino absolutamente de acuerdo, opinamos sin embargo que en la fórmula esgrimida no queda tipificada la conducta usuraria...” Rotman, Rodolfo B. “La fórmula moral y buenas costumbres y la tasa del interés” en L. L. t. 110, p. 683 y sig.

⁴⁹⁹ En los autos “Garibay, Alejo y otra c. El Arco S. C. A.”, la Cámara de Apelaciones de Dolores, con fecha 23/5/72, sostuvo que la reducción de intereses, por causa de lesión, es cuestión que debe resolverse a la luz del artículo 954 del Código Civil en su nueva formulación (J. A. T° 21-1974, p. 547 y sig.). En igual sentido resolvió la Cámara Civil y Comercial de Morón, sala 2°, en autos “Rodríguez, Irene v. Cía. Financiera Tesei S.A.”, del 26/09/85 (J. A. 1986-III-487), que a partir de la reforma del Cód. Civil del 68, la reducción de intereses se encuadra en el art. 954 (nulidad parcial) y no en el 953 (nulidad absoluta e imprescriptible).

Un interesante desarrollo en tal sentido se encuentra en el voto del Dr. Peralta Mariscal, en el fallo de la Cám. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala 2°, correspondiente a los autos “Leandro, Emiliano v. Molina, Pedro L.”, del 20/05/08, publicado en SJA 15/10/2008 y Lexis N° 70047468: ver un comentario de los detalles del caso en la nota 1185 y texto con ella relacionado en el fallo N° XXVIII del APÉNDICE 15. En dicha oportunidad dijo el citado magistrado en el considerando 20) de su voto que “acudir a estas normas [se refiere a los arts. 502 y 953 del Cód. Civil] como fundamento para la reducción de tasas de interés desmesuradas se transformó en una necesidad antes de la entrada en vigencia de la ley 17711; pero veremos luego que una vez reformado el Código Civil en el año 1968, la apelación como único fundamento a la ilicitud de la causa y del objeto de los actos jurídicos no constituye una adecuada aplicación del orden jurídico. Ciertamente, echar mano en forma directa a los arts. 502 y 953 implica un mal uso del sistema del Código Civil, donde existe un subsistema perfectamente delimitado para disponer la invalidez o la

la ley 17711 –que introdujo en nuestro derecho la figura de la lesión subjetiva–⁵⁰⁰, se ha sostenido:

«la creación pretoriana fundada en el art. 953 tenía razón de ser cuando no existía ninguna norma que previese los actos lesivos; pero hoy, que el legislador ha procurado enmarcar cuidadosamente esa figura, resultaría muy peligrosa una nueva labor pretoriana que, so pretexto de vagas apelaciones a los conceptos de moral y buenas costumbres –como lo ha dicho la Cámara de Dolores–, pretendiese burlar los límites que el legislador ha fijado en el art. 954».⁵⁰¹

c) *Límites judiciales a los intereses pactados: hasta la convertibilidad*

Es del caso analizar ahora los parámetros adoptados por la corriente jurisprudencial dominante, respecto del límite admisible para el pacto de intereses. Inicialmente dicho límite fue del 10% anual y con el tiempo se fue modificando. Hacia 1947 aproximadamente, el límite en cuestión se elevó hasta el 12% anual. En 1957, más o menos, el mismo se elevó al 15%. En 1960 al 18%. En 1971 se admitían entre el 20 y 24 % anual como límites máximos del interés contractual. A fines de 1972, con la elevación de la inflación, los tribunales aceptaron el 30% anual como tope. A partir del 9 de junio de 1975 -fecha de las mediadas económicas conocidas como *Rodrigazo*- la tasa de interés máxima fijada por el Banco Central de la República Argentina se elevó al 33% anual, para ascender al 48% desde el 1º de diciembre de 1975 y al 110% desde el 11 de julio de 1977. Poco tiempo después, el Banco Central liberó la tasa de interés.⁵⁰²

Por esa misma época y en coincidencia con la agudización del proceso inflacionario, nuestro máximo tribunal adoptó un nuevo criterio respecto de la retribución de las obligaciones

modificación de los actos jurídicos, una de cuyas partes –el art. 954- es decididamente aplicable al tema en estudio.” ... “los jueces se han limitado a seguir sin mayor argumentación pautas de reducción cuantitativas, independientemente de las razones en que tales patrones se inspiran”.

Más adelante en el considerando 40) de su voto, continúa diciendo Peralta Mariscal, que “en muchos casos hay tasas de interés bien superiores a las jurisprudencialmente estandarizadas, como el 24% anual, que responden a parámetros y necesidades fijados por el mercado y no importan la consumación del vicio de lesión, como ocurre por ejemplo con las tasas de financiación de compras por el sistema de tarjetas de crédito. Ellas tienen aplicación diaria en cientos de miles de contratos; pero cuando “caen” en la órbita de un juicio son reducidas compulsivamente -aun sin petición de parte- a parámetros estandarizados, aplicándose ciegamente criterios uniformizados que responden al volátil parámetro de la moralidad y las buenas costumbres. Estas prácticas a veces ponen en contradicción el accionar de los propios poderes del Estado. Concretamente, en algunos supuestos los propios bancos oficiales que actúan bajo la esfera del Poder Ejecutivo cobran a sus clientes las tasas de mercado; pero cuando por un incumplimiento el contrato es sometido a la decisión del Poder Judicial, los magistrados reducen la tasa de interés a topes que se encuentran sensiblemente por debajo de los habitualmente manejados en las contrataciones, generándose una grave y evidente contradicción en el accionar de los distintos poderes públicos. Más aun, es fácil de advertir que la situación se presta al “incumplimiento eficiente”, desde que es más redituable económicamente no cumplir el contrato a la espera de que los jueces reduzcan la tasa de interés a términos sustancialmente inferiores que los de mercado, que cumplir la obligación pactada. E hilando aun más fino, esta contradicción en el accionar de los poderes públicos se presta a maniobras de especulación tales como que alguien tome un préstamo a la tasa de mercado premeditando incumplir sus obligaciones y esperar ser ejecutado para así pagar una tasa sustancialmente menor.”

⁵⁰⁰ El citado art. 954 establece: “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. 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 deberán 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 demanda.”

⁵⁰¹ Moisset de Espanes, Luis, “Lesión subjetiva: Algunos problemas vinculados con la aplicación del nuevo art. 954 del Código Civil”, en J. A. Tº 21-1974, p. 550 y sig. conf. Mariconde, ob. cit., p. 83.

⁵⁰² Mariconde, *El régimen jurídico de los intereses*, Buenos Aires – Córdoba, Ed. Lerner, 1977, p. 82.

de dinero. A partir de los fallos “Vieytes de Fernández, Juana, suc. c. Provincia de Buenos Aires” y “Valdez, José R. c. Gobierno Nacional”, del 23-9-1976 (L. L. 1976-D, p. 241 y sig.), la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó la reparación de la mora del deudor mediante el criterio de la *desvalorización monetaria*. A partir de allí se dio lugar a la generalización del mecanismo indexatorio a los fines de paliar los efectos de la inflación, y se abrió el camino para un criterio –ya empleado anteriormente por la Corte de la Nación– consistente en que el límite a la libertad contractual en la determinación de las cláusulas de compensación financiera en las obligaciones de dinero (ya fueren intereses a aplicar sobre capital nominal o cláusulas de ajuste del capital con más intereses: ver más adelante § 84), se fijara por comparación a la variación de algún índice de precios con más un interés denominado “puro” que oscilaba entre un 6% y 8% o entre el 12% y 15% anual según la obligación se hubiera convenido sin o con intereses punitivos, respectivamente.⁵⁰³

d) *Límites judiciales a los intereses pactados: de la convertibilidad a la “pesificación”*

Luego de la eliminación de la operatividad a partir del 1 de abril de 1991, de las cláusulas de ajuste sobre los capitales, por parte del artículo 10 de la ley de convertibilidad 23.928, cuya vigencia ha quedado mantenida luego de las modificaciones impuestas a dicha norma por el artículo 4 la ley de “emergencia económica” 25.561, la jurisprudencia volvió a fijar tasas máximas de interés según límites variables para cada caso, sujetas a criterios que en muy pocas circunstancias son explicitados. Al desaparecer la referencia al factor desvalorización monetaria, el componente que se denominaba “interés puro” ha perdido identidad dentro de los importes nominales de las tasas pactadas.

En este período, cuando los jueces consideraron que debían establecer límites a las tasas de interés pactadas por las partes, continuaron fundando sus decisiones en lo dispuesto por los artículos 21, 953, 1039 y en su caso el 656 del Código Civil, sin exigir la verificación de los extremos subjetivos del abuso (necesidad, ligereza o inexperiencia) requeridos por el artículo 954 del Código civil.

En cuanto al mecanismo para la fijación de límites a las tasas de interés pactadas, para el criterio jurisprudencial mayoritario, esta cuestión siguió implicando –en palabras de Alberto Molinario– la realización de un “acto de mera autoridad” (ver más adelante nota 1010), en la

⁵⁰³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Gobierno Nacional c. Rodríguez de Moldes, Ernesto y otros”, en L. L. t. 148, p. 191; Cám. Nac. Civil, Sala C, R. 219.969 del 28-7-77; del 30-3-78 en L. L. 1978-D, p. 821; del 26-12-77, en L. L. 1978-B, p. 177; Cám. Nac. de Comercio Sala A, “Pearson, Carlos M. c. Cosmos S. A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, L. L. 1982-D, p. 182, Cám. Nac. de Com., sala D, “Barredo, Claudio v. Dar S.A.”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1986-454 y Lexis Nº 37000683 (con voto en disidencia del Dr. Alberti), entre muchos otros.

medida que generalmente las decisiones judiciales no suelen dar criterios del por qué de los límites cuantitativos que imponen. Hay que aclarar que esta tendencia manifiesta tres variantes. En algunos casos se fija lisa y llanamente la tasa de interés que deberá aplicarse al caso (o la que deberá establecerse como máxima y a la cual se reducirá la pactada). En otros, se fijan parámetros tomados de valores efectivamente registrados en los mercados, con más algún límite fijo (por ejemplo la tasa pasiva cobrada por cierto banco con más tantos puntos por sobre el anterior valor). Y en otros se sigue un criterio mixto. Veamos los ejemplos de los fallos que se reseñan en el APÉNDICE 14 (todas las referencias a números romanos corresponden al citado Apéndice):

- (i) Ejemplos del primer mecanismo, respecto de *obligaciones en pesos* se encuentran en los fallos identificados como N° I (C.C.C. Mar del Plata, plenario, 16/4/96) en que se tomó el límite del 24% anual; fallo N° II (C.C.C. Santa Fe, sala 3ª, 13/3/97), con el 30% anual, fallo N° XI (C.C.C. Mar del Plata, Sala 2ª, 2/12/03) con el 24% anual, por aplicación del plenario marplatense citado; el N° XVI (C.N.Civ. Sala A, 17/10/94) con el 20% anual; el N° XVIII (C.N.Civ. Sala A, 17/10/94) con el 24% anual; el N° XX (C.N.Civ., Sala G, 1/12/97) con el 28% anual; el N° XXIII (C.N.Com., Sala A, 17/9/04) con el 24% anual; el N° XXVI (C.C.C. Tucumán, Sala 1ª, 1/7/04) con el 24% anual.
- (ii) El criterio de la tasa fija, para *obligaciones en dólares*, se siguió en el fallo N° XXI (C.C.C. San Nicolás, 30/12/93) estableciendo una tasa máxima del 18% anual; y en el fallo N° XXII (C.C.C. Bahía Blanca, Sala 2ª, 10/8/93) con un 30% anual.
- (iii) Se siguió el criterio de establecer límites variables para los intereses considerados excesivos, para *operaciones en pesos* en el siguiente grupo de fallos: en el fallo N° III (C. 2ª C.C. La Plata, Sala II, 13/3/03) se fijó como límite el 200% de la tasa pasiva a 30 días aplicada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (BPBA), sin punitorios y un 300% de dicho valor con punitorios; en el N° IV (C.A. Concepción del Uruguay, Sala C. y C., 11/9/95), el límite fue la tasa activa del Banco de la Nación Argentina (BNA), en sus operaciones comunes de préstamos, capitalizada mensualmente, más un 20%; en el N° V (C.C.C. Bahía Blanca, Sala 2ª, 30/5/06, se consideró que límite razonable respecto del pacto de punitorios era de dos veces y media la tasa activa; en el N° VI (C.N.C.C. Federal, Sala 2ª, 16/8/96), la tasa se limitó a la de descuento del BNA a 30 días, calculada a plazo vencido; en el N° VII (C.N.Com. Sala A, 26/11/97), se fijó el límite de la tasa del BNA para operaciones de descubiertos en cuenta corriente autorizados (por tratarse el caso discutido de una obligación originada en dicho contrato); en el N° XII (C.N.Com. Sala A,

17/2/04) al haberse considerado que el pacto que delegaba al acreedor la determinación de una tasa de interés variable, equivalía a la falta de dicho acuerdo, el interés aplicado fue la tasa del BNA para operaciones de descubierto en cuenta corriente (art. 565 C. Com.); y en el N° XIX (C.N.Civ. Sala M, 24/5/95), se usó como límite una vez y media la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA).

- (iv) Se siguió un criterio mixto (de tomar como límite un parámetro variable, siempre que no superara un cierto valor) y respecto de *obligaciones en pesos*, en los siguientes casos: en el N° IX (C.N.Com. Sala C, 24/4/01), el límite para el interés excesivo fue fijado en la tasa de descubiertos del BNA (por tratarse el caso controvertido de una operación de descubierto en cuenta corriente), pero siempre que no superara el 40% anual; y en el N° X (C.N.Com. Sala A, 19/5/03) se siguió la misma solución que en el caso anterior, pero siempre que dicha tasa no superara el 34% anual.

e) *Límites judiciales a los intereses pactados en sentencias posteriores a la “pesificación”*

A partir de la devaluación de la moneda argentina frente al dólar estadounidense producida a comienzos del 2002, en consonancia con la crisis de confianza en el sistema financiero desatada a fines del año anterior, de la llamada “pesificación” de las obligaciones pactadas en moneda extranjera (ley 25.561, decreto 214/02 y legislación complementaria), y del nuevo contexto económico, los jueces debieron ajustar, en algunos casos, los criterios cuantitativos para establecer límites a las tasas de interés. Veamos los distintos criterios que se aplicaron a partir de acá. Los criterios que se señalarán corresponden a fallos que se individualizan y comentan en el APÉNDICE 15 (todas las referencias a números romanos corresponden al citado Apéndice).

- (i) Respecto de *obligaciones en dólares* en general, el fallo reseñado en el citado Apéndice como N° XXVII (C.C.C. Mar del Plata, plenario del 9/2/04), fijó con carácter general una tasa máxima del 4% y el 6% anual, para operaciones con y sin garantía hipotecaria respectivamente; para operaciones con garantía hipotecaria, en el fallo N° XXX y fallos varios N° XXXI (C.N.Civ. Sala F, 6/2/04 y fallos del 16/3/04, 4/8/05 y 30/8/05) se estableció la “pesificación” según el principio del esfuerzo compartido (en adelante PEC) en un 50% cada parte, y un interés máximo del 7,5% anual (comprensivo de compensatorios y punitivos); en el N° XXXII (C.N.Civ. Sala K, 31/3/05) se ordenó PEC al 50% cada parte, y una tasa del 15% anual (comp. y punit.); en los casos N° XXXIII y XXXIV (C.N.Civ. Sala M, 5/7/05 y 31/10/06) se ordenó PEC al 50% cada parte, y una tasa

del 12% anual (comp. y punit.); en el N° XXXV (C.N.Civ. Sala C, 4/7/06) no surge la forma de “pesificación”, pero la tasa se fijó en el 8% anual; en el N° XXXVI (C.S.J.N., 11/9/07) se ordenó pesificar 1 a 1 más el 30% de la diferencia de cotización al momento del pago y una tasa máxima del 7,5% anual; en el N° XXXVII (C.S.J.N., 6/5/08) se ordenó pesificar 1 a 1 más el 40% de la diferencia de cotización al momento del pago y una tasa máxima del 7,5% anual; en el N° XXXVIII (C.N.Civ. Sala J, 7/5/08) se ordenó PEC al 60% a cargo del deudor, más una tasa de interés del 15% anual.

- (ii) En *obligaciones en dólares* con Entidades Financieras y garantía hipotecaria: en el fallo N° XXXIX a la obligación “pesificada” (se supone que 1 a 1: art. 3 decr. 214/02, aunque con más el ajuste por índices según art. 4 decr. citado) se le cargó una tasa del 30% anual; igual solución se aplicó a los fallos citados en el N° XL (C.C.C. Córdoba, Sala 4ª 17/10/06, 2ª 16/12/06, Sala 8ª 1/7/08).
- (iii) En cuanto a *obligaciones en dólares* con Entidades financieras, sin garantía hipotecaria, en el caso N° XLIII (C.C.C. Sala 4ª, 15/2/07), se ordenó la “pesificación” más el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) y una tasa máxima del 30% anual.
- (iv) Respecto de *obligaciones en dólares* entre particulares y sin garantía hipotecaria, en el fallo N° XLI (C.C.C. Mercedes, Sala 2ª 5/6/05) no se aplicó la “pesificación” y se fijó una tasa del 6% anual; en el N° XLII (C.C.C. Mar del Plata, 23/3/06) se aplicó igualmente el 6% anual (no surge del fallo si hubo “pesificación” o no); en el N° XLIV (C.N.Civ. Sala F, 5/7/04) se ordenó PEC al 50% cada parte más una tasa de interés del 7,5% anual; en el N° XLVIII (C.N.Civ. Sala M, 18/5/05) se ordenó PEC al 50% cada parte más una tasa del 12% anual; en el N° XLIX (C.N.Civ. Sala I, 9/6/05) se solicitó “pesificación” más ajuste por el índice CER y se limitó la tasa pactada al 18% anual.
- (v) Para *obligaciones en pesos*, con Entidades Financieras, el fallo N° XXIX (C.C.C. Córdoba Sala 3ª, 4/12/07) fijó una tasa máxima del 30% anual.
- (vi) El criterio de aplicar un límite variable, fue seguido en los siguientes fallos para operaciones *entre particulares y en pesos*: en el N° XXVIII (C.C.C. Bahía Blanca Sala 2ª, 20/5/08) se estableció como límite la tasa de descuento del BPBA para 30 días; en el N° XLVI (S.C.B.A., 19/4/06) el límite aceptado respecto de intereses punitivos pactados en un reglamento de propiedad horizontal, fue 2 veces y ½ la tasa de los bancos públicos (art. 622 C. Civil); en el N° L (C.C.C.M.P. y T. San Rafael, Mendoza, Sala 1ª, 13/5/08) se aceptó como legítima una tasa de dos veces la activa promedio de cartera general que cobre el BNA.

(vii) También se siguió el criterio de un límite variable en casos de *obligaciones en pesos*, pero de particulares con el Fisco: en el fallo N° LI (Juzg. Cont. Adm. La Plata N° 1, 30/9/04), en que el límite se estableció en la tasa de descuento del BPBA a 30 días sin capitalizar; en el N° LII (C.N.Com. Sala A, 26/9/06) el límite fue de 1 vez y ½ la tasa de descuento del BNA para operaciones a 30 días, sin capitalizar; y en el N° LIII (C.N.Com. Sala D, 15/6/07), se limitó la tasa a 2 veces la de descuento del BNA (op. 30 días) sin capitalizar.

f) *La reducción de los intereses pactados en los proyectos de reforma del Código Civil*

Por su parte, el Proyecto de Código Civil elaborado por la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial” de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que luego de haber sido sancionado por ambas Cámaras legislativas como ley 23.042, fuera vetado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2719/91, en su proyectada reforma al artículo 624 del Código Civil, establecía:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 953, los jueces podrán reducir los intereses adeudados por personas físicas cuando excedan en tal medida el costo habitual del dinero en los mercados financieros para deudores y operaciones similares que deba considerarse que su estipulación constituyó un aprovechamiento abusivo de la situación del deudor.»

Dicha disposición se fundamentó así, en las correspondientes notas explicativas:

«Se establece expresamente la facultad judicial de disminuir, en ciertos casos, los intereses pactados por las personas físicas. Nada se dispone respecto de las personas jurídicas, para las cuales, como cuestión de política general,⁵⁰⁴ no se quiere debilitar el principio de *pacta sunt servanda*.⁵⁰⁵ Por otra parte, nuevas modalidades del préstamo, como aquellas en las que el prestamista asume el ‘riesgo del proyecto’, hacen muy difícil determinar cuál es la tasa ‘justa’ o ‘no usuraria’ de interés.⁵⁰⁶ Finalmente, los jueces siempre tendrán a su disposición en esta materia, como tenían antes, las reglas generales del Código, incluyendo su art. 953.»

A su turno, el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el decreto 468/92, en su proyectado artículo 741 (basado en el art. 624 del Proyecto de Unificación de 1987), volvió al mecanismo objetivo que había predominado en la jurisprudencia de nuestro país (aunque dejando de lado los límites cuantitativos fijos y aceptando

⁵⁰⁴ En el capítulo II de las Notas Explicativas, apartado B (“Algunos aspectos generales”), punto 2 se decía: “...Modernamente se tiende a distinguir entre las contrataciones que realizan las empresas entre sí y con el público. Esta propuesta de política jurídica debe ser traducida a la terminología propia del derecho privado, dado que ‘público’, ‘consumidor’ y ‘empresa’ no son, en cuanto tales, ‘sujetos de derecho’, y ni siguiera términos definibles de manera que no hagan necesaria una investigación de hecho para determinar, en cada caso, si se satisfacen las condiciones de esa definición. Resulta preferible, en consecuencia, recurrir a la distinción entre personas físicas y personas jurídicas. Si bien no todas las personas jurídicas son una ‘empresa’, normalmente nadie se encuentra organizado como ‘persona jurídica’ sino como resultado de una decisión consiente y de un accionar deliberado, y para constituirse y funcionar como tal ha tenido y debe mantener alguna forma de asesoramiento legal”.

⁵⁰⁵ En el Informe del Presidente de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación, Osvaldo Camisar, elevando el Proyecto, se decía que dentro de las características de la “*Nueva Lex Mercatoria*” que se está formando en las relaciones internacionales entre empresas y que está tomando el lugar que tuvo el *ius gentium* entre los mercaderes trashumantes del medioevo, es el “de atenerse a los compromisos contraídos en los términos en que lo fueron, con limitado recurso a los mecanismos de alivio que la ley ofrece a los individuos.”

⁵⁰⁶ Respecto de la noción de *precio justo*, el aludido Informe del Presidente de la Comisión, diputado Osvaldo Camisar, en otro pasaje en el que se describían los cambios producidos en el derecho luego de la caída del imperio romano, decía: “La noción misma de precio cambia. Ella ya no resulta de lo que las partes quieran acordar, sino que es sustituida por la de *precio justo*, que el señor establece para los campesinos y la corporación para los artesanos. Que el método no fue eficaz lo demuestran las constantes hambrunas de esa época.”

el “costo medio” del dinero), alejándose así de las líneas prevalecientes en la “Nueva Lex Mercatoria”, de respeto al *pacta sunt servanda*. La norma establece:

«Los jueces podrán reducir los intereses convenidos cuando la tasa fijada excediere sin justificación y desproporcionadamente el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputarán al capital y, una vez extinguido éste, podrán ser repetidos.»

La principal diferencia con el citado antecedente la constituye la eliminación de la exigencia del “abusivo aprovechamiento de la situación del deudor”; la nota correspondiente agrega que

«...basta pues con la desproporción injustificada de la tasa pactada con la promedio vigente en el lugar en que se contrajo la obligación; se sigue así la corriente jurisprudencial que mayoritariamente prescindió, a veces sin decirlo, de ese requisito subjetivo. Por lo demás, si el recaudo subjetivo se justifica en la lesión, que puede perseguir la nulidad total del acto, tiene menor razón de ser en la reducción de intereses, que no es más que un reajuste de un aspecto parcial del negocio.»

Introduce este Proyecto una distinción entre reducción de intereses (en el sentido de reajuste parcial del negocio) y lesión (nulidad total del acto), no obstante que nuestro art. 954 actual (que no tiene modificaciones en el proyecto en consideración) establece que la consecuencia de la lesión puede ser tanto la nulidad como la modificación del acto viciado.

Con posterioridad, el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión creada por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (Proyecto de 1998), estableció con relación al tema de la reducción de los intereses pactados por las partes en su artículo 723:

“El tribunal solo tiene facultades para reducir la tasa de los intereses compensatorios y punitivos, o el resultado del anatocismo: a) A pedido de parte, si se configuran los requisitos del artículo 327, o de los artículos 968, inciso e) y 970. b) Si el acreedor es condenado por el delito penal de usura. c) Si lo autoriza expresamente la ley. En caso de reducción, los intereses pagados en exceso se aplican al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.”

La remisión de dicho artículo al 327 del mismo Proyecto de 1998 corresponde a la norma referida a la nulidad de los actos jurídicos por lesión, la que fue regulada según un criterio subjetivo similar al artículo 954 vigente, aunque con una ampliación de los supuestos subjetivos y una aclaración en cuanto a que la carga de la prueba pesa sobre la víctima.⁵⁰⁷ La referencia a los artículos 968 inc. e y 970 del Proyecto de 1998 implica autorizar la reducción de los intereses en casos de contratos predispuestos o por adhesión. Se puede concluir entonces, que el Proyecto

⁵⁰⁷ El citado artículo 327 del *Proyecto de 1998* establece: “Puede demandarse la invalidez o la modificación del acto jurídico cuando una de las partes obtiene una ventaja patrimonial notablemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, la inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social o cultural que condujo a la incompreensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre ella o de una relación de confianza. La explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos o que fue sorprendido por la otra parte y, en todos los casos, la notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. La acción sólo puede ser intentada por el lesionado o sus herederos. El actor tiene la opción para demandar la invalidez o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transforma en acción de reajuste, si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. En este caso debe ser oído el actor. La adecuación debe procurar el reajuste equitativo de las prestaciones, tomando en cuenta la índole del acto, los motivos o propósitos de carácter económico que tuvieron las partes al celebrarlo, y la factibilidad de su ejecución. En caso de reajuste se aplica el cuarto párrafo del artículo 1061.”

de 1998 siguió en esta materia una línea próxima a la seguida por los precedentes y doctrina citados en las notas 499 y 501.

g) Los intereses moratorios

En cuanto a la determinación de la tasa de los intereses moratorios, nuestro Código Civil en el artículo 622, estableció que se aplicarán los que se hubieran convenido, y en su defecto los que fijen las leyes especiales. A falta de tales leyes, los jueces determinarán el interés que deberá abonar el deudor.⁵⁰⁸

Esta disposición fue interpretada por los tribunales nacionales en el sentido de aplicar la solución analógica contenida en el Código de Comercio, de establecer el interés cobrado por los bancos públicos; y los tribunales platenses y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por su parte, seguían el criterio de que los jueces en cada caso determinarían la tasa aplicable. Finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió el primero de los criterios, que luego se generalizó.⁵⁰⁹

La idea del “interés cobrado por los bancos públicos” había sido entendida generalmente, desde antaño, en el sentido de que era la tasa de interés cobrada por el “Banco Nacional” o “Banco de la Nación” (según las épocas) en sus operaciones de *descuento*. Pero habida cuenta que en las operaciones de descuento, el banco percibe los intereses por adelantado, puesto que le “descuenta” al prestatario (o descontante) el importe de los intereses del monto nominal de la obligación, entregándole una suma efectivamente menor, y de que los bancos perciben tasas de interés nominalmente distintas, según el plazo de duración de la operación, contemplando en la diferencia de dichas tasas el efecto de reinversión de los intereses, se había criticado el mecanismo inicial de la jurisprudencia.⁵¹⁰ En virtud de ello, la justicia en lo Comercial de Capital Federal había empezado a tomar cuenta de tal observación.⁵¹¹

Pero cuando la cuestión de la mora durante los períodos de alta inflación de mediados de los años 70 llegó a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se generalizó el criterio ya citado de conceder la reparación de dicho perjuicio mediante una suma equivalente a

⁵⁰⁸ En la nota correspondiente a este artículo, Vélez Sarsfield manifestó: “Me he abstenido de proyectar el interés legal porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso.”

⁵⁰⁹ Molinario, Alberto D. “Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas”, en *E. D.* Tº 43, p. 1155 y sig., nota 31 en p. 1159 y jurisprudencia allí citada.

⁵¹⁰ Konzevik, David, “Interés y tasa de interés: el problema de los intereses legales”, en *L. L.* Tº 151, p. 825.

⁵¹¹ Ver autos “Conservas vegetales S. R. L. c. Chebaia e Hijos y Cía. S. R. L.”, de la Cámara Nacional de Comercio, sala D, del 31-10-1977, en *L. L.*, 1979-A, p. 195.

la variación de algún índice de precios con más un interés puro (doctrina citada en nota 502 segundo párrafo). Dicho criterio estuvo en aplicación hasta comienzos de los años 90.

La ley de convertibilidad 23.928, en el marco de todas las medidas que tuvieron por objeto frenar la alta inflación que había caracterizado los años anteriores, en su artículo 10°, dispuso la derogación con vigencia al 1° de abril de 1991 de “todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios...” Por su parte, el segundo párrafo del artículo 8° del decreto 529/91 agregado por el artículo 10 del decreto 941/91, reglamentarios de la citada ley 23928, estableció que las liquidaciones judiciales practicadas o a practicarse por aplicación de sentencias firmes o recurridas,

«en oportunidad de determinar el monto de la condena en australes convertibles, el juez podrá indicar la tasa de interés que regirá a partir del 1 de abril de 1991, de modo de mantener incólume el contenido económico de la sentencia. El Banco Central de la República Argentina deberá publicar mensualmente la tasa de interés pasiva promedio que los jueces podrán disponer que se aplique a los fines previstos en el art. 622 del Código Civil.»

Luego de ello, en un primer momento la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en un caso de competencia originaria, resolvió que la tasa de intereses moratorios a partir del 1 de abril de 1991 se liquidaran a la tasa pasiva correspondiente a la citada publicación del Banco Central.⁵¹² En pronunciamientos posteriores –invocando el voto de la minoría del caso “López v. Explotación Pesquera de la Patagonia” –, una nueva mayoría decidió conforme dicho precedente;⁵¹³ en otros, el mismo Tribunal decidió –invocando el mismo voto en minoría del caso “López”– que la cuestión de las tasas de interés a aplicar en virtud del artículo 622 del

⁵¹² C. S. J. N., autos “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de asutrales”, del 3 de marzo de 1992 (en L. L. 1992-B, 216, E. D. 146-337, y J. A. 1992-I-570 o Lexis N° 04_315V1T030). Se dijo en dicha oportunidad que “Los intereses contemplados en el art. 622 del Cód. Civil representan el daño moratorio que admite una doble perspectiva o, dicho de otro modo, una concepción que responda al concepto de daño emergente y otra al de lucro cesante. Existiría daño emergente para el acreedor cuando no cuenta con la suma debida para saldar una deuda suya, y debe conseguir dinero al efecto mediante el pago de interés por el préstamo; desde luego, este interés que el acreedor abona a un tercero significa para él un daño emergente, una pérdida sufrida. En cambio, existiría lucro cesante para el acreedor, si éste deja de percibir una utilidad que esperaba obtener del dinero que se le debe, mediante su aplicación a la producción de rentas”. Aclarado lo expuesto, se concluyó que el resarcimiento previsto por el artículo 622 del Cód. Civ. comprende los daños que sean consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, “pues tienen por objeto resarcir el lucro perdido por el acreedor al no poder aplicar el capital adeudado a una inversión que genere la renta pertinente, vale decir los intereses que aquél ha dejado de percibir. Desde esta perspectiva, el daño debe liquidarse mediante la aplicación de la tasa bancaria pasiva, pues ésta es la que el ‘accipiens’ hubiera obtenido de haberle sido restituído el capital en tiempo oportuno”. En contra de dicho criterio, ver Guarinoni, Ricardo Víctor, “Juego de tasas”, en L. L. 1992-E, p. 851.

En la causa “López, Antonio M. v. Explotación Pesquera de la Patagonia S. A.”, del 10/6/1992 (en J. A. 1992-III-10), el mismo tribunal, con argumentos similares a los invocados en la primera causa, fundó dicho pronunciamiento en que “la ‘desindexación’ perseguida por la Ley de Convertibilidad, mediante la supresión, en general, de los procedimientos de actualización sustentados en la utilización de indicadores, quedaría desvirtuada por la aplicación de la tasa de interés activa aplicada por el Banco de la Nación, ya que ésta, especialmente a partir de la vigencia de la nueva ley, ha superado sustancialmente a los índices de precios, por lo que no mantiene incólume el contenido económico sino que genera en el patrimonio del acreedor un enriquecimiento incausado.”

⁵¹³ C. S. J. N., autos “Banco Sudameris v. Belcam S.A. y otra”, del 17/05/1994, en J. A. 1994-II-690.

Código Civil “queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpreten dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales”.⁵¹⁴

En dicho escenario Cámara Nacional en lo Civil aplicó, según un plenario del año 1993, para resarcir el daño moratorio (art. 622 Cód. Civil), la ya mencionada tasa pasiva promedio que publica el Banco Central (art. 8 de cr. 529/91 según de cr. 941/91);⁵¹⁵ y la Cámara Nacional en lo Comercial tenía establecido, según su plenario, que cuando la decisión judicial remitiera al interés cobrado por los bancos públicos –o concepto equivalente– y ello se refiriera a una tasa establecida para un plazo menor que el lapso de la mora, se liquidaría el interés del modo en que lo haría la banca tomada como referencia de esa tasa (lo que incluye la posibilidad de capitalizar los intereses de los períodos menores a la mora, hasta equipararlos con la duración de ésta).⁵¹⁶ Por otra parte, en un nuevo plenario⁵¹⁷ la citada Cámara Comercial fijó como criterio que “exceptuados los créditos propios de entidades financieras, en ausencia de convención o de leyes especiales, no procede por aplicación de la ley 23928 fijar, a partir del 1/4/91, el interés a tasa pasiva”. En cuanto al mecanismo del cómputo de los intereses según la tasa bancaria equivalente a la que resultaría de la capitalización por el período de la mora, el mismo fue considerado por la Corte Suprema de la Nación susceptible de abrir la vía del recurso extraordinario, por cuanto entendió que el resultado de dicha forma de liquidación de intereses implicaba un menoscabo de garantías constitucionales, al apartarse de la aplicación del principio sentado por una norma de orden público como el artículo 623 del Código Civil.⁵¹⁸ Como consecuencia de ello, el criterio del plenario comercial “Uzal” ha sido parcialmente modificado, en el sentido de que la capitalización de intereses no se podrá aplicar fuera de los supuestos autorizados por el citado artículo 623 del Código Civil.⁵¹⁹ Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires tenía decidido a idénticos fines de reparar el daño moratorio, a partir de la vigencia de la ley de convertibilidad 23.928, aplicar “la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus depósitos a 30 días vigente en los distintos períodos de aplicación”.⁵²⁰

⁵¹⁴ C. S. J. N., autos “Simonet, Mario Armando v. La Primera de Ciudadela S.A. Línea 289s/ despido”, del 04/10/1994, (en J. A. 1995-I-473).

⁵¹⁵ C. Nac. Civ. en pleno, 2/8/1993, autos “Vázquez, Claudia A. v. Bilbao, Walter y otros”, en J. A. 1993-IV-189.

⁵¹⁶ C. Nac. Com. en pleno, 2/10/1991, autos “Uzal S.A. v. Moreno, Enrique”, en J. A. 1991-IV-478.

⁵¹⁷ C. Nac. Com. en pleno, 27/10/1994, autos “Sociedad Anónima La Razón”, en JA 1995-I-477 (Lexis N° 951144).

⁵¹⁸ Corte Suprema de la Nación, 15/7/97, autos “Okretich, Raúl A. v. Editorial Atlántida S.A.”, en J. A. 1999-IV-602.

⁵¹⁹ C. Nac. Com. en pleno, 25/8/03, autos “Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ Revisión de Plenario”, en *Jurisprudencia Argentina* del 15/10/2003 (Lexis N° 20033183), en el que se resolvió: “Además de los supuestos establecidos explícitamente en el texto positivo de la ley, no corresponde en otros la capitalización de intereses devengados por un crédito cuyo obligado se encuentra en mora.”

⁵²⁰ C. S. B. A., entre otros, autos “Zgonc, Daniel R. y otro v. Asociación Atlético Villa Gesell”, del 21/5/1991, en J. A. 1991-IV-3.

La ley de emergencia económica 25.561, no obstante el abandono de la convertibilidad de la moneda argentina, no modificó dicho panorama, toda vez que su artículo 5 mantuvo la vigencia de la prohibición de las cláusulas indexatorias (art. 10 de la ley 23.928), con lo que la jurisprudencia no modificó hasta ahora la forma de resarcir los perjuicios moratorios (art. 622 Cód. Civil). Luego de sucedida esta reforma, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil fue llamada a nuevo plenario, a efectos de expedirse sobre si correspondía, luego de la vigencia de la citada ley 25561 mantener la doctrina establecida en el fallo plenario "Vázquez, Claudia A. v. Bilbao, Walter y otros s/daños y perjuicios" (del 2/8/1993, nota 515). La conclusión a la que arribó dicha Cámara en el nuevo plenario "Alaniz, Ramona E. y otro v. Transportes 123 S.A.C.I. interno 200", fue el mantenimiento de la doctrina establecida en el caso "Vázquez".⁵²¹

Recientemente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modificó el criterio que había adoptado en los dos plenarios ya citados "Vázquez" (año 1993) y "Alaniz" (2004) y estableció como doctrina obligatoria para sus salas, en el caso "Samudio de Martínez, Ladislaa v. Transporte Doscientos Setenta S.A." que "corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina".⁵²² Los votos no fueron uniformes en cuanto a su fundamentación (muchos magistrados adhirieron a la posición mayoritaria "según su voto"). Pero en líneas generales, la argumentación más compartida fue que el presupuesto de los dos plenarios de los años 1993 y 2004 que se dejaron si efecto (esto es carácter retributivo de la tasa de interés pasiva, frente a la evolución de la inflación), ya no se verificaba más. Esto es, la tasa pasiva ya no es retributiva del perjuicio que sufre el acreedor ante el incumplimiento de su deudor moroso. Dentro de los votos que apoyaron la decisión mayoritaria, pero con otros fundamentos, se encuentra el del vocal Molteni, quien sostuvo que la razón para apartarse de los dos plenarios que aplicaron la tasa pasiva para resarcir el daño moratorio, no debía vincularse a factores económicos circunstanciales, sino fundarse en criterios estrictamente jurídicos, tal como el que había sido fundamento de la jurisprudencia original que tomó como solución la aplicación analógica del art. 565 del Código de Comercio (nota 509):

«privado el acreedor del goce de su capital, a causa de la mora del deudor, siempre podrá recurrir a una fuente crediticia, solicitando en préstamo un capital equivalente al debido, por lo que el verdadero y

⁵²¹ C. Nac. Civ. en pleno, autos "Alaniz, Ramona E. y otro v. Transportes 123 S.A.C.I. interno 200", del 23/03/2004, publicado en *SJA* 14/4/2004, J. A. 2004-II-624 y Lexis N° 20040931. En este fallo la mayoría sostuvo que: "En consecuencia, puede afirmarse que sin perjuicio de algún breve período a comienzos del año 2002 donde la tasa pasiva fue negativa, ante la crisis y la necesidad de asegurar la retención de capitales por el sistema bancario, se observa que ellas también sufrieron incrementos a tenor de los vaivenes económicos... El análisis de la tasa pasiva en el último año, más allá de la marcada diferencia con la tasa activa que ... contempla otros elementos -los que entendemos no deben recaer sobre el deudor porque atienden más al costo del dinero como mercancía que a la justicia de los resarcimientos... cubre la inflación y revela que en la actualidad es una tasa retributiva, encontrándose inclusive por encima de las tasas internacionales como la Libor y la prime rate."

⁵²² C. Nac. Civ., en pleno, autos "Samudio de Martínez, Ladislaa v. Transporte Doscientos Setenta S.A.", del 20/04/2009, publicado en *SJA* 3/6/2009 y Lexis N° 70052031.

efectivo daño experimentado por el acreedor, siempre estará representado por los intereses pagados por él al tercero.»⁵²³

De esta manera, las Cámaras Civiles de la Ciudad de Buenos Aires se alinearon con la solución que ya venía siendo aplicada por las Comerciales. En la provincia de Buenos Aires, hasta el momento se ha seguido aplicando al caso bajo examen, la tasa pasiva.

h) El régimen del anatocismo

Finalmente, nuestro Código Civil reguló en su artículo 623 la cuestión del anatocismo. Siguió el sistema de la prohibición relativa que había establecido el Código Civil francés, pero a diferencia de éste (que enuncia los casos en que está permitido percibir intereses sobre los intereses), enuncia como principio general la prohibición: “No se deben intereses de los intereses...” A continuación el artículo enuncia dos excepciones: “...obligación posterior convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital...” o “...cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo”.

No obstante el carácter relativo que las fuentes de nuestro artículo 623 le atribuían a la prohibición, nuestros tribunales se guiaron más bien por la idea de que el problema del anatocismo radicaba en una cuestión de tipo jurídico formal⁵²⁴: siempre que la base de cálculo de los intereses fueran intereses, entraba a jugar la prohibición; nunca pareció ser preocupación de los jueces, el análisis del resultado al que se arribara por dicho mecanismo formal (su comparación con las tasas promedio en las prácticas de los negocios); en cualquier caso se considera lesivo del orden público⁵²⁵ y aún de la moral y buenas costumbres.⁵²⁶ En efecto, si bien los antecedentes señalados relacionaban la prohibición del anatocismo con una forma de control del abuso de los deudores por parte de los acreedores, la coherencia con dicho criterio hubiera debido llevar a analizar si en cada situación el mecanismo del anatocismo entrañaba o no tal abuso, por arrojar valores superiores a las tasas corrientes. En lugar de ello, el carácter de

⁵²³ Voto del Dr. Molteni con relación a la primera cuestión, en el plenario citado en nota 522. En el voto mencionado se reproducen las citas de la doctrina nacional y extranjera que adhirió a dicho criterio.

⁵²⁴ Mariconde, ob. cit., p. 48: “El anatocismo no es, en sí mismo, un problema de cantidad o monto de la tasa de intereses (aunque en definitiva pueda serlo), sino que es más bien un problema de causalidad jurídico-formal del ‘nuevo producto’, en relación al ‘viejo producto’, esto es, de origen dependiente y concatenado de ambos frutos civiles. O sea, expresado matemáticamente, es un problema de reproducción o multiplicación, más que un problema de adición de intereses, pues este último está regulado para los intereses sancionatorios, en la parte in fine del agregado al art. 622 C. C. hecho por la ley 17.711/68, cuando los limita a dos veces y media la tasa bancaria oficial en operaciones de descuentos ordinarios deducidos los intereses compensatorios y los moratorios que correspondieren.”

⁵²⁵ C. Nac. Com., sala C, 28/5/1985, autos “Diners Club Argentina S.A. y de Turismo v. Guido Finkelberg, Ricardo A. y otra”, en J. A. 1985-III-533; Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 7/2/1986, autos “Financiera Luján Williams S.A. v. Castro, César y otro”, en J. A. 1987-I-368.

⁵²⁶ C. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 4ª, 18/3/1985, autos “I.B.M. Argentina S.A. v. De la Torre, Miguel E.”, en J. A. 1985-IV-152.

orden público que se le atribuía a la prohibición terminaba por cerrar todo análisis posterior sobre la cuestión.⁵²⁷

Dicha rigidez en la interpretación del mecanismo tuvo un principio de flexibilización cuanto el expresado artículo 623 del Código Civil, fue objeto de modificación por parte de la ley 23.928 (conocida como de “convertibilidad”), ampliando las excepciones a la prohibición existente (que ya era relativa), al mismo convenio de partes, en los siguientes términos:

«No se deben intereses de los intereses, sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase a pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza.»

No obstante dicha flexibilización, la jurisprudencia siguió desconfiando del mecanismo (ver fallos citados en notas 518 y 519).

i) Los intereses en el Código de Comercio

En cuanto a nuestro Código de Comercio, la cuestión de los intereses sobre el préstamo de dinero aparece regulado en general en los artículos 560 y 565, en el título correspondiente al préstamo y los réditos o intereses (VII), dentro del libro de los contratos del comercio (II).

El primero establece:

«En los casos en que la ley no hace correr expresamente los intereses, o cuando éstos no están estipulados en el contrato, la tardanza en el cumplimiento de la obligación hace que corran los intereses desde el día de la demanda, aunque el acreedor no justifique pérdida o perjuicio alguno, y el obligado creyese de buena fe no ser deudor.»

Por su parte el art. 565 dice:

«Mediando estipulación de intereses, sin declaración de la cantidad a que éstos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos y sólo por el tiempo que transcurra después de la mora.»

De lo expuesto surge que el Código de Comercio acepta la legitimidad del pacto de intereses; no establece una tasa de interés legal; si no se convienen expresamente los intereses en el mutuo, el mismo resultará gratuito (no rige en el caso la presunción de onerosidad de los actos de comercio del art. 218 inc. 5º), puesto que la ley hace correr los intereses –a falta de convenio– sólo desde la mora; la *mora* en el mutuo comercial (o al menos las consecuencias relevantes del incumplimiento) sólo se producía, antes de la reforma al artículo 509 del Código Civil por la ley 17.711, a partir de la demanda.

En materia de anatocismo, el artículo 569 prescribe:

⁵²⁷ C. Nac. Esp. Civ. y Com., sala 1ª, 10/5/1984, autos “Giuliani y Asociados S.A. v. Saldaño, Luis A.”, en J. A. 1985-I-síntesis Lexis Nexis N° 2/39878.

«Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por un año. Producen igualmente intereses los saldos ilíquidos de las negociaciones concluidas al fin de cada año.»

Y el artículo 570 agrega que:

«Intentada la demanda judicial por el capital y réditos, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando para formar aumento de capital que produzca réditos.»

Aquí encontramos, por un lado, que la “convención especial” que autoriza la capitalización no requiere ser posterior al devengamiento de los mismos, como en materia civil, antes de la reforma de la ley 23.928. Por otro, además de los casos de capitalización de intereses permitidos en el Código Civil, la referencia a las negociaciones concluidas al fin de cada año, que alude –como en la legislación francesa– al supuesto de la cuenta corriente comercial.

Por su parte, en materia de cuenta corriente bancaria, el artículo 795 del Código de Comercio agrega otro caso de capitalización permitida:

«En la cuenta corriente bancaria los intereses se capitalizarán por trimestre, salvo estipulación expresa en contrario.»

PARTE III: CONTRATOS GENERADORES DE RELACIONES DE CRÉDITO

CAPITULO 8: FRAGMENTACIÓN DE LOS MECANISMOS DE GENERACIÓN DEL CRÉDITO

§ 30. Enfoque económico. El interés “contractual” y el interés “originario”.

Luego de analizado el complejo recorrido que debió seguir el reconocimiento de los intereses en el *préstamo* de dinero, a lo cual se llegó recién luego de la aceptación de mecanismos de *renta* mediante otras figuras jurídicas, habremos de referirnos en esta parte a los distintos contratos que a lo largo del tiempo cumplieron la función de la generación de obligaciones *financieras*: en otras palabras, qué conceptos se fueron desarrollando y qué relaciones guardaron éstos entre sí, para entender y operar con esta problemática.

Para indagar sobre la forma en que se produjo la segmentación de figuras jurídicas relativas a los conceptos económicos de *capital* e *interés* que hoy se presentan como carentes de vinculaciones, y sobre las probables causas de ello, resulta útil recordar la opinión de Böhm-Bawerk sobre el tema.

Comienza el autor citado por señalar que la cuestión del interés del capital solamente se manifestó como un problema digno de atención, bajo la forma del interés de los capitales dados en *préstamo*. La teorización realizada sobre la naturaleza del interés durante dos mil años, no tuvo en cuenta lo relativo a lo que Böhm-Bawerk llama *capital originario*, concepto opuesto a la categoría de *interés contractual*, o interés de un capital prestado.⁵²⁸

El autor comentado basa la distinción en el análisis que hace de la situación que se presenta cuando una persona invierte un capital en la producción. En tal caso la utilidad del capital se manifiesta en que el valor del conjunto de los bienes creados con la ayuda del capital invertido es generalmente superior al de los bienes de costo invertidos en la producción. Böhm-Bawerk llama *interés originario* a la diferencia entre ambos valores. Y cuando el poseedor del capital renuncia a obtener por sí mismo ese *interés originario* recurriendo al traspaso del uso de

⁵²⁸ Böhm-Bawerk, ob. cit., p. 36.

ese capital, durante algún tiempo, a otra persona, a cambio de una remuneración, nos dice que esa situación recibe el nombre de *alquiler* o *renta* (en sentido estricto), si los bienes cedidos son de existencia permanente, e *interés* si el capital se conforma con bienes consumibles o fungibles. A ambas situaciones las llama en general *interés contractual* o interés de un capital prestado.⁵²⁹

Si bien el concepto de interés *contractual* es siempre claro –dice Böhm–Bawerk–no ocurre lo mismo con el interés *originario*. Este último se refiere a la polémica planteada acerca de si la totalidad de la ganancia obtenida por el empresario que ha explotado un capital de su propiedad, puede ser considerada como ganancia del capital, o si debe distinguirse dentro de ella una parte que corresponde atribuir al fruto de la actividad desplegada por el empresario. Nuestro autor aclara que reservará el nombre de interés “originario” para designar a aquella parte de la ganancia que corresponde al tipo de interés que suelen rendir los capitales dados en préstamo en condiciones de perfecta seguridad.⁵³⁰

Retomando la reflexión de Böhm–Bawerk referida al comienzo sobre el alcance inicial de los estudios sobre el interés, decíamos que éstos se habían limitado al análisis del problema del interés de los capitales dados en préstamo, sin advertir que era más provechoso abordar la cuestión desde una perspectiva que comprendiera también al interés *originario*. Y tal actitud – agrega el autor– es comprensible, en la medida que tenía que parecer extraño que un “bien matriz” pudiera generar riqueza (esto es el “interés”) sin trabajo ni esfuerzo alguno.⁵³¹ Efectivamente, en el caso del interés del capital dado en préstamo, se manifiesta con toda claridad cómo un elemento sin aptitud causal para producir bienes materiales, como el dinero (cuyo valor es eminentemente cultural o simbólico), es capaz de crear nuevamente dinero.

Pero a diferencia de lo que acabamos de ver que sucede con el interés contractual, en el caso del llamado interés originario, la ganancia se adquiere no por medio del trabajo ciertamente, sino con la ayuda del trabajo del empresario capitalista. En un análisis superficial de la cuestión es fácil pasar por alto esta sutil distinción, y no advertir aquí (en el llamado interés *originario*) que la característica de la generación de riqueza por parte de capitales estériles también se hace presente, puesto que se oculta bajo la apariencia de que el trabajo es el único factor de riqueza. Fue necesario que se desarrollara mucho más el capital y su empleo en las economías nacionales,⁵³² y que se sistematizara su estudio, para que se cayera en la cuenta de esta circuns-

⁵²⁹ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 33 y 34.

⁵³⁰ Böhm-Bawerk, ob. cit., ps. 34 y 35.

⁵³¹ Böhm Bawerk, ob. cit., ps. 36 y 37.

⁵³² Desde la invención de la agricultura (unos 8.000 años antes de la era cristiana), hasta la “revolución industrial”, salvo raras excepciones, la producción de bienes no superó la de consumo de la población existente en los centros donde los mismos se producían. (Toffler, Alvin, *The Third Wave*, Alvin Toffler, 1980 -tr. castellana de Adolfo Martín *La tercera ola*, Plaza & Janés S. A. Editores, 1980, tomado de la edición de

tancia. Ello no sucedió sino algunos milenios después de que causara asombro el interés generado por “dinero estéril”.⁵³³

La hipótesis de Böhm–Bawerk acerca de los orígenes de la teoría del interés –en cuanto a la falta de un enfoque comprensivo de aspectos que hoy nos parecen parte de un mismo fenómeno: el interés *originario* según su terminología– parece también interesante, a la hora de tratar de entender las causas de la estructuración de las distintas figuras contractuales generadoras de obligaciones de las que en este trabajo nos proponemos llamar *financieras*. No obstante la idéntica función económica del *interés* en el mutuo, del *precio* en la locación de cosas, de las *utilidades* o *ganancias* en el contrato de sociedad, de la *diferencia* entre el precio contado y el precio “a plazo” en la compraventa, etc., la teoría jurídica no ha encontrado motivos para englobar todas estas situaciones dentro de una categoría común. Seguramente, podemos decir ahora (a la luz del desarrollo histórico sobre la regulación de los intereses analizado en la PARTE I), que las mismas razones que no permitían entender el fenómeno de la generación de intereses por el “dinero estéril” –pero sí justificaban otros tipos de ganancias cuando mediaban otras causas de justificación– fueron las que incidieron para mantener la separación aludida.

§ 31. La estructuración jurídica de las figuras

Para corroborar lo expuesto habremos de referirnos en cuatro capítulos sucesivos al análisis de las distintas figuras jurídicas empleadas para canalizar la función económica de generación del *interés originario*.

Dichas figuras, pese a sus manifiestas diferencias formales habrán de tener en común la aptitud de generar lo que proponemos en llamar obligaciones *financieras*. Estas podrán tener como contenido en algunos casos el derecho al cobro de una suma de dinero determinada, en otros una suma determinable. En este último caso ella podrá consistir en una tasa de interés variable durante un cierto tiempo o en un ámbito determinados (p. ejemplo la tasa LIBO), un índice, una fórmula compuesta a su vez de diferentes variables, o aún un porcentaje del resultado de un negocio. Podrán además distinguirse tales obligaciones en cuanto a la certidumbre o no

Ediciones Orbis S. A., 1985 distribuida en Latinoamérica por Hispamérica S. A., vol. I, p. 42 y sig.). Ello dio lugar a sociedades más o menos parecidas que, sobre el final de la “era agraria” dieron lugar a estructuras jurídico políticas de tipo feudal. Pero cuando los inventos de la era “industrial” empezaron a dar sus frutos, y la capacidad de producción local superó la de consumo, para dar salida a los nuevos excesos de producción se desarrolló un sistema de distribución comercial mucho más extenso que el que el mundo nunca hubo conocido, sobre la base de un gran mejoramiento de los medios de comunicación. Pero para ello debieron desarrollarse nuevas instituciones para arbitrar entre los intereses regionales de la política feudal. El desarrollo de una economía nacional no era posible sin el surgimiento del estado nacional–soberano (Toffler, ob. cit., vol. I, ps. 83 a 89 y 92 y sig.).

⁵³³ Böhm–Bawerk, ob. cit., lug. cit., nota anterior.

respecto de la percepción de esa suma de dinero, en *activos de renta cierta* (aquellos en los que se pacta un interés conocido o conocible) por un lado y *activos de renta incierta o de riesgo* (aquellos en los que se pacta un porcentaje del resultado de un negocio), por otro.

Veremos a continuación qué contratos se han utilizado y se utilizan para cubrir tales funciones.

CAPITULO 9: EL MUTUO O PRÉSTAMO DE DINERO

§ 32. Orígenes del mutuo

En el derecho romano clásico, la forma de ceder a otro el derecho al uso de una suma de dinero o cosas fungibles era el *mutuum*, que consistía en la transmisión a quien recibía tales dineros o cosas, de la propiedad de las mismas,⁵³⁴ el que quedaba obligado a restituir igual cantidad de dinero o cosas, aunque no las mismas recibidas *in specie*.⁵³⁵

La forma de conseguir de alguien que se obligara a pagar intereses, fue la *stipulatio*.⁵³⁶ Si bien el *mutuum* no era necesariamente gratuito, no implicaba de por sí la obligación de intereses. Esta obligación no podía ser exigida *ex contrato mutui*, puesto que éste era un contrato real (sólo daba acción para reclamar la restitución de la cosa recibida).⁵³⁷

Así, cuando el mutuo llevaba intereses (como consecuencia de la *stipulatio* adicional) se lo llamó *foenus*, y lo que nosotros denominamos *interés*, los romanos lo denominaron *usura*.⁵³⁸

Los intereses estuvieron limitados en cuanto a su cuantía por la *usura centesima* de la Ley de las XII Tablas, y todas las regulaciones que vimos en su momento (§ 11).

Los autores contrarios a la legitimidad de los intereses –como Pothier– consideraron que aquella característica de la no exigibilidad de los intereses en el mutuo era una consecuencia de la inequidad del contenido de dicho convenio, puesto que aquél solamente daba acción para reclamar la restitución de nada más que aquello que había sido recibido por el mutuario.⁵³⁹ Pero Turgot rebatió dicho punto de vista, diciendo que la consideración de la equivalencia de las prestaciones en el préstamo de dinero debe efectuarse de acuerdo a la valoración que cada sujeto

⁵³⁴ Gayo, *Institutas*, III-90.

⁵³⁵ Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951 (tr. Castellana de José Santa Cruz Teigeiro, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960), N° 875 y 877, ps. 485 a 487.

⁵³⁶ Esta consistía en un contrato formal, de forma sencilla, en la que el futuro acreedor (*stipulator*) preguntaba al futuro deudor (*promissor*) si éste estaba dispuesto a hacer una promesa determinada, y éste efectuaba la promesa inmediatamente. Schulz, ob. cit., N° 805, p. 452 y sig.

⁵³⁷ Schulz, ob. cit., N° 878, p. 488.

⁵³⁸ Troplong, *Du Prêt*, art. 1905, N° 306 a 308, ps. 239 y sig.

⁵³⁹ Ver Pothier, *Traité de l'usure*, N° 55, p. 64.

efectúa de la prestación de la contraparte.⁵⁴⁰ Por consiguiente, es necesario buscar otra explicación del sistema desarrollado por los romanos.

Encontramos una explicación al respecto, en el estudio que hace Gino Gorla sobre cómo una promesa puede alcanzar el carácter de obligación en sentido jurídico y la forma en que la misma ha sido resuelta en los distintos ordenamientos jurídicos:

«En principio, la mentalidad jurídica primitiva o no plenamente desarrollada solamente ve una fuente de obligación en la forma como ceremonia dotada de una especie de valor mágico e incluso religioso; o bien concibe como delito el hecho de cumplir mal o de no cumplir una promesa...»

Pero, agrega:

«...aun después de superada esta mentalidad primitiva y aun después de admitirse que del hecho de haber prometido algo pueda derivar una obligación (en sentido jurídico), quedan siempre pertinaces y no del todo injustificadas resistencias a admitir que de cualquier promesa no formal pueda derivar una obligación».

Esa resistencia –dice Gorla– es debida en parte a la tradición y a las formas de procedimiento, pero en otras a razones prácticas, como por ejemplo:

«la dificultad de saber... si el promitente ha querido verdaderamente contraer una obligación en sentido jurídico o mantenerse simplemente, por el contrario, en el campo de las relaciones sociales o morales.»⁵⁴¹

En dicha evolución del concepto de *contrato* –en el sentido de pacto obligatorio– tuvo una importancia significativa la llamada *res* o *causa data* (o sea la prestación cumplida por una de las partes, o *executed consideration* en el *common law*), que tanto en el derecho romano postclásico y justiniano como en el *common law* constituyó un elemento para la formación del contrato, especialmente en el contrato atípico o innominado. Tanto en los contratos atípicos como en los típicos, el hecho de que una parte hubiera cumplido con la entrega de una prestación y la otra la hubiera aceptado, indicaba sin dudas que dicha negociación había ingresado a la etapa de conclusión del contrato.⁵⁴² Observa Savigny que la forma, en sus funciones de invitación a la reflexión y de indicio de la voluntad cierta de obligarse jurídicamente y de concluir el contrato, ha sido sustituida por la *res* (entrega y recepción en los contratos reales y en los innominados).⁵⁴³

El derecho romano clásico en su comienzo sólo reconoció el contrato formal, cuya manifestación más conocida era la ya mencionada *stipulatio*. Al lado de ella se conocieron ocho contratos típicos o “nominados”: cuatro consensuales y cuatro reales (uno de los cuales fue el *mutuum* que venimos analizando). Pero fuera del caso de los contratos formales, uno de los

⁵⁴⁰ En este caso, es claro que el valor de una suma de dinero a percibir dentro de un cierto plazo, es percibido por el acreedor de la misma, como menor que el valor que le atribuye dicho acreedor a su dinero actual que entrega al mutuario: o sea que “más vale un toma que dos te daré”. Ver Turgot, ob. cit., cap. X, ps. 160/1.

⁵⁴¹ Gorla, Gino, *Il Contratto*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1955 (tr. castellana de José Ferrandis Villela, *El contrato*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1959) vol. I, ps. 20 y 21.

⁵⁴² Gorla, ob. cit., vol. I, ps. 22 y 23.

⁵⁴³ Savigny, *Le droit des obligations*, traducción francesa, París, 1873 § 75, II, p. 386 y 387, citado por Gorla, ob. cit., vol. I, p. 23.

rasgos característicos del derecho clásico es la *tipicidad*. Es decir, “se sancionan determinados “*negotia*” que, por su difusión, por su importancia en la práctica, exigen una especial tutela jurídica...”⁵⁴⁴

En el caso de los negocios típicamente jurídicos –agrega Gorla–, la “intención de obligarse jurídicamente” aparece casi subsumida por el elemento de la tipicidad, puesto que en la gran mayoría de los casos –para una persona que forma parte de una determinada comunidad– le es conocido el alcance del negocio típico en el marco de tal comunidad. Lo mismo puede decirse respecto del caso de las formas en uso (caso de la *stipulatio* en el derecho romano). En ambos casos:

«la integración de la voluntad de las partes o la determinación de los efectos jurídicos (normales o naturales) del negocio típico, aunque no se hayan querido expresamente, procede de una experiencia de cláusulas de estilo y por tanto de una facilidad de regulación; de ahí que se hayan creado los llamados *naturalia negoti*.»⁵⁴⁵

Troplong –entre otros– ya daba entender el punto de vista que Gorla desarrolló con más detalle.⁵⁴⁶

En Roma, el dinero o las cosas fungibles que se daban en *mutuum* (capital) podían ser objeto de una *traditio rei*, y cuando dicha entrega iba acompañada de un acuerdo de partes sobre la finalidad de dicha *traditio*, se cumplían con los requisitos del contrato *real*.⁵⁴⁷ Pero cuando se trataba de prometer la entrega de algo que no había sido previamente entregado en tradición, las cosas se complicaban.

Si a eso le agregamos la falta de *tipicidad* de los intereses –piénsese que en Roma, mientras las actividades principales de sus ciudadanos fueron la agricultura y la guerra (§ 11),⁵⁴⁸ y el dinero no tuvo un uso reproductivo,⁵⁴⁹ era natural que el interés no constituyera una cláusula típica– entonces no quedaban muchos otros caminos que recurrir al contrato formal (la *stipulatio*) para obtener una promesa exigible de pagarlos.

En otros casos de obligaciones de dar cosas que no habían sido objeto de una previa entrega, se llegó con el tiempo a “espiritualizar” el concepto de *tradición*. Así por ejemplo si A debía a B 100 como precio de una compra–venta y esta deuda era exigible, A solicita retener la

⁵⁴⁴ Gorla, ob. cit., vol. I, ps. 29 y 30.

⁵⁴⁵ Gorla, ob. cit., vol. I, ps. 25 a 28.

⁵⁴⁶ Troplong, *Du Prêt*, art. 1874, N° 6, ps. 6 y 7.

⁵⁴⁷ Schulz, ob. cit. N° 872, p. 484.

⁵⁴⁸ Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. XI a XIII; Montesquieu, ob. cit., Libro 22, cap. 22, vol 2, p. 337.

⁵⁴⁹ Recuérdese lo dicho por Turgot sobre el origen de la opinión condenatoria del préstamo a interés, en el sentido de que en las sociedades primitivas, y aun en las modernas en las que no se ha desarrollado suficientemente el comercio, hay pocas oportunidades para darle a los capitales un destino lucrativo (Turgot, ob. cit., cap. XII, ps. 171 a 175).

suma adeudada como préstamo y B accede, en el derecho Justiniano se consideró *mutuum* a este acuerdo, aunque no en el derecho clásico.⁵⁵⁰

Hoy día, en el derecho moderno de muchas legislaciones, no obstante la evolución de la promesa de obligarse jurídicamente, aún subsisten algunas características heredadas de la forma de pensar las cosas de los romanos. Una de ellas es que cuando terminó por reconocerse la legitimidad de los intereses en el préstamo, el principio de excepcionalidad de los mismos siguió subsistiendo: a menos que hubiera un pacto expreso, los intereses corren solamente en caso de mora.⁵⁵¹ La otra es que –para nuestro artículo 2244 del Código Civil por ejemplo– la promesa aún aceptada de mutuo (antes de que se verifique la entrega o tradición de la cosa dada en mutuo) no da acción para exigir la entrega de la cosa prometida, sino tan sólo y durante un breve lapso de tres meses, los daños y perjuicios.

§ 33. El préstamo a la gruesa

Se denominaba *préstamo a la gruesa* a aquel contrato en que una persona prestaba a otra cierta cantidad sobre objetos expuestos al riesgo marítimo, bajo la condición de que en caso de que tales objetos perecieran como consecuencia del tal riesgo, el prestamista perdería el derecho a reclamar la restitución de la cantidad prestada, y que en caso de que tales objetos llegaran a destino en buenas condiciones, el prestatario debería la devolución de la cantidad prestada con más una suma en concepto de contraprestación por el riesgo corrido.⁵⁵²

Este contrato era conocido tanto en Atenas como en Roma,⁵⁵³ y el *Digesto* da cuenta de tales antecedentes.⁵⁵⁴ Entre los griegos era considerada como una convención comercial y marítima, mientras que entre los romanos era vista como una forma de colocar dinero, a riesgo, pero a una tasa superior a la legal.⁵⁵⁵

Esta última forma de concebir el contrato en cuestión sin duda que inspiró a los comerciantes italianos, en épocas del desenvolvimiento de las primeras costumbres comerciales, entre los siglos XII y XIII, sobre nuevas formas de ocultar el interés en los préstamos, y así

⁵⁵⁰ *Digesto*, Libro I, Título XVII, ley 34 y Título 12, ley 15. Schulz, ob. cit. N° 877, ps. 486 y sig.

⁵⁵¹ Ver por ejemplo arts. 1153 y 1905 del Código Civil francés; arts. 2248 Cód. Civil y 560 y 565 del Cód. de Comercio argentinos.

⁵⁵² Pothier, *Oeuvres*, 2^{ème} edit. 1861, vol. 5, *Traité du Contrat de Prêt a la Grosse Aventure*, Art. premier, p. 345; Fremery, ob. cit., cap. XXX, p. 249; Escriche, *Diccionario...*, ed. citada, voz “Préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo”, p. 1443.

⁵⁵³ Fremery, ob. cit. p. 249.

⁵⁵⁴ *Digesto*, L° XXII, Título II, *De nautico fœnore*, y Código, L° IV, Título XXXIII, *idem*.

⁵⁵⁵ Fremery, ob. cit., p. 249.

eludir la prohibición entonces vigente respecto de dichos intereses, toda vez que se decía que la retribución que percibía el prestamista era el precio del riesgo corrido por las mercaderías sobre las que recaía el préstamo. Sin embargo se dijo que la decretal de Gregorio IX de 1236 (ver *Decretales Gregorianas*, L^o V – Tít. XIX, Cap. XIX en APÉNDICE 3) prohibió dicha práctica por considerar que encerraba una forma de usura (§ 16 y nota 218).⁵⁵⁶

Sin embargo Pothier, respetuoso como era del derecho canónico, consideró que este contrato no sólo no encerraba una usura formal, sino que tampoco la importaba desde el punto de vista sustancial. Razonaba así: en este contrato, los intereses no eran exigidos como *causa* del mutuo (lo cual estaba prohibido por las leyes civiles y canónicas), sino por una causa distinta, como era el *riesgo* a que estaba sometido el acreedor. En el contrato de préstamo el deudor asume los riesgos de la suma de dinero objeto del préstamo, como consecuencia de que dicho contrato le transfiere la propiedad de la misma. La pérdida de tal suma, aún por fuerza mayor, no lo dispensa de la obligación de restituirla. Por lo tanto, si el prestamista ha de asumir el riesgo de pérdida de la cosa, no habría razón para que lo hiciera gratuitamente.⁵⁵⁷

Este contrato fue variando con el tiempo. Entre los griegos y romanos el objeto afectado al préstamo lo era a título de prenda. A partir del desarrollo de las costumbres comerciales de los pueblos del mediterráneo durante el medioevo, la cosa sobre la que se daba el préstamo pasó a ser objeto de un privilegio a favor del prestamista, pero no a título de prenda, de suerte que si el valor de la cosa afectada al mismo excedía el valor del préstamo, el dueño de la cosa podía obtener otros préstamos sobre ella, sin que el primer prestamista tuviera un derecho prioritario respecto de los posteriores; todos concurrían a prorrata para ejercer su derecho sobre la cosa. La real ordenanza francesa de 1681 y con posterioridad el Código de Comercio de Napoleón introdujeron disposiciones que dieron lugar a una larga polémica sobre el funcionamiento de esta antigua costumbre comercial.⁵⁵⁸

Finalmente este contrato fue cayendo en desuso y los riesgos marítimos fueron cubiertos mediante el contrato de *seguro*.⁵⁵⁹

⁵⁵⁶ Fremery, ob. cit., p. 250.

⁵⁵⁷ Pothier, *Traité du Contrat de Prêt a la Grosse Aventure*, N^o 2, p. 344. Bentham critica este argumento (ver cita en nota 353).

⁵⁵⁸ Fremery, ob. cit., ps. 251 y siguientes.

⁵⁵⁹ Fremery, ob. cit., ps. 281 y sig. En los orígenes del contrato de *seguro* marítimo, el asegurador declaraba haber comprado los objetos sujetos al riesgo marítimo, y prometía el pago del precio correspondiente si el navío o la carga no arribaban a buen puerto. Si por el contrario sucedía que llegaban a salvo, la operación sería nula. En este esquema el precio de venta constituía la suma asegurada. El asegurado debía abonar una prima al asegurador quien adquiría el derecho a ésta aun cuando el navío arribara. Aquí las cosas sucedían a la inversa que en el caso del *préstamo a la gruesa*: no se exigía del asegurador la entrega inmediata de una suma de dinero, la que sólo era prometida por éste en caso de siniestro. En el *préstamo a la gruesa* la suma se entregaba al momento de celebración del contrato, y era restituida si el navío llegaba a puerto con la mercadería a salvo (Hemard, Joseph, *Theorie et pratique des assurances terrestres*, Librairie de la société du Recueil Sirey, Paris, 1924, p. 151).

§ 34. La apertura de crédito

Se ha explicado antes el sistema romano sobre las fuentes de las obligaciones § 32), según el cual sólo se reconocían como tales o bien el contrato formal (la *stipulatio*), o bien los ocho contratos típicos o nominados: cuatro consensuales (compraventa, sociedad, mandato y locación) y cuatro reales (mutuo, comodato, depósito y prenda). Se dijo en dicha oportunidad que una de las primeras formas que llegaron a conceptualizarse como *contratos* fue la de aquellas situaciones en que existía la llamada *res* o *causa data* (*executed consideration* en el derecho anglosajón): o sea, la prestación cumplida; y que ello se verificaba en contratos *reales* como el *mutuo*. Una consecuencia de tales principios receptado por nuestro derecho actual – vimos– era el carácter real del mutuo (art. 2242 cód. civ.): no hay obligación de restituir aquello que no se recibió; y otra, el no reconocimiento de la *promesa de mutuo* como un contrato propiamente dicho (art. 2244 cód. civ.), sino tan sólo como un supuesto susceptible de generar obligación de resarcir daños e intereses, con un muy breve plazo de prescripción (tres meses).⁵⁶⁰

Cuando las costumbres evolucionaron y fue posible buscar satisfacción a la necesidad de un comerciante de contar con la seguridad de disponer de una suma de dinero, antes de perfeccionar un contrato de mutuo (lo que siempre había implicado la efectiva entrega de la cosa), se abrieron dos posibilidades: una fue la de considerar la modificación del punto de vista según el cual el mutuo era un contrato real, y atribuirle el carácter de *consensual*;⁵⁶¹ la otra fue la de conceptualizar a la *promesa de mutuo* como un contrato en sí mismo, distinto del mutuo, pero de carácter bilateral, en el que ambas partes asumían obligaciones: el proveedor de recursos financieros (normalmente un banco), la de otorgar más adelante el mutuo, y la del requirente de los recursos financieros, que se obligaba a pagar a favor del banco una retribución por dicha *disponibilidad* que éste le mantenía.⁵⁶²

Por cierto que esta estructura de contrato, en la que el banquero asumía la obligación de mantener una *disponibilidad* a favor del cliente –disponibilidad no como consecuencia de un

⁵⁶⁰ Vélez Sarsfield siguió en este punto (ver nota art. 2244 del Cód. Civil) la opinión de Paul Pont, (en *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon - Commentaire-Traité des Petit Contrats et de la Contrainte par Corps*, Paris, Cotillon, Libraire du Conseil D'Etat, 1863, Tº I) según la cual si bien el Código Napoleón adoptó respecto del *mutuo* el sistema romano de considerar *real* a este contrato, la simple *promesa de préstamo* no es nula, y da derecho -como cualquier pacto lícito- a exigir los daños y perjuicios de su incumplimiento (comentario al artículo 1874 del Código Napoleón, Nº 13, pág. 7). No obstante -sostiene el autor citado- hasta la *tradición* de la cosa prestada no hay préstamo. Da como ejemplo de la *promesa de préstamo* a la *apertura de crédito*, situación que se produce -dice- cuando una persona dispuesta a viajar no quiere llevar una suma de dinero consigo, y en lugar de ello solicita a un banquero que le *abra un crédito* mediante el libramiento de una *letra* dirigida a otro banquero de la localidad hacia donde se dirige (comentario a los artículos 1892-1894, Nº 137, pág. 63).

⁵⁶¹ Tal parece ser la opinión de Zavala Rodríguez, ob. cit. Tº V, Nº 203, p. 234. Ver también Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, ed. Joaquín Garrigues, 1975, 2ª edición, p. 225, texto y nota 6.

⁵⁶² Pont, ob. cit., lug. cit. en nota 560. Ver también Garrigues, ob. cit., p. 190 y autores citados por éste en la nota 10 de la pág. cit.

depósito previo sino de una dación de crédito—, se repetía en distintas situaciones, como por ejemplo aquellas en las que el objeto de dicha disponibilidad —además de dinero para ser dado en mutuo— podía ser la obligación de otorgar una fianza, un aval o alguna otra forma de crédito por la cual el cliente del banco podía obtener el dinero de terceros.⁵⁶³ La generalización de esta práctica —que no se agota en una promesa de mutuo— dio en llamarse *apertura de crédito*, que para muchos es un contrato consensual, principal, bilateral, y atípico.⁵⁶⁴

§ 35. Modalidades del mutuo: la emisión de documentos

Cuando el contrato de mutuo da lugar a la emisión de *títulos de crédito*, a los fines de documentar la obligación de restitución del mutuuario, el *mutuo* adquiere características peculiares. Tales títulos de crédito pueden ser emitidos por entes públicos, en cuyo caso se denominan *empréstitos públicos*. En estos casos, la obligación asumida por el prestatario adquiere un *valor de mercado*, aun antes del vencimiento, que da lugar a la negociabilidad de dichos títulos, representativos del derecho a tal obligación nacida del mutuo.⁵⁶⁵

En los casos de mutuos documentados mediante títulos emitidos por entidades privadas (generalmente sociedades anónimas), suele denominarse a esta operatoria como emisión de *obligaciones (obligaciones negociables o debentures* entre nosotros). Tienen la apariencia de *mutuos colectivos*, en cuanto hay una pluralidad de mutuantes, pero en realidad se trata de tantos mutuos como mutantes participan en la suscripción de la emisión. Claro que en estos casos, esta pluralidad de mutuos está relacionada entre sí, dada la identidad del mutuuario, y la igualdad de condiciones de tales mutuos relacionados.⁵⁶⁶ Por lo general ello se documenta mediante *títulos valores*, que por ser emitidos *en masa* otorgan idénticos derechos a sus beneficiarios o derechohabientes. Esto normalmente permite la colocación de tales títulos en el público mediante *oferta pública* (art. 17 ley 17.811).

⁵⁶³ Garrigues, ob. cit., p. 185. El Código Civil italiano de 1942 define la *apertura de crédito* en su artículo 1842, en los siguientes términos: “La apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un cierto período de tiempo o por tiempo indeterminado.” Ver Messineo, ob. cit., T° VI, § 159, N° 5, p. 130.

⁵⁶⁴ Garrigues, ob. cit., p. 191 y siguientes.

⁵⁶⁵ Messineo, ob. cit., T° VI, § 158, N° 11, p. 115.

⁵⁶⁶ Messineo, ob. y lug. citados en nota 565.

CAPITULO 10: EL CONTRATO DE SOCIEDAD

§ 36. La sociedad en Roma

La *societas* romana era un contrato consensual por el que dos o más personas convenían en cooperar para la consecución de un fin común.⁵⁶⁷ Este fin podía comprender un único negocio, o bien la totalidad de los bienes de una persona.⁵⁶⁸ En otras palabras, era un contrato que servía para canalizar necesidades muy diversas: podía referirse a un negocio donde las partes se comprometían a desarrollar una actividad en común, o bien tan solo a participar del resultado de uno o varios negocios, entre otras distintas alternativas.

Pareciera que en su origen este contrato habría derivado de la comunidad de bienes que se formaba, primero en la antigua comunidad hereditaria y luego a pedido de las partes al pretor.⁵⁶⁹ Con la evolución de las costumbres esa vieja comunidad de bienes no necesitó de ninguna acción especial de la ley para formarla y llegó a obtenerse por el solo *consensus*; pasó así a ser una institución del *ius gentium*.⁵⁷⁰ Aquí vemos cómo la tipicidad de ciertas conductas sociales llega a justificar obligaciones de dar que no estaban originadas en una *traditio* previa.

La estructura legal de este contrato era muy sencilla. No existía un mecanismo de representación directa, por lo que quien contrataba con uno de los *socii* no tenía acción contra los otros,⁵⁷¹ de lo que surge que tampoco había solidaridad entre ellos. La comunidad de bienes formada por los aportes de los socios y otras adquisiciones no constituía ni una persona jurídica, ni una *gesamte Hand*: se trataba de una simple *communio*. Tampoco era una organización con

⁵⁶⁷ Schulz, ob. cit. N° 944, p. 525.

⁵⁶⁸ Gayo, *Institutas*, 3.148.

⁵⁶⁹ Tal comunidad de bienes que constituyó en su origen la *societas*, tenía dos formas. Una de ellas era la llamada comunidad natural, que es el caso referido por Gayo en *Institutas*, 3. 154a.: "...hay otro género de sociedad que es propio de los ciudadanos Romanos. Antiguamente, en efecto, a la muerte de un *paterfamilias* existía entre los *sui heredes* una sociedad a la vez legítima y natural, que se llamaba *erecto non cito*, es decir *dominio indiviso*..." Schulz sostiene que este caso citado por Gayo corresponde a la institución preclásica denominada *consortium*, que era una sociedad de coherederos (*fratrum societas*), pero que también requería un acuerdo o convenio (*consensus*), por lo que una *societas* que se constituyera automáticamente por la sola comunidad de bienes no habría existido jamás (ob. cit., N° 946, p. 526).

Otro caso es la llamada comunidad llamada "artificial", que es la que se obtenía -según menciona Gayo en *Institutas* 3. 154b.- cuando los que querían obtener la comunidad podían requerirla al pretor mediante una *legis actio*.

Fue un rasgo común a toda la antigüedad, que el contrato de sociedad se desarrollara primero sobre la base de las sociedades familiares (el condominio entre los hijos, respecto de los bienes heredados del padre), y que sobre ese molde se desarrollaran las sociedades dedicadas a los negocios (Solá Cañizares, Felipe de, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Barcelona, Montaner y Simón S. A., 1963, ps. 2 y 5).

⁵⁷⁰ Gayo, *Institutas*, 3. 154.

⁵⁷¹ Schulz, ob. cit. N° 948, p. 526.

miembros variables, como lo es la corporación: el ingreso de un nuevo miembro a la *societas* exigía el consentimiento de los antiguos.⁵⁷²

La forma en que este contrato permitía la generación de *obligaciones financieras* era a través del pacto de participación en los resultados de un negocio, implícito en el mismo.

En cuanto a las reglas existentes para la distribución de utilidades, hay que recordar un texto de Ulpiano –*Digesto*, Libro XVII, Título II, Ley 29, § 2– que establecía la nulidad de la sociedad –a la que llamó *leonina*–⁵⁷³ en que una parte participaba únicamente de las pérdidas pero no en las ganancias.⁵⁷⁴

Existen otros dos textos clásicos sobre el particular, uno de Ulpiano –*Digesto*, Libro XVII, Título II, ley 29 § 1–⁵⁷⁵ y otro de Gayo, en *Institutas*, 3. 149.⁵⁷⁶ En ellos se discutía la posibilidad de convenir en la sociedad porcentajes de participación en los beneficios diferentes de los correspondientes a las pérdidas. Ambos textos aceptan dicha posibilidad, en los casos en que hubiera mediado una compensación en trabajo o de alguna otra índole (como por ejemplo que aquél que participe en más en las ganancias, tome a su vez una parte mayor en las pérdidas), lo que en definitiva vuelve a proporcionar la posición de los socios. El texto de Gayo da cuenta de una controversia entre los jurisconsultos Quintus Mucius y Servius Sulpicius en la que el último –cuya opinión recoge Gayo– resultó vencedor.⁵⁷⁷

Cabe preguntarse ahora sobre la cuestión de si era posible pactar en una sociedad que uno de los socios tuviera una parte en los beneficios de la sociedad, pero que estuviera eximido de contribuir a las pérdidas. Al respecto existe un texto –post clásico– de Justiniano en las

⁵⁷² Schulz, ob. cit. N° 947, p. 526.

⁵⁷³ En virtud de aquella fábula de Esopo en la cual un león, que se había asociado para la caza con otros animales, obtiene en el reparto del producido de tal caza, quedarse con la mayor parte del mismo (Troplong, *Du Contrat de Société*, T^a I, art. 1855, N° 628, ps. 96 y 97).

⁵⁷⁴ Dicho texto dice así: “Refiere Aristón que respondió Casio que no puede constituirse una sociedad tal, que uno estuviera solamente a la ganancia, y otro a la pérdida, y que se acostumbró a llamar *leonina* a esta sociedad; y convenimos en que es nula una sociedad tal en la que uno estuviera a la ganancia, y otro no estuviera a ganancia alguna, sino a la pérdida; porque es muy injusto género de sociedad el de aquella por la que uno espere pérdida, pero no también lucro.”

⁵⁷⁵ Ante la pregunta de si sería válido un contrato en el que se hubiere convenido que uno tenga dos partes o tres, y otro una, se pregunta Ulpiano si sería válido. A ello contesta: “Opina Casio, que puede constituirse sociedad de manera que uno no soporte parte de ningún daño y que el lucro sea común; lo que será válido de ese modo, como también escribe Sabino, solamente si fuera el trabajo de tanto cuanto es el daño; porque las más de las veces es tanta la industria de un socio, que aporte a la sociedad más que el dinero; así mismo si él solo navegara, o si él solo viajara, o si él solo se expusiera a los peligros.”

⁵⁷⁶ El texto dice así: “Una gran controversia se suscitó sobre si se puede formar una sociedad en la cual uno de los socios tuviera en los beneficios una parte mayor que en las pérdidas. Al respecto Quintus Mucius estimó que esto estaba en contra de la naturaleza de la sociedad; pero Servius Sulpicius, cuya opinión prevaleció, consideró que es posible que se pueda formar una sociedad así, puesto que admitió la posibilidad de formación de una sociedad en la cual uno de los socios no soporte todas las pérdidas, aunque reciba la parte de los beneficios, si se considera que su trabajo es tan valioso que resulta equitativo su admisión con este pacto. En efecto, está reconocido que una sociedad puede formarse de tal modo que uno aporte los dineros y el otro no, y sin embargo los beneficios sean comunes entre ellos, ya que a menudo la actividad de uno de los socios equivale a un aporte de dinero.”

⁵⁷⁷ Quintus Mucius era partidario de negarle validez a una cláusula como la que comentamos, aunque es probable que ello obedeciera a que estaba imbuido de la posición tradicional de la *societas* familiar romana (Di Pietro, Alfredo, en Gaius, *Institutas*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975, capítulo III, notas 151 y 152, ps. 239 y 240). El propio Ulpiano en el *Digesto*, Libro XVII, Título II, ley 63, pr. dice que las relaciones entre los socios deben ser como las que existen entre hermanos, de lo cual se infiere que la razonabilidad de la regla de prohibir el reparto desigual en las utilidades, está asociado a aquél tipo de sociedad (la comunidad hereditaria entre familiares).

Institutas (III, 25, 2),⁵⁷⁸ del que surgiría en su primera parte que es posible pactar la eximición de un socio en la participación en las pérdidas, no obstante participar en las ganancias. Sin embargo, la reserva final de dicho texto en el sentido de que lo antes dicho se aplica al caso de que las pérdidas de un negocio deben ser compensadas con las ganancias provenientes de otro, ha motivado que se diga que esto es tan sólo un juego de palabras en cuanto a que ello constituya una excepción al deber de contribuir a las pérdidas,⁵⁷⁹ y que el texto de Justiniano no quiere decir una cosa distinta de la que dice Paulo en el *Digesto*, XVII, II, ley 30,⁵⁸⁰ en cuanto a que la determinación de las ganancias debe hacerse una vez deducidas todas las pérdidas.

Pero más allá de las disputas sobre el alcance del texto de Justiniano, es del caso determinar si en definitiva el pacto de participación en los beneficios que permitía la *societas* romana, implicaba o no el pacto anexo de participar en las pérdidas. Al respecto, probablemente por el origen de este contrato vinculado con la sociedad entre familiares condóminos indivisos, se ha entendido que es de la esencia de la sociedad la participación en las pérdidas.⁵⁸¹

En Roma se conocieron otras formas de sociedad, ajenas al derecho privado, como fue el caso de las sociedades de *argentarii* y las llamadas *societates vectigales* o *vectigalium*. Las primeras eran sociedades de banqueros,⁵⁸² en las que existía un vínculo de solidaridad entre los socios.⁵⁸³ Las segundas eran sociedades de cobradores de impuestos (*publicanos*), dotadas de personalidad jurídica en virtud de tener la calidad de un *colegio*, lo que implicaba una autorización propia del derecho público.⁵⁸⁴

Ahora veremos cómo la primitiva sencillez de la *societas* romana se fue complicando con la aparición de diversos elementos, que fueron conformando los *tipos especiales* de sociedades comerciales desarrollados a partir de la edad media. No obstante ello, a partir de la codificación napoleónica, estas reglas sencillas derivadas de la *societas* romana sirvieron de molde al Código Civil francés para regular la “simple sociedad”, fuere o no entre comerciantes, y

⁵⁷⁸ Luego de transcribir en su primera parte a Gayo en *Institutas*, 3.149, Justiniano dice: “...De esta manera, la opinión contraria a la de Quintus Mucius ha prevalecido de tal modo que aun es constante que se pueda convenir en que uno de los socios tenga parte en el beneficio sin tenerla en la pérdida. Esto debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que si ha habido beneficio en algún negocio y pérdida en otro, se haga compensación, y el residuo sólo se contará como beneficio.”

⁵⁷⁹ Troplong, *Du Contrat de société*, Tº II, art. 1855, Nº 648, p. 120.

⁵⁸⁰ Dice Paulo: “Escribe Mucius al libro décimo cuarto, que no puede constituirse sociedad de suerte que un socio esté a una parte de la pérdida y a otra de la ganancia. Dice Servio en las notas a Mucius, que tampoco se puede contraer sociedad de esta manera; porque no se entiende que hay ganancia, sino deducida toda la pérdida, ni pérdida, sino deducida toda la ganancia. Pero puede constituirse sociedad de modo que de la ganancia, que quede a la sociedad, deducida toda pérdida, se perciba una parte, y que de la pérdida, que igualmente resulte, se sufra otra parte.”

⁵⁸¹ Paulo, *Digesto*, Libro XVII, Título II, ley 67.

⁵⁸² Ver Ulpiano en el *Digesto*, XVII, II, ley 52, § 5 y Paulo en *De pactis*, ley 27. Ver también Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, Préface, p. XVII; y Thaller-Piq, ob. cit., Nº 93, p. 102.

⁵⁸³ Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, Préface, p. XVII y Thaller-Piq, ob. cit., Nº 93, p. 102.

⁵⁸⁴ Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, Préface, ps. XVII a XXXI; Thaller-Piq, ob. cit. Nº y p. cit.; Schulz, ob. cit. Nº 164 y sig. ps. 91 y sig., en particular Nº 170 y 172, p. 95.

tuviere o no por objeto la realización de actos de comercio. Estas reglas tenían este carácter, por cuanto los *tipos especiales* de sociedades desarrollados a partir de las costumbres comerciales y que habrían de ser recogidos en los Códigos de Comercio, se aplicaban exactamente de esa forma (como reglas “especiales”). Las normas generales sobre sociedades estaban reguladas en el Código Civil.⁵⁸⁵ El mismo sistema siguieron, tanto el derecho alemán, que legislan separadamente los Códigos Civil y Comercial, como Suiza e Italia, que han unificado su derecho privado: las reglas de la *societas* romana pasaron a ser el modelo de lo que puede llamarse una suerte de “sociedad general”.⁵⁸⁶

§ 37. El ejercicio del comercio bajo un nombre colectivo (la solidaridad)

La forma en que el contrato de sociedad producía *obligaciones financieras*, tuvo una importante modificación a partir de la edad media, casi a la par que la posibilidad de generarlas mediante el contrato de mutuo se iba restringiendo como consecuencia de la legislación antiusura a la que hemos hecho referencia (CAPITULO 5). Hemos dicho que una de las características del contrato de sociedad, tal como se lo conoció en Roma, era la inexistencia de acción de los terceros contratantes con la sociedad, respecto de los socios que no participaban del acto generador de la obligación, a menos que hubieran otorgado un poder al gestor, excepción hecha de las sociedades de banqueros y –según algunos– de las de cobradores de impuestos.⁵⁸⁷

En las prácticas comerciales de las ciudades italianas en la edad media –a partir del siglo XII aproximadamente–, bajo la influencia de la cultura de los pueblos bárbaros, apareció un nuevo elemento, cual fue la costumbre por la que en los casos de sociedades entre comerciantes, cada uno de los socios obligaba a todos los demás en cuestiones del negocio en común. Se decía que en este caso, todos eran procuradores unos de otros.⁵⁸⁸ Veremos más adelante el alcance de esta afirmación.

⁵⁸⁵ Arts. 1874 del Código Civil y 18 del Código de Comercio franceses. Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, Buenos Aires, Astrea, 1984, § 44, p.114.

⁵⁸⁶ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, §§ 45, 46 y 47, ps. 116, 119 y 121 y “Sistema de derecho societario”, en *Rev. La Ley* del 6 de agosto de 1985, p. 1, N° 7. El Proyecto de Unificación Legislativa de 1987 siguió igual camino al legislar la sociedad en los artículos 1662 y siguientes (ver Notas Explicativas, II, C), De los Contratos Asociativos, notas 4, 6, y 11 a 15. Ver igualmente los artículos 1451 y siguientes del Proyecto de Código Civil de 1992.

⁵⁸⁷ Troplong, *Du Contrat de Société*, T° II, arts. 1862, 1863, 1864, N° 822, ps. 301 a 303.

⁵⁸⁸ Troplong, *Du Contrat de Société*, T° I, arts. 1841, 1842, N° 359, p. 334.

a) Orígenes de la solidaridad en las sociedades

Los orígenes de esta importante alteración a las reglas generales en materia de obligaciones, son difíciles de determinar (§ 61, ap. b).

Se han señalado remotos antecedentes en el derecho romano, además de los citados de las sociedades de banqueros y cobradores de impuestos, en los casos en que una persona contraía obligaciones en representación de varias, tales como las sociedades de comercio en las que los socios se hacían representar por un institor, así como aquél en que varios asociados establecían un patrón común para hacer navegar una embarcación en interés común.⁵⁸⁹

Otros autores posteriores descartan la vinculación entre aquellos casos de solidaridad del derecho romano y la solidaridad propia de las sociedades comerciales, cuyos antecedentes no se remontan sino a la edad media.⁵⁹⁰

Ya en el medioevo, sin duda que la confianza mutua (tanto en el aspecto profesional como moral) que requiere tan grave solución (la de la solidaridad entre todos los partícipes de un negocio, aún de los ocultos), habrá determinado que en un comienzo este principio se aplicara con más frecuencia entre familiares (continuación de la actividad comercial del comerciante fallecido por la viuda con sus hijos, o entre los hijos entre sí),⁵⁹¹ o entre personas que hubieran trabajado durante largo tiempo en la misma casa de comercio (un patrón asociado con sus auxiliares o dos viejos empleados entre sí).⁵⁹²

Se han señalado igualmente otras causas para explicar la introducción de esta particularidad. Tal el caso de la subsistencia de la primitiva idea germana de la indiscriminación

⁵⁸⁹ El fundamento común a los casos descriptos era -según Cujas- no obligar a aquél que había contratado con una sola persona, a que litigue luego contra varias. Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº II, arts. 1862, 1863, 1864, Nº 823, ps. 303 y 304.

⁵⁹⁰ Lyon Caen y Renault, T. II, Nº 165, citados por Thaller-Piq, ob. cit., Nº 94, ps. 103 y 104 nota 1).

⁵⁹¹ Cabe señalar en este aspecto, que esta característica de la solidaridad se encontraba en diversos antecedentes de sociedades familiares de la edad media. Tal el caso de las sociedades tácitas hereditarias que existían en Francia entre los *siervos de la gleba*, así como el de las sociedades entre hombres libres, formadas tácitamente con finalidad económica. Estas sociedades se denominaban *compañías*, y su nombre provenía del hecho de *compartir el pan* (Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, Préface, p. XXXVI).

En la comunidad feudal, las sociedades formadas por los siervos de la gleba conformaban un *cuerpo moral*, se continuaban de generación en generación bajo la protección del señor feudal, elegían un “jefe” o encargado de la administración de los asuntos comunes. Todo el trabajo de los miembros, y las ganancias que obtenían, pertenecía a la sociedad. La razón de la existencia de estas sociedades se encuentra en dos aspectos. Por un lado, era una forma de morigerar la incapacidad de testar que tenían los *siervos de la gleba*. Ellos recibían las tierras de los señores feudales para cultivarlas, pero al fallecimiento del *siervo* éste no podía testar, y las tierras revertían al señor. Por otro lado, el mecanismo de estas sociedades les daba seguridad a los señores feudales que tales tierras no serían abandonadas, y permitía la continuidad en la explotación de las mismas. Luis XVI eliminó los últimos trazos de estas costumbres (Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, Préface, ps. XXXV a XLVI).

En el caso de los hombres libres, cuando luego de un tiempo en que un grupo de parientes (generalmente hermanos) había mantenido sus bienes e intereses en común, así como su trabajo y sus ganancias, a punto de producir una “confusión” entre tales bienes, se consideraba que se había formado una sociedad *tácita*. Existía solidaridad pasiva entre los socios, y tenían por objeto un ánimo de lucro (no se permitían tales sociedades tácitas entre nobles y sacerdotes). Se considera que se originaron, en parte porque los hombres liberados durante los siglos XII a XIV habrían conservado sus hábitos anteriores. Pero por otro lado, por el espíritu de familia y asociación tan acendrado durante la edad media: la familia habría constituido un paliativo al aislamiento característico de la época feudal. También fueron desapareciendo durante el siglo XVI (Troplong, *Du contrat de Société*, Tº I, Préface, ps. XLVII a LII).

Sobre las sociedades agrícolas de la edad media ver también Rodino, Luiggi, “Società Civile” en *Il digesto italiano: Enciclopedia metodica e alfabetica de legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1914–1921, vol. 21º, ps. 593 y sig.

⁵⁹² Thaller-Piq, ob. cit., Nº 95, p. 106. Le Pera, *Joint venture y sociedad*, p. 109 y sig.

de la responsabilidad grupal o colectiva –la mano común–, lo que también se relaciona con una cierta forma de propiedad o condominio indiviso (gesamte hand) de las antiguas tribus germanas.⁵⁹³ Pero sobre este aspecto de la titularidad de los bienes aportados a la sociedad hablaremos más adelante.

Otros autores ponen el acento, en cuanto a los orígenes de esta forma de contratación, en el recíproco apoderamiento que era costumbre que se otorgaran los comerciantes por aquella época, lo que producía un aumento del crédito que cada uno de ellos individualmente podía disponer, y que a su vez era necesario para afrontar el aumento de la actividad comercial de la época.⁵⁹⁴

Fremery por su parte considera que la solidaridad en las obligaciones contraídas por comerciantes actuando todos ellos colectivamente y en forma personal, era una consecuencia de una antigua costumbre comercial, que no se vinculaba con el hecho que estos formaran entre sí alguna sociedad, sino que era consecuencia, simplemente, de la contratación colectiva.⁵⁹⁵ Las razones que en los comienzos del derecho romano llevaron a establecer el principio de la mancomunidad –en caso de falta de convención específica en contrario– por sobre el de la solidaridad, estaban relacionadas con la forma más común de crear obligaciones de esa época –esto es la stipulatio–,⁵⁹⁶ que no existía ya en el derecho justiniano y menos aún a la época de formación de las costumbres comerciales, según este autor.⁵⁹⁷ Por lo tanto, siguiendo esta línea

⁵⁹³ Le Pera, Sergio, “Sociedad y persona jurídica”, en *La Ley*, 1989-A, p. 1084, en particular cap. V, ps. 1088/1089.

⁵⁹⁴ Pothier, *Traité du contrat de société*, N° 96, p. 276; Fremery, ob. cit., p. 30; Le Pera, *Joint venture y sociedad*, p. 110 y “Sociedad y persona jurídica”, en L. L., 1989-A, cap. V, p. 1089.

⁵⁹⁵ Para el derecho común, desde la Roma antigua y en el derecho civil moderno (arts. 1202 cód. civil francés y 701 cód. civ. argentino), cuando varias personas se obligaban frente a otra a pagar una suma de dinero o cumplir cualquier otra prestación que fuera divisible, la obligación se dividía en tantas partes como obligados hubiera.

Sin embargo –dice Fremery (ob. cit., ps. 21 y 22)– el principio establecido por las costumbres comerciales en la edad media era exactamente el inverso: en tal caso la obligación era solidaria entre los co-obligados. Fremery cita como justificativo de la existencia de esta costumbre a Bartolo, Straccha, a las decisiones de la Rota de Génova y a Pothier (ob. cit., p. 23). Pothier por su lado, sostiene que una de las excepciones al principio derivado del derecho romano, relativo a que la solidaridad no se presume –además de la contratación en la que uno de los contratantes tiene asociados comerciales– es el siguiente: “Dos mercaderes que juntos compren un lote de mercancías, bien que no tengan formada sociedad entre ellos, se les reputa por el efecto de esa compra, como tales, y vienen obligados solidariamente, aunque la solidaridad no se haya expresado” (Pothier, *Obligaciones*, N° 266, p. 218).

⁵⁹⁶ En Roma la estipulación era un contrato formal (una interrogación de la parte que recibía la promesa y una respuesta por parte del que la daba), desarrollado en circunstancias en que la escritura no era usual. De ello los jurisconsultos dedujeron que aquel que no había hecho sino una sola interrogación no tenía sino una sola acción para reclamar los 100 (“Ticio y Mevio, ¿me prometen pagarme 100? Lo prometemos”). Para obtener una obligación solidaria de Ticio y Mevio, de modo que se les pudiera exigir a ambos los 100, era necesario una doble interrogación a cada uno de ellos y una doble respuesta (Esta solución surge de las *Institutas* de Justiniano, Libro III, Título XVI, cuyo texto dice así: “Dos o muchas personas pueden ser parte conjuntamente en la estipulación o en la promesa. En la estipulación, si después de la interrogación de todos, responde el promitente: SPONDEO; por ejemplo, cuando habiendo estipulado separadamente dos personas, el promitente responde: RESPONDO DE DAR A CADA UNO DE VOSOTROS. Porque si responde primero a Ticio, y en seguida después de la interrogación del otro, responde también, habrá dos obligaciones distintas, y no dos coestipulantes. Dos o muchos copromitentes se dan a conocer así: MEVIO, ¿RESPONDES DE DARME LOS MISMOS CINCO SUELDOS DE ORO? SEYO ¿RESPONDES DE DARME LOS MISMOS CINCO SUELDOS EN ORO? Respondiendo cada uno de ellos separadamente: YO RESPONDO. 1. Por consecuencia de tales obligaciones, la cosa estipulada se debe en su totalidad a cada uno de los estipulantes, o en su totalidad por cada uno de los promitentes. Sin embargo, en una y en otra obligación no hay más que una cosa debida; y el pago, sea recibido por uno solo, destruye la obligación para todos los acreedores, y deja libres a todos los deudores. 2. De los dos copromitentes, el uno puede ser obligado pura y simplemente, y el otro por término o bajo condición; y ni el término ni la condición opondrán obstáculo a que se pida inmediatamente el pago a aquel cuya obligación es pura y simple.”)

⁵⁹⁷ Femery afirma que hay sólo dos formas de contraer una obligación por parte de dos personas a favor de una tercera. Una primera forma es que se diga: “Prometo pagar 50 a Félix. Firmado: Pablo. Prometo pagar 50 a Félix. Firmado Luis”. La segunda es decir: “Prometemos pagar 100

de razonamiento, el problema de la introducción de la solidaridad en las sociedades comerciales, no habría sido algo relacionado con las reglas aplicables a tales sociedades, sino el resultado de interpretar más “intuitivamente” el alcance de una obligación plural: si dos personas se obligan a realizar la misma prestación –sostiene Fremery– sería más natural entender que dicha prestación es exigible a ambas en su totalidad, y no en forma mancomunada como en el sistema romano.⁵⁹⁸

Troplong discrepa con dicho punto de vista. Sostiene que el punto de partida de Fremery –el texto de Papiniano (Digesto, L° XLV, T° XVI, ley 9, pr., citado en nota 597)– está alterado.⁵⁹⁹

Por último, en cuanto a las razones históricas que dieron lugar al nacimiento de la regla de la solidaridad en las sociedades comerciales, se ha sugerido como otro de los factores que sin duda ha de haber tenido una influencia importante, a la legislación antiusura.⁶⁰⁰

Según el análisis histórico efectuado en la Parte II, hemos determinado que la cuestión de la usura tomó verdadera importancia durante la edad media, aunque las primeras ideas y antecedentes legislativos aparecidos no se relacionaban con la sociedad.⁶⁰¹ Luego encontramos, desde el siglo XII, el desarrollo en el campo de la moral por parte de los teólogos escolásticos, de las llamadas causas de justificación, tanto del interés propiamente dicho, como del lucro en

a Félix. Firmado Pablo y Luis”. En esta última forma, si se la analiza detenidamente -dice Fremery- se advierte que Pablo y Luis prometen y que el objeto de la promesa es entregar 100.

Pero a partir de la generalización de la escritura -continúa Fremery desarrollando su explicación-, ya no eran necesarios los testigos para comprobar si la estipulación y su respuesta se habían producido, sino que la escritura era la forma de saberlo y constatar los términos en que se había contraído el vínculo (Ulpiano en *Digesto*, Libro XLV, Título II, ley 8). En ese estadio la pronunciación de las palabras solemnes no era ya sino una vieja costumbre. Desde el siglo II y III, para determinar si una obligación contraída por dos o más personas fue o no solidaria era suficiente que el acto enunciara que la estipulación hubiera sido hecha de modo que los contratantes se hubieran obligado por la *totalidad*. En el año 469 el emperador León proclama la inutilidad de atenerse a la formalidad de las palabras. Así la doble interrogación dejó de ser necesaria.

No obstante lo expuesto, dado que un uso prolongado por siete siglos como el de la doble estipulación, ha debido dejar seguramente huellas, resulta que el mismo aparece recogido por el Digesto; y el propio Justiniano, en la *Novela* 99, estableció que la obligación se divide entre los fiadores, si no se hubiera establecido que sería solidaria entre todos ellos. Así este principio pasó al art. 1202 del cód. civil francés (fuente del artículo 701 de nuestro Código Civil).

Sin embargo, lo antes expuesto no prueba -dice Fremery- que los jurisconsultos romanos hubieran decidido que en los casos distintos de las obligaciones contraídas mediante estipulación, todas las otras obligaciones también tuvieran que dividirse de pleno derecho entre los obligados. Y cita la opinión de Papiniano en la ley 9 (pr.) del Libro XLV, Título XVI del *Digesto*: “Deposité una misma cosa en poder de dos al mismo tiempo, ateniéndome por la totalidad a la fidelidad de ambos, o di a dos de igual manera la misma cosa en comodato; los dos se constituyen reos de prometer, no solamente por las palabras de la estipulación, sino también por los demás contratos, como el de compra, venta, locación, conducción, depósito, comodato, y por testamento; por ejemplo, si habiendo instituido varios herederos el testador dijo: «Ticio y Mevio denle diez a Sempronio».”

Fremery infiere del citado texto lo siguiente: 1) que según la doctrina de los jurisconsultos debía buscarse la intención de los contratantes; 2) que las expresiones “Ticio y Mevio denle 10 a Sempronio”, expresa la intención de obligar solidariamente a ambos.

⁵⁹⁸ Halperín, Isaac, “Contratos y Obligaciones Comerciales”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, p. 161 y siguientes, en particular, p. 188, N° 13, § 21; Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico - Parte General*, § 55, p. 162 y sig.

⁵⁹⁹ Troplong, *Du Contrat de Société*, T° II, arts. 1862, 1863, 1864, N° 851, p. 330 y sig.

⁶⁰⁰ “Es probable que la investigación histórica confirme en Europa continental la influencia de la legislación antiusura, que al prohibir el cobro de intereses pudo haber conducido a considerar a quien contribuía dinero para el negocio de otro como actuando en su propio negocio a través de este otro.” (Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, ed. cit., p. 110).

⁶⁰¹ En los comienzos de la edad media los “padres de la Iglesia”, enfocaron la cuestión desde un punto de vista moral, sin encontrar una causa de justificación para la institución de los intereses en el préstamo de dinero. Y si bien no pretendieron realizar un estudio de los aspectos jurídicos y económicos involucrados, su análisis solamente parecía tener como trasfondo al contrato de *préstamo* o *mutuo*. Recuérdese que las disposiciones del derecho canónico durante este período estuvieron referidas exclusivamente al *préstamo* con intereses y dirigidas en primer lugar al clero, aunque con el tiempo la pretensión fue hacerlas extensivas a las leyes civiles. Por otra parte, las condiciones socioeconómicas de la época hacían poco probable que las reflexiones sobre la usura llegaran a vincularse con el contrato de *sociedad*.

general.⁶⁰² Al respecto, no cabe duda que la idea del peligro de pérdida del capital, ha debido tener influencia en la afirmación de la regla de la solidaridad en las sociedades comerciales.⁶⁰³ Sin embargo, la legislación canónica desarrollada durante la edad media estuvo sólo dirigida a prohibir los intereses en el mutuo, tal como vimos (supra § 16). La preocupación de extender la prohibición de los intereses, a otras formas jurídicas consideradas de efectos económicos similares, se concretó en normas canónicas durante la edad moderna, cuando la costumbre de la solidaridad en las sociedades comerciales ya se había afianzado; aunque sí han influido sin duda dichas normas canónicas modernas en la regulación escrita de aquellas costumbres, producida durante este período. En este aspecto, los antecedentes canónicos encontrados se refieren a ciertas cláusulas del contrato de sociedad, o de ciertas formas de éste que implicaban acuerdos de participación, en los que se declaran ilegítimas aquellas cláusulas que aseguran a alguna de las partes la existencia de utilidades, o la integridad del capital (§ 22).⁶⁰⁴

b) *Requisitos para el nacimiento de la solidaridad (la razón social)*

Dejando de lado la cuestión de los orígenes de esta forma de responsabilidad, es del caso referirse a los requisitos necesarios para que los socios –en estas primitivas sociedades comerciales medievales– quedaran comprometidos solidariamente. Es así que esta forma de solidaridad venía acompañada por la actuación del gestor en nombre de todos los partícipes o –cuando estos eran numerosos– de su abreviatura o razón social (lo que le dio como nombre a esta

⁶⁰² En este aspecto debemos recordar que el renacimiento de la actividad comercial en las ciudades italianas que se produjo a partir de los siglos X y XII, llevó a los teólogos escolásticos a desarrollar análisis que permitieran establecer una congruencia entre los principios y la realidad social. Así fue como desarrollaron los tres conocidos casos de justificación (por fuera del *mutuo*, propiamente dicho): el daño emergente, el lucro cesante y el peligro de pérdida del capital (§ 15).

⁶⁰³ Vimos en su momento que Santo Tomás justificaba el lucro -sin considerarlo bueno en sí mismo- cuando tenía como destino el sustento de la familia o cuando se aplicaba a satisfacer el interés general (*Summa*, 2ª 2ª, cuest. LXXVII, art. IV). Ello llevó a justificar tanto el *stipendium laboris* en el “mercader-viajero” (dados los riesgos a los que estaba expuesto), como la retribución del “mercader-sedentario capitalista”, quien beneficiaba a la comunidad con su capital y su organización. Por ello, si bien estaba prohibido prestar dinero a interés, estaba permitido darlo como aporte a una *societas* y recibir por ello una ganancia (Böhm-Bawerk, ob. cit. ps. 47 y 48; y Le Goff, ob. cit., p. 86).

En el contrato de *societas*, tal como lo habían conocido los romanos, existían diversos riesgos. Era posible que no se obtuvieran utilidades de la actividad común. Era posible que el resultado de los negocios no permitiera siquiera recuperar, según el caso, o bien la inversión del capital inicial, o bien el valor del trabajo aportado a dicha actividad. Cabe recordar que para el derecho romano el contrato de *societas* no daba lugar a un nuevo sujeto de derecho, sino que las deudas eran contraídas por el socio que contrataba, y no comprometía a los otros socios si no tenía un poder que lo facultara a ello (§ 36).

Es posible que el rigor moral de la edad media haya considerado necesaria la justificación de las ganancias en la sociedad (sobre todo en aquellos casos en los que no estaba involucrado el riesgo personal del mercader, ni el de su trabajo personal, sino que se trataba de una participación financiera), mediante una causa más concreta de riesgo. Sobre todo, a partir del momento en que se empezó a hablar de las sociedades como entes, en los que las deudas eran contraídas a nombre de tal sociedad (conf. Fremery, ob. cit., cap. IV, p. 30 y sig.), como se verá en el § 38. En tal caso pudo haber parecido necesario justificar las ganancias con la contrapartida de un riesgo más tangible que el que surgía del peligro de pérdida de la ganancia esperada o del propio capital invertido, tal como el tener que responder *solidariamente* por todas las obligaciones sociales.

⁶⁰⁴ Recuérdese al respecto la bula *Detestabilis* (Sexto V, noviembre, 1586) y su resumen del APÉNDICE 7. En cuanto a la polémica sobre si esta bula prohibía o no el contrato *trino*, recuérdese también la bula *Sobre el sínodo diocesano* (Benedicto XIV), cuyo texto obra en el APÉNDICE 8. En tales casos se discutía si existía o no *riesgo* para el partícipe en la sociedad, que justificara el lucro que podía obtener en ella.

sociedad “en nombre colectivo”), y esta a su vez requería un apoderamiento expreso o tácito, según se verá, de los socios.⁶⁰⁵

No están claros los orígenes y los alcances de la utilización de la razón social. Existen registros de tal utilización de esta forma de contratación a nombre de una sociedad, del siglo XIII, aun cuando la práctica ya era anterior.⁶⁰⁶

Algunos han querido ver en la contratación a nombre de una razón social, la aplicación de principios del derecho romano relativos a la estipulación de los esclavos, aunque otros discrepan con dicha hipótesis.⁶⁰⁷

Por su parte Fremery –quien como dijimos consideraba que la solidaridad era consecuencia del hecho de la actuación de varios comerciantes, aunque no hubiera entre ellos sociedad– entendía que cuando en la razón social no figuraban todos los partícipes del negocio (por ejemplo N. y compañía), ello no implicaba un régimen de solidaridad para el socio oculto, puesto que esa forma de actuación no designaba sino una sociedad en comandita.

Fremery fundaba su punto de vista en las siguientes razones. Entendía por un lado que la forma común de operar en contrataciones plurales, era mediante la firma de cada uno de los obligados. La razón social, entonces, vino a ser una forma abreviada de expresar esa forma de obligarse, cuando no todos los socios participaban de la firma del acto.⁶⁰⁸ Si bien –continúa este autor– el derecho de ejercer la representación de la sociedad ha sido considerado como un mandato conferido por los socios a uno o más de ellos o a un tercero, y en ciertas circunstancias el consentimiento tácito de los socios pudo ser invocado contra los mismos, ningún acto, ningún reglamento ni uso alguno, anteriores al Código de Comercio francés –art. 22–, habían dado lugar a suponer que el solo hecho de ser miembro de una sociedad en nombre colectivo, autorizaba a cada socio a utilizar la firma social.⁶⁰⁹ Fremery citaba a Pothier como sostenedor de esta misma

⁶⁰⁵ Pothier, *Traité du Contrat de société*, N° 97/8, ps. 276/7; Fremery, ob. cit., p. 40, nota 1; Troplong, *Du Contrat de Société*, T° II, arts. 1862, 1863, 1864, N° 805, ps. 285 y 286.

⁶⁰⁶ En el año 1233 el Papa Gregorio IX le dio una carta de pago a la casa de comercio de Angelerius Solaficu y compañía (*Anglerium Solaficu et ejus socios*). Esta sociedad había sido encargada por el Papa de la cobranza de impuestos debidos a la Iglesia por Francia, Inglaterra y otras potencias: Muratori, *Antiquitates Italicae mediæ ævi*, disertación 16, T° I, p 890, cit. por Fremery, ob. cit., p. 31 nota 1 y Troplong, *Du Contrat de Société*, T° I, arts. 1841, 1842, N° 360, p. 336.

⁶⁰⁷ Ver *Digesto*, Libro XLV, Título III, ley 4, que dice: “Si un esclavo común estipulara para sí y para uno de los dueños, el caso es lo mismo que si estipulara para todos los dueños y para uno de ellos, por ejemplo, para Ticio y Mevio, y para Ticio; y es admisible que a Ticio se le deban tres cuartas partes, y a Mevio una cuarta parte.” Ver también Troplong, *Du Contrat de Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 362, p. 339; Thaller-Piq, ob. cit., N° 94, p. 103.

⁶⁰⁸ Fremery, ob. cit. ps. 39 a 44.

⁶⁰⁹ La necesidad de contar con mandato de los socios para obligar a la sociedad, por parte de quien usaba la firma social, era exigida expresamente por el estatuto de Arrezzo, de 1536, dice Fremery. Pero cuando se comenzó a tomar medidas para prevenir abusos, tales como el desconocimiento o rechazo de la firma por parte de algún socio, la costumbre empezó a exigir la autenticidad. O sea, que cualquiera podía rechazar una firma social contraída por apoderado, si previamente no había hecho conocer tal apoderamiento al cónsul de los comerciantes. De la misma forma, no se podía hacer mérito de la revocación de un poder hecho público, si no mediaba igual publicidad. Fremery cita en apoyo de lo expuesto una bula del papa Pío V del 25 de noviembre de 1569, el estatuto de Bérgamo de 1591, etc. De esta manera, el consentimiento tácito pudo ser usado contra los coasociados (Fremery, ob. cit., p. 40, nota 1).

opinión sobre el alcance del apoderamiento recíproco.⁶¹⁰ Se apoyaba también en el estatuto de la ciudad de Génova.⁶¹¹ Sostenía que esta forma de ver las cosas era conforme a la razón, por cuanto nadie podía alegar haber tomado en cuenta –al conceder crédito– la responsabilidad patrimonial de un socio del cual jamás había tenido noticias, ni por figurar en los actos de la sociedad, ni en el nombre (razón social) de la misma. Agregaba que la opinión contraria se había originado en una mala interpretación de Savary y de Pothier.⁶¹² Citaba también la autoridad de la antigua jurisprudencia italiana, que en su opinión sentaba el criterio de que en las sociedades designadas por una razón social los socios eran juzgados como solidariamente responsables de las obligaciones sociales, y en las otras los socios sólo respondían por su aporte.⁶¹³ Aclaraba que a partir de la generalización del uso de los registros, había cambiado en Europa el criterio del antiguo estatuto de la ciudad de Génova, en el sentido de que se empezó a establecer que la solidaridad de los socios se presumía, a menos que se hubiera pactado en el contrato social la limitación del socio al aporte.⁶¹⁴

El artículo 22 del Código de Comercio francés, que estableció el principio de que cualquier socio por el hecho de serlo podía obligar a los demás, sin que mediara un apoderamiento expreso, estableció: Los socios en nombre colectivo indicados en el acto de constitución de la sociedad, son solidarios, por todas las obligaciones de la sociedad, aunque uno solo de los socios hubiera firmado, siempre que éste estuviera incluido en la razón social.

⁶¹⁰ Pothier (*Traité du Contrat de Société*, N° 97/8, ps. 276/7), explica los requisitos exigidos por la Ordenanza de 1673 para imputar una obligación a una sociedad *en nombre colectivo*: en primer lugar, la deuda debía ser contratada por alguien con poder de obligar a todos los asociados; y en segundo lugar, debía ser contratada a nombre de la sociedad.

Para que el público tuviera conocimiento acerca de si alguien tenía o no poder de los coasociados -relata Pothier por su parte-, las antiguas ordenanzas habían establecido que el contrato social fuera registrado en un Archivo al efecto y publicado un extracto del mismo (las cláusulas de interés para terceros) en un lugar visible (Ordenanza de 1673, tit. 4, apart.1), aún cuando ya en su tiempo, el mismo Pothier aclara que tal costumbre de registro y publicidad habían caído en desuso (*Traité de Contrat de Société* N° 82, p. 70).

Por lo tanto -relata Pothier- se daban tres situaciones posibles respecto de la actuación de un socio de una sociedad *en nombre colectivo*. La primera correspondía al supuesto en que el contrato social hubiera estado registrado: quienes contrataban con un socio que actuaba en nombre de una sociedad con contrato registrado y ese contratante no tenía facultades para el otorgamiento de tal acto, debían cargar con su falta, y si el contratante tenía tales facultades, la sociedad debía hacerse cargo de las obligaciones resultantes. En la segunda situación, si el socio que contrataba en nombre de la sociedad sin tener el contrato social registrado, lo hacía habitualmente a la vista de los socios, no cabía duda que los terceros podrían tener justas razones para suponer que lo pudo haber hecho con la autorización de tales socios. El tercer caso –el más difícil– se planteaba cuando algún socio actuaba en nombre de una sociedad sin contrato social registrado, pero con un contrato entre partes con la expresa cláusula de exclusión de la facultad de representar a los socios. Este caso decía Pothier debía resolverse a favor de la exigibilidad de las obligaciones así contraídas, por cuanto siendo de práctica que los socios se dieran poderes recíprocos para contratar sobre los negocios de la sociedad, quien contratara con uno de ellos tendría justas razones para creer que también éste tenía tal poder de representación, puesto que no se le había hecho conocer tal cláusula restrictiva del contrato (Pothier, ob. cit. N° 98, p. 277). De la misma manera debería resolverse la cuestión si, en lugar de un socio, hubiera contratado en nombre de la sociedad un simple factor instituido por todos los socios (Pothier, ob. cit. N° 99, p. 278).

⁶¹¹ El estatuto de la ciudad de Génova, en su Libro 4, capítulo 12, establecía que los socios cuyos nombre fueran exhibidos por la sociedad en su actuación frente a terceros, serían tenidos por obligados solidarios en las obligaciones contraídas por cualquiera que actuara a nombre de la sociedad; y sólo por el porcentaje de su participación, en los casos en que su nombre no figurara en la razón social (Fremery, ob. cit. ps. 40 y 41; Troplong, *Du Contrat de Société*, T° I, arts. 1841, 1842, N° 361. p. 337, nota 2).

⁶¹² El pasaje de Pothier que habría dado -según Fremery- lugar a la controversia, es aquél en que describe las características de la sociedad en comandita: es una sociedad, dice, en la cual un comerciante contrata con un particular, por un negocio que será hecho *al solo nombre* de dicho comerciante, y el otro socio contribuye solamente con una cierta suma de dinero que aporta para formar el fondo de la sociedad, bajo la convención de obtener una participación en las utilidades si las hubiera (Pothier, *Traité du Contrat de Société*, N° 60, p. 260).

Fremery sostiene que la referencia *al solo nombre* del comerciante, significa solamente que el comanditario no debía figurar en la razón social, y que la opinión de que dicho pasaje permitía inferir que la forma de contratación *N. y compañía* implica una sociedad solidaria, es debida a Merlin. Agrega que el uso ha dejado de lado dicha interpretación, puesto que en el Código de Comercio francés (art. 23) prevaleció la opinión de que la sociedad en comandita podía y debía actuar bajo una razón social (Fremery, ob. cit., p. 41).

⁶¹³ Decisiones 39, n. 9 y 10 y 46 n. 3 de la Rota de Génova, cit. por Fremery, ob. cit., p. 42.

⁶¹⁴ Esta reflexión surge del análisis que Fremery hacía del caso de la quiebra de una sociedad que había girado bajo la razón social de *N. y compañía* y cuyo contrato social no había sido publicado, ni existía “cláusula de comandita” (limitación de la responsabilidad al aporte) para los socios que no figuraban en la razón social. Se trata del caso “Ch. Moke et Cie.”, referido por Merlin, Répert. de Jurisp., *Société*, sec. 2, § 3, art. 2, citado por Fremery, ob. cit., p. 43.

Por su parte Troplong discrepa con la teoría de Fremery, no obstante reconocer su erudición. Con relación a lo dispuesto en el Digesto (Libro XLV, Título III, ley 37, “De la estipulación de los esclavos”),⁶¹⁵ cita la opinión de Bártolo,⁶¹⁶ y respecto del Libro XLV, Título II, ley 11 (De la constitución de dos obligados), también del Digesto, a Pablo de Castro,⁶¹⁷ quienes se pronuncian a favor de considerar que la fórmula *N. y compañía* implicaba una obligación solidaria aún para los socios ocultos. Luego de ello comenta también a Straccha, en su tratado *De mercatura*, donde este autor analiza diversas decisiones de la rota de Génova (decisiones N° 14,⁶¹⁸ y la que había sido comentada por Fremery, aunque según Troplong obteniendo conclusiones opuestas, N° 39,⁶¹⁹ lo mismo que respecto de las N° 46⁶²⁰). En cuanto

Tales socios (los que no figuraban en la razón social) pretendieron no responder de las deudas de la sociedad ante los reclamos de los acreedores de la misma, pero la jurisprudencia francesa decidió que debían hacerlo. Se preguntaba Fremery si esta decisión no era contraria al citado estatuto de Génova, pero se contestaba diciendo que hasta el siglo XVI las sociedades se concertaban verbalmente y las anotaciones en los libros del deudor eran la única forma de probar la existencia de las mismas. En la época del estatuto de Génova, el deudor que no figuraba en la razón social no se le podría haber reclamado más que la integración de su aporte, puesto que tampoco se le podría haber probado nunca haber convenido una cláusula diferente. Por el contrario, luego de la difusión de los registros, aquél que no limitaba su responsabilidad al aporte, fue tenido como obligado solidario, concluye Fremery invocando a Straccha en su apoyo (Straccha, *De Mercatura*, part. 2, n. 53, p. 302, citado por Fremery, ob. cit. ps. 43 y 44).

⁶¹⁵ Que dice así: “Ley 37. Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio, libro III*. Si un esclavo común estipulase así: «¿prometes dar a Lucio Ticio y a Cayo Seyo?», los cuales son dueños de él, se les debe a ellos por porciones viriles en virtud de la estipulación; pero si de este modo: «¿prometes darles a mis dueños?», con arreglo a la parte en que fuesen mis dueños; y así: «¿prometes dar a Lucio Ticio y a Cayo Seyo, mis dueños?» se dudaría si se les debería por proporciones viriles, o según su parte de dominio. E importaría saber qué se había añadido para hacer la designación, y qué parte de esta estipulación tendría la causa principal; pero cuando se recurrió antes a los nombres, parece que es más razonable que se adquiriera para ellos la estipulación por partes viriles, porque los nombres de los dueños se tienen como demostración.”

⁶¹⁶ Bartolo, que escribió en el siglo XIV, decía sobre el particular, que según el uso que existía en Italia, era costumbre que en los libros y documentos emitidos por comerciantes, uno de ellos fuera designado por su propio nombre y todos los otros mediante la siguiente forma: *Ticio y compañía*. Pareciera que a primera vista Ticio se obligara y adquiriera derechos por mitades y los otros por su parte en la sociedad. Sin embargo -continuaba- puesto que tales palabras contienen el contrato en virtud del cual los comerciantes se han obligado, si se ha demandado por la acción institoria, todos son tenidos como solidarios, puesto que se considera que todos han hecho el negocio por Ticio (ver *Digesto*, L° XIV, T° I, ley 4, De la Acción Ejercitoria, que dice: “Pero si muchos ejercieran por sí de naviero en la nave, son demandados conforme a las partes de su ejercicio; porque no son considerados como patronos recíprocamente unos de otros. § 1. Mas si fueran muchos los navieros, pero a uno de ellos lo hubieran hecho patrón, podrán ser demandados por el todo en nombre de éste.”). En cambio -continuaba Bartolo-, si de los términos de la obligación surgiera el total de lo que es debido a la sociedad, según el rigor de las palabras, debería resolverse conforme lo que estaba establecido en el *Digesto* (L° XLV, T° III, ley 4) para el caso de la estipulación mediante esclavos (ver nota 607); sin embargo, la equidad y el uso común sugieren lo contrario. Ticio no es nombrado por adquirir una parte mayor que los otros, sino para mostrar que es el “jefe” de la sociedad (Troplong, *Du Contrat de Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 362, p. 340).

⁶¹⁷ Este autor, posterior a Bartolo, justificó la doctrina de éste que se acaba de exponer en la nota anterior y la defendió de las críticas de que había sido objeto. Agrega a los argumentos dados, que puesto que los acreedores que contratan con alguien que lo hace bajo la fórmula *N. y compañía*, ignoran quiénes y cuántos son los socios de éste, es necesario, cuando un socio oculto es encontrado y descubierto, establecer la solidaridad de este último, para la protección del crédito comercial.

⁶¹⁸ Con relación a la decisión 14 de la rota de Génova, Troplong reproduce la opinión de Straccha, con motivo del caso de un *institor* que había realizado negocios con terceros, en su propio nombre, sin utilizar razón social alguna. No obstante ello, pretendía el *institor* que por el hecho de haber habido detrás suyo una sociedad (que no se había hecho conocer a tales terceros) las obligaciones por él contraídas recayeran sobre la sociedad. Dice Troplong que Straccha, luego de exponer las razones que hicieron rechazar la pretensión del *institor*, tuvo por ello la oportunidad de comentar la opinión de Pablo de Castro (quien argumentaba contra los asociados partícipes de dicho negocio). Dijo Straccha en este caso, que no había razones para considerar a los comitentes de tal *institor* como obligados solidarios, puesto que ello sólo es posible cuando se hubiera empleado la fórmula *N. y compañía*.

⁶¹⁹ Este caso se trataba de un partícipe en una sociedad que litigaba contra un socio que no había administrado la sociedad. Un tal Dominique Spinola había entregado sus fondos “a pérdidas y ganancias” a una sociedad que había girado bajo la razón social *Nicolas, Jean-Jaques et Paul de Auria*. El reclamante pretendía que Nicolás -que no había administrado la sociedad- le rindiera cuentas. Straccha -dice Troplong- se preguntaba sobre el verdadero carácter de Dominique Spinola; sobre si era o no un socio. En caso de ser considerado socio corriente, Spinola no podría reclamar rendición de cuentas a un socio que se había mantenido apartado de la administración según su propio consentimiento y en virtud de la organización social. Según Straccha, la opinión de la rota sobre este punto estuvo dividida. Unos dijeron -continúa el relato- que Spinola era socio, fundados en los contratos de la casa de comercio, aunque consideraron que este punto era indiferente, porque si Nicolás no había administrado por el mismo, había al menos dejado poderes durante su ausencia a un procurador para actuar en su nombre. Los otros llegaron a la misma solución final, pero por otro camino, dado que entendieron lo siguiente: que Spinola no era un socio ordinario; que no había hecho otra cosa que invertir sus fondos en una sociedad ya formada sobre bases que él no había establecido; que no era sino un *partícipe* o un *comitens pecuniam ad honestum lucrum*, o bien un depositante o prestamista; que tal participación no debía ser juzgada por las mismas reglas que la sociedad; que el partícipe o el comanditario que participa en una sociedad ya formada no está en las mismas condiciones que un socio ordinario; que no ha podido influir sobre la forma de administración, la cual ha sido encontrada por él ya establecida; que habiéndole indicado a Spinola, la

al argumento de Fremery, relativo al antecedente del estatuto de la ciudad de Génova, Troplong replicó diciendo que dicho estatuto cuando prescribía que los socios fueran tenidos como solidarios frente a terceros siempre que su nombre figurara en los actos de la sociedad, no demuestra lo que pretende Fremery, por cuanto según Straccha, hay dos maneras de expresar el nombre en un acto de comercio: expresamente (cuando dicho nombre figura en la razón social), o tácitamente, lo que para él sucedía con la fórmula *N. y compañía*.⁶²¹ Concluye entonces Troplong, sosteniendo que la mencionada fórmula originalmente designaba socios solidarios frente a terceros, como es el caso de las sociedades en nombre colectivo; y que sólo más tarde la sociedad en comandita tomó la expresión *N. y compañía*, como consecuencia de la generalización de la escritura en la constitución de las sociedades.⁶²²

c) *Fuentes de la representatividad del gestor*

En cuanto al origen de la representatividad del gestor, originalmente se requirió de un poder expreso. Luego –a partir fundamentalmente de la existencia de los registros (ver § 41)– se entendió que por el solo hecho de formar sociedad, si no se inscribían las restricciones que se le quisieran imponer al gestor, éste gozaba de un apoderamiento tácito.⁶²³ Más tarde, el Código de Comercio francés de 1807, en su artículo 22, llegó a establecer que los socios en nombre colectivo indicados en el acto de constitución de sociedad, son solidarios por todas las obligaciones de la sociedad, aunque uno sólo de los socios hubiera firmado, siempre que éste estuviera incluido en la razón social (ver nota 609).

razón social *Nicolas, Jean Jacques et Paul de Auria*, como socios *en nombre colectivo*, ha debido tenerlos por tales; que Spinola ha de haberse seguido por su buena fe y ha de haberle importado poco que uno de los socios se hubiera abstenido de la administración.

Troplong concluye estableciendo las razones por las cuales entiende que esta decisión de la rota de Génova no apoya el punto de vista de Fremery antes expuesto: señala que la decisión 39 no se ocupa del caso de una sociedad que girara bajo una razón social del tipo *N. y compañía*, sino de una que indica la actuación de sólo tres personas, por lo que deja sin resolver la situación en que quedarían los socios comanditarios. En definitiva, sostiene que en el caso de tal fórmula, si no hay una nominación expresa, hay al menos aquella nominación tácita de la cual hablaba Straccha, cuando decía que la actuación de una sociedad bajo un nombre podía ser expresa, o podía comprender virtualmente a los socios no nombrados: *virtualiter alii continentur* (Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, arts. 1841, 1842, Nº 365, ps. 348 y sig.).

⁶²⁰ En esta decisión se trató el caso de un reclamo en el que Jean de Grimaldi demandó a la sociedad *Etienne Cicala et J. B. de Grimaldi* de Venecia, y reclamó que los dos socios mencionados fueran condenados solidariamente a pagarle una cierta cantidad de dinero, en su calidad de partícipe de dicha sociedad, o al menos que le rindieran cuentas. Se trataba de un juicio entre socios y no con terceros. En este caso nuevamente Troplong expone el relato que de este precedente hace Straccha. Y es del caso que éste destaca que Cicala y Jean-Baptiste Grimaldi eran tenidos como deudores solidarios frente a terceros, puesto que sus nombres figuraban en la razón social. La cuestión que debía resolver aquí la rota –y ese fue el punto de vista en que se colocó Straccha en su comentario–, era si esa solidaridad debía mantenerse frente a un socio. La rota decidió que no.

Troplong termina el comentario de esta decisión 46 diciendo que este caso tampoco brinda ningún elemento de juicio a favor del punto de vista de Fremery, relativo al caso de si en sus orígenes la sociedad del tipo *N. y compañía* implicaba una sociedad “en comandita” para los socios no mencionados en la razón social, o si éstos eran también solidarios como en una sociedad “en nombre colectivo”. Agrega que está lejos del pensamiento de Straccha, en el comentario de dicha resolución, referirse al caso de una sociedad que gire bajo en nombre *N. y compañía* (Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, arts. 1841, 1842, Nº 366, ps. 347 y sig.).

⁶²¹ Troplong, *Du Contrat de société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 368, ps. 348 y 349.

⁶²² Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 369, ps. 349 y 350.

⁶²³ Ver la explicación de Pothier en nota 610. Igualmente Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº II, arts. 1862, 1863, 1864, Nº 805, ps. 285 y sig.

d) *La sociedad colectiva moderna*

La sociedad *en nombre colectivo*, también llamada *societas general* en Francia,⁶²⁴ y hoy denominada sociedad *colectiva*, ha conservado modernamente las características básicas de su regulación medieval, con el agregado surgido en Francia a partir de los siglos XVI–XVII (como se verá en el § 41), de la exigencia del registro y la publicidad para evitar fraudes.⁶²⁵ Así pasó al Código de Comercio francés de 1807, que la reguló en el artículo 20 y siguientes, e incorporó –como se dijo– en su artículo 22, el principio de que cualquiera de los socios era capaz de obligar a los demás, sin necesidad de poder expreso.

En el ámbito anglosajón, esta figura –con características similares– se denominó *partnership*.⁶²⁶

Ahora en nuestros días, luego del gran desarrollo que ha tenido la forma corporativa para la instrumentación de negocios (y más aún luego del desarrollo de la variante la llamada entre nosotros *sociedad de responsabilidad limitada* y con denominaciones equivalentes en otros países), la utilidad práctica de la sociedad colectiva se ha reducido significativamente, no obstante la ventaja teórica que significa el mayor crédito derivado la responsabilidad solidaria de sus socios, que debería traducirse en un acceso más barato a la financiación.⁶²⁷

§ 38. Las sociedades como “entes” titulares de aportes y deudas

En la antigua Roma, no era una expresión usual decir que la *societas* constituía una *persona jurídica*.⁶²⁸ Tampoco se decía que la comunidad de bienes a ella aportados constituyera

⁶²⁴ Pothier, *Traité de société*, N° 82, p. 270.

⁶²⁵ Solá Cañizares, ob. cit., ps. 6 y 7.

⁶²⁶ Solá Cañizares, ob. cit., p. 7; Le Pera, *Joint venture*, p. 29 y ss., y “Sociedad y persona jurídica”, L. L. 1989-A, cap. VI, p. 1089 y sig.

⁶²⁷ Clark, Robert Charles, *Corporate Law*, Boston - Toronto, Little Brown and Company, 1986, ps. 8 y sig.; Solá Cañizares, ob. cit., p. 10.

⁶²⁸ Se usa la expresión *persona jurídica* como descriptiva de una situación en la que existe alguna forma de separación patrimonial. La forma en que este término ha sido usado por la doctrina ha sido -y sigue siendo- fuente de numerosos malentendidos. En este sentido es muy ilustrativo el análisis que sobre la definición de este concepto efectuó Herbert L. A. Hart en *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford University Press, 1953, tr. castellana de Genaro Carrió, “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 93 y sig.

El citado autor comienza por advertir que la expresión en cuestión carece de *referencia semántica -counterpart-* (ob. cit. parágrafo I, en particular, ps. 97 y sig.; sobre el alcance de dicha expresión ver Guibourg y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, ed. cit., parágrafo 1.4.4., ps. 56 a 60). Esto implica que dicha expresión no tiene como correlato cosa alguna que tenga existencia real. Esto no es algo anómalo, puesto que el lenguaje ordinario utiliza frecuentemente expresiones de este tipo. Sólo que la utilización de estos términos en un lenguaje técnico, exige un cuidado especial para evitar caer en situaciones confusas.

Señala además que esta expresión tampoco puede ser objeto de definición según el clásico método de *género próximo y diferencia específica*, puesto que cuando se pretende definir el *género superior* no existen otros conceptos en término de los cuales definir a éste (ob. cit. parágr. III, ps. 110 y sigs.). En consecuencia sólo puede recurrirse a un tipo de “definición” no verbal, de tipo *ostensivo* (sobre esta clase de definición ver Guibourg y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, ed. cit., parágr. 1.4.9.1., ps. 74 y sigs.), que nos ilustre en el contexto de su utilización, acerca del uso del término.

De la aplicación de dicho método al concepto de *persona jurídica*, dice Hart, se puede concluir que la forma en que los juristas utilizan esta expresión, es una manera de condensar una idea que de otra forma requeriría una larga exposición, que no tiene otro alcance que correlacionar ciertos hechos con ciertas consecuencias jurídicas, sin que dicha expresión tenga correlato fáctico alguno. Una explicitación sobre la forma en

una *gesamte hand*,⁶²⁹ sino que se la consideraba una simple *communio*. De la misma manera, no existían deudas de la *societas*, sino tan solo de los *socii*.⁶³⁰

Es recién a partir del siglo XII, en las ciudades italianas, cuando se empieza a hablar de las sociedades como “entes” titulares de aportes y deudas. En aquel tiempo y lugar, el desenvolvimiento del comercio y probablemente la necesidad de aumentar el crédito de que podían ser mercedores, llevaba a los comerciantes –quienes en muchos casos como vimos en el punto anterior, eran familiares o coherederos que continuaban con la administración de la casa de comercio paterna– a hacer conocer su actividad bajo el nombre de una *razón social*, a firmar conjuntamente sus obligaciones sociales (u otorgarse poderes recíprocos entre ellos para hacerlo), y a usar el pronombre posesivo plural para hablar los unos de los otros: *il nostro, nuestro Señor N., hemos recibido, etc.*⁶³¹

Entre las razones que llevaron a esta evolución se ha señalado la influencia de la antigua “propiedad en mano común” de los pueblos germanos, dada la estrecha relación que existió entre los vínculos familiares de esta forma de co–propiedad y la influencia de las relaciones familiares en las sociedades entre comerciantes de la edad media.⁶³²

A partir de ello, los jurisconsultos comenzaron a referirse a las sociedades como *entes colectivos –corpus mysticum–*, poseedores de voluntad, un domicilio y bienes, capaces a la vez de contraer deudas y ser titulares de créditos. Como consecuencia del afianzamiento de este punto de vista, fue costumbre universal que el representante de la sociedad obligara a todos los miembros del “cuerpo” a nombre del cual actuaba, sin otro apoderamiento que la declaración de los co–asociados, o aún su consentimiento tácito. La forma para lograr tal resultado según el

que términos como el que se consideran constituyen una fórmula que reemplaza convenientemente una –a veces– larga correlación entre hechos antecedentes con consecuencias normativas, se puede encontrar en Alf Ross, *Tu-Tu*, Harvard, Law Review Association, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, ps. 22 a 38.

Los intentos tradicionales de definición del término *persona jurídica*, así como las disputas sobre su naturaleza jurídica fallan en que tratan de “traducir” esa expresión a otras expresiones que describen elementos de la realidad (ob. cit. parág. V, ps. 125 y sig.). Un ejemplo de ello es la disputa entre los partidarios de la teoría de la “ficción” y los de la “realidad”. En consecuencia –dice Hart– en lugar de preguntarnos sobre “¿qué es una persona jurídica?”, sería más útil preguntarse “¿bajo qué tipo de condiciones las normas jurídicas atribuyen responsabilidades a las personas jurídicas?” (ob. cit. parág. VI, ps. 131 y sig.). En este sentido, es que encontramos que la expresión alude a cuestiones de distintas formas de separación patrimonial (conf. Vernengo, Roberto, *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1972, 2ª edición, primera reimpresión, 1985, p. 276).

Ahora bien, es del caso aclarar que el concepto de *persona jurídica* no era utilizado entre los romanos, puesto que el desarrollo del mismo fue muy posterior (Fargosi, Horacio P. “Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, en *La Ley*, 1988-E, p. 797 y sig.).

⁶²⁹ En las organizaciones germanas primitivas se denominaba “propiedad en mano común” a un conjunto de ciertos bienes, entre ellos podía ser el caso de una porción de tierra, que eran utilizados por los miembros de un grupo tribal o familiar en sentido amplio (*Sippe*), de acuerdo con su propia organización interna, sin que ninguno de ellos tuviera individualmente un derecho específico sobre una parte de esos bienes, ni una cuota determinada en el derecho total. Se adquiría el derecho a participar en esa propiedad común, como consecuencia de la pertenencia a la organización tribal. Tales derechos no podían ser transferidos a terceros extraños a dicha comunidad (Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, p. 112).

⁶³⁰ Schulz, ob. cit., N° 947, p. 526.

⁶³¹ Fremery, ob. cit., cap. IV, p. 30.

⁶³² Thaller-Piq, ob. cit., N° 95, p. 106; Le Pera, *Joint venture y sociedad*, p. 112 y “Sociedad y persona jurídica”, L. L., 1989-A, cap. V, p. 1089.

derecho común, suponía la mención expresa de cada uno de los socios que se obligaba personalmente y la firma de cada uno de ellos (o su apoderado); pero según esta costumbre bastaba que una letra de cambio fuera suscripta a nombre de la sociedad, expresándose el firmante de una manera “colectiva” (por ejemplo *tenemos*), para considerarlo *órgano* de la sociedad.⁶³³

Esta manera de ver las cosas implicó establecer un “primer grado” de separación patrimonial entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad⁶³⁴ (algunos autores prefieren decir que la *personalidad jurídica* existe o no existe, pero que no se da por grados y que en cambio es la *capacidad* la que puede ser mayor o menor).⁶³⁵ Ello fue el resultado de considerar que el conjunto de activos afectados a la actividad social —esto es aportados por los socios al nuevo “ente”— no habría de responder por las deudas de los socios originadas al margen de la actividad comercial de la sociedad. Esta exclusión comprendía aún a la esposa del socio, no

⁶³³ Fremery, ob. cit., cap. cit., p. 31.

⁶³⁴ Se entiende que el “primer grado” de separación patrimonial se verifica cuando los bienes sociales están excluidos de la acción de los acreedores personales de los socios, y la separación patrimonial “completa”, cuando los acreedores de la sociedad no pueden dirigir su acción contra los bienes personales de los socios (Le Pera, *Joint venture y sociedad*, p. 130).

Sin embargo, decir que el ordenamiento jurídico establece en algún caso una cierta forma de separación patrimonial, no implica necesariamente decir que se ha creado una *persona jurídica* (sobre el alcance de este concepto ver nota 628).

Sobre este punto, a lo ya expuesto sobre el concepto de persona jurídica, así como sobre el de *sujeto de derecho* (sobre la diferencia entre ambos conceptos ver Le Pera, ob. cit., p. 133), cabe agregar que dichas expresiones no son definidas por las leyes, ni tampoco éstas les atribuyen consecuencias jurídicas. *Persona jurídica* es un mero concepto clasificatorio que “cumple una función argumentativa en un estilo ‘conceptualista’, una de cuyas técnicas (quizás la principal) consiste en tomar algunas características de la figura en cuestión y en razón de tales características declara la pertenencia de esta figura a una clase más genérica (en el caso la de los ‘sujetos de derecho’, a partir de lo cual se pueden proponer (‘deducir’) que ciertas características que se declaran propias de la clase general serán aplicables a la figura en cuestión” (Le Pera, ob. cit. p. 171/2).

Tal idea es la que sin duda llevó a que el *Proyecto de Código Civil* elaborado por la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación” en 1987, en su artículo 34 inciso 5, estableciera que “la medida y modalidades de la separación patrimoniales de una persona jurídica es la que resulta en cada caso de la ley”. Dicha idea también debe haber inspirado al texto obrante en las Notas Explicativas de dicho proyecto, capítulo II, apartado C (sobre las reformas en particular), punto 2, al decir que: “Si casos tan variados son considerados ‘sujetos de derecho’ (‘persona jurídica’), es claro que no todas las personas jurídicas son iguales. En los casos mencionados ellas son sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, anónimas, consorcio de copropietarios, y están sujetas a las reglas legislativas propias de la figura de que se trate. La Reforma optó por no trazar con total definición la línea demarcatoria de la expresión “persona jurídica”, dejando así al intérprete un ámbito de decisión que usará teniendo en cuenta los propósitos de la clasificación y sus consecuencias”.

Por cierto que los juristas no calificaban de *personas jurídicas* a las sociedades comerciales en el medioevo. La utilización de esta expresión para referirse a los “entes” de derecho privado cobra importancia cuando se aplica a las sociedades anónimas -casos de separación patrimonial completa- (Fargosi, “Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, ob. cit. p. 799). Aún hoy, la utilización de este concepto clasificatorio (“personas jurídicas”) para referirse a aquellos tipos sociales de separación patrimonial “incompleta” (los que implican responsabilidad subsidiaria y solidaria de todos o algunos de sus socios) no es una cuestión pacífica en el derecho comparado (ver Le Pera, “Sociedad y persona jurídica”, *La Ley*, 1989-A, cap. II, ps. 1085/6; Solá Cañizares, ob. cit., p. 21).

En cuanto a la historia de cómo y con qué alcance empezó a usarse esta expresión, según la investigación realizada por Von Gierke, de la que da cuenta Fargosi, (ob. cit., p. 797) tenemos que los primeros antecedentes corresponderían en el siglo XIII a Sinibaldo de Fieschi (luego el papa Inocencio IV), quien —con el mismo propósito al que aludía Le Pera en el pasaje antes citado— procuraba argumentar en contra de la práctica usual en sus tiempos, de sancionar a las ciudades que se rebelaban contra el soberano o el pontífice, de modo tal que tales sanciones alcanzaban a todos los miembros del cuerpo, incluidos los inocentes. Para ello introdujo la distinción entre el hombre con alma y cuerpo (personalidad real desde el punto de vista físico y anímico) y las corporaciones que carecen de tales características (personalidad funcional). Tal distinción dio lugar al nacimiento del concepto de personalidad ficta.

Un ejemplo moderno y cercano del uso argumentativo de la clasificación de una institución como persona jurídica o no, y de cómo dicha técnica no asegura que los resultados a los que se arrije sean satisfactorios, la tenemos en la controversia sobre la clasificación de los consorcios de propiedad horizontal como sujetos de derecho o no (ver fallo, entre otros, de la C. N. Civil, Sala A, “Consorcio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé S. A.” en L. L. 1985-A, 541; y Di Filippo, María Isabel, “La personalidad jurídica del consorcio en el sistema de propiedad horizontal. Del axioma a la realidad. Replanteo de la cuestión”, en L. L. 1990-E, p. 953).

⁶³⁵ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 8ª edición, 1980, Tº II, Nº 1087, p. 31.

obstante todos los privilegios que se le habían concedido a la dote la misma.⁶³⁶ Como correlato de dicha separación patrimonial, y en apartamiento de las reglas del derecho común, quien contrataba con un comerciante que a su vez actuaba asociado con otros, tenía como primer deudor a la sociedad formada por el comerciante contratante y sus socios, o dicho en otros términos el patrimonio formado con los aportes de tales socios, y subsidiariamente contaba con la responsabilidad personal de todos los socios. Se decía que los bienes aportados a la sociedad, así como sus acrecimientos o disminuciones, conformaban el patrimonio *de* la sociedad y ya no de los socios, quienes se transformaban en acreedores de la eventual cuota de liquidación de la sociedad.

Otra consecuencia de lo expuesto fue que, ya que los acreedores personales de los socios (por deudas ajenas a la actividad social), no tenían acción sobre los bienes aportados a la sociedad y tales socios eran meros “acreedores” de la cuota de liquidación de la sociedad, los acreedores personales podían dirigir su acción contra tales derechos emergentes de la liquidación social, la cual suponía el pago previo a los acreedores por causa de la actividad comercial de los socios (acreedores de la sociedad).⁶³⁷

El paso siguiente en este camino de considerar al conjunto de bienes patrimoniales de la sociedad como un haz de relaciones jurídicas separadas, se dio en aquellos supuestos de sociedades en los que los acreedores de la sociedad carecían de acción contra los socios, y debían conformarse con el cobro sobre los bienes sociales. A esta situación se le ha dado en llamar “separación patrimonial completa”.⁶³⁸ Aquí es del caso hacer notar que si bien la legislación de los distintos países varía respecto de determinar si son casos de *personas jurídicas* aquellos en los que hay o no separación patrimonial “completa”, y la doctrina ha solido atribuirle a esta cuestión una importancia significativa (ver sobre el particular *supra* nota 634), en general se ha entendido que esta separación patrimonial “completa” es propia de la forma *corporativa* sobre cuya aparición hablaremos más adelante.

Ahora bien; aquel conjunto de bienes aportados por los socios, que durante la vida de la sociedad han salido de la órbita de los patrimonios personales de dichos socios, se ha dado en llamar *capital social*. El derecho de los socios sobre dicho capital se limita –durante la subsistencia de la sociedad– a la participación periódica en la distribución de los beneficios, y al derecho en expectativa a la participación en la distribución final al momento de la disolución y

⁶³⁶ Este principio estaba establecido, por ejemplo, en el estatuto de la ciudad de Génova (libro 4, cap. 12, v. 4), según la cita de Fremery (cap. IV, p. 32).

⁶³⁷ Fremery, ob. cit., cap. IV, ps. 32/33.

⁶³⁸ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, p. 130.

liquidación de la sociedad.⁶³⁹ Luego, el concepto de *capital social* ha venido a traer una serie de problemas teóricos a los que luego nos habremos de referir, a partir de considerar que tales bienes aportados por los socios constituían la garantía de los acreedores.

No puede pasarse por alto que esta forma verbal de expresar las relaciones jurídicas y contables de las sociedades, tienen que ver no sólo con la manera en que el sistema de contabilidad denominado por “partida doble” –desarrollado en época cercana al nacimiento de los nuevos tipos societarios medievales– trata a las registraciones de las operaciones, sino con un cierto principio intuitivo, que lleva a considerar al fondo de comercio como un activo independiente de su dueño (aún en el caso de una actividad ejercida individualmente), como forma de poder establecer el resultado de dicho negocio, con independencia de otras fuentes de ingresos del propio titular del negocio. Ello de alguna manera restringe la trascendencia que se le ha atribuido a este recurso idiomático y técnico.⁶⁴⁰

§ 39. Participación en el negocio de otro sin responsabilidad (como negocio oculto)

Hemos visto que la generación de *obligaciones financieras* mediante el contrato de mutuo había sufrido una gran restricción durante la edad media (CAPITULO 5). A partir de allí, casi la única posibilidad para generar tales obligaciones (de otorgar *crédito*) era el contrato de *sociedad*. Pero éste –en su clase más corriente– había pasado a implicar una obligación solidaria para todos sus partícipes (§ 37).

a) *La commenda*

No ha de extrañar entonces que resultara necesario encontrar la posibilidad de no comprometer la responsabilidad patrimonial, para alguien que quería solamente participar en un negocio en común con otros, pero no responder por las obligaciones. El primer antecedente medieval en este sentido que se ha señalado es la *commenda*.⁶⁴¹ El significado de esta expresión latina se vincula con la idea de confiar.⁶⁴²

Troplong se remonta en la relación de los orígenes de este contrato, a una forma originada en la actividad agropecuaria, que los franceses denominaban *commande de bestiaux*, y

⁶³⁹ Troplong, *Du Contrat de Société*, Tº I, art. 1833, Nº 128, p. 148.

⁶⁴⁰ Le Pera, “Sociedad y persona jurídica”, *La Ley*, 1989-A, cap. XIII, p. 1097 y sig.

⁶⁴¹ En el § 19 se dijo que esta forma contractual era una de las utilizadas durante la edad media para burlar la prohibición de los intereses en los préstamos.

⁶⁴² Solá Cañizares, ob. cit., p. 160.

consistía en la entrega de ganado a un trabajador, para que lo criara y cuidara, y luego se repartieran las crías entre ambas partes.⁶⁴³

En la actividad marítima existía también una modalidad consistente en entregarle a un marino o un comerciante que iniciaría un viaje, dinero o mercaderías, para que las convirtiera por venta o trueque en otras mercaderías o en dinero, con el objeto de repartirse las utilidades. El que facilitaba el dinero o mercaderías al marino o viajante, no era responsable sino hasta la suma aportada o el valor de los bienes afectados al negocio. Este contratante, además, era protegido con un privilegio que se le reconocía sobre los bienes obtenidos como resultado de la negociación, frente a los acreedores de quien gerenciaba dicho negocio. Los franceses denominaban a esta práctica también, como *pacotille*. Del comercio marítimo, esta modalidad pasó al terrestre, y allí alcanzó su mayor difusión.⁶⁴⁴

Fremery ubica los antecedentes más remotos de la regulación de la *commenda* en el siglo XIII: las leyes establecidas por los Cruzados para el reino de Jerusalén, el estatuto de Marsella (Libro 3, caps. 19 a 24, bajo el nombre de *commendum*), así como el estatuto de Génova (siglos XIV y XV, bajo el nombre de *commenda*) y su estatuto reformado del siglo XVI (bajo el nombre de *accommoda*).⁶⁴⁵ Troplong reivindica los antecedentes franceses de este contrato como tan antiguos como los italianos: se refiere al comercio marítimo de Provençe y Languedoc. Indica otros antecedentes del siglo XII, previos a los de Fremery, tales como los casos de los estatutos de Pisa y Florencia de 1160, los de Marsella de 1253 y 1225.⁶⁴⁶

También discrepan los autores sobre la naturaleza de este contrato en aquellas primeras regulaciones. Mientras que Pardessus sostenía que aquellas le daban un tratamiento más que de una forma de sociedad, de una mezcla de mandato y locación, Troplong en cambio sostiene que los citados estatutos de Pisa y Florencia –los más antiguos–, así como los de Montpellier, Marsella y Génova, trataban a la *commenda* como una sociedad.⁶⁴⁷

Lo cierto es que en los primeros tiempos del resurgimiento del comercio en la Europa medieval, la *commenda* fue utilizada en numerosas combinaciones para el comercio marítimo y terrestre; fue un instrumento muy útil para los lombardos (italianos del norte) en sus negociaciones; sirvió igualmente para los nobles y burgueses que, impedidos –como dijimos– de prestar dinero a interés por las leyes canónicas, hacían fructificar sus capitales sin violar tales

⁶⁴³ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, p. LIV, y art. 1841, 1842, Nº 378 y 379, ps. .

⁶⁴⁴ Fremery, ob. cit., cap. V, p. 36/7; Troplong, *Du Contrat de Sociétés*, Tº I, arts. 1841, 1842, Nº 380, ps. 356/7.

⁶⁴⁵ Fremery, ob. cit., cap. V, ps. 36 y 37.

⁶⁴⁶ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 381, p. 357 y sig.

⁶⁴⁷ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 184, 1842, Nº 381, p. 357 y sig.

prohibiciones y sin comprometer su responsabilidad personal.⁶⁴⁸ Esta forma de sociedad que estamos analizando, así como la sociedad *en nombre colectivo*, fueron las dos únicas formas de sociedades que se conocieron en las ciudades italianas del medioevo.⁶⁴⁹

Hasta el siglo XVII la *commenda* se caracterizó por ser un contrato que no se comportaba exteriormente como una sociedad: el nombre de quien aportaba los fondos se mantenía oculto para los terceros, los que sólo contaban con la actuación de un comerciante (“gerente”) que contrataba a su solo nombre y por ello sólo tenían acción contra el mismo, a la manera de la participación moderna.⁶⁵⁰ Según Troplong, esta forma contractual durante este período –anterior a la Ordenanza de Comercio de 1673– que él denomina de la “escuela italiana”, era una rama de la sociedad *en participación* (luego denominada *anónima* en épocas de la citada Ordenanza) y carecía de *razón social*, aunque en esto discrepaba con Fremery, quien sostenía que era posible que una sociedad que giraba bajo una razón social, tuviera asociados sin responsabilidad solidaria (siempre que los mismos no figuraran en la razón social).⁶⁵¹ Por razón de ese carácter oculto, así como por el hecho de que no había aportes a un “fondo común”, sino tan sólo relaciones asumidas a nombre del “gerente” del negocio, no se hablaba de estas sociedades como “entes”.

b) *La participación en la Ordenanza de 1673*

A partir de la época de la Ordenanza de 1673 –el llamado por Troplong período “francés”– la participación en el negocio de otro dejó de llamarse *commenda*. Mantuvo el carácter oculto para el socio que limitaba su responsabilidad, y seguía por esos días vinculada a los negocios marítimos.⁶⁵² La doctrina ha descrito diversos casos de *participación*.⁶⁵³

⁶⁴⁸ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, p. LIV y sig. y art. 1841, 1842, Nº 383, p. 361; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 96, p. 107; Solá Cañizares, ob. cit. p. 160.

⁶⁴⁹ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, p. LXVIII, y art. 1841, 1842, Nº 357, p. 332.

⁶⁵⁰ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 384, p. 362; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 96, p. 108.

⁶⁵¹ Troplong, ob. cit., lug. cit. y art. 1841, 1842, Nº 369; Fremery, cap. VI, p. 39 y sig.

⁶⁵² Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 480 y 481, p. 447 y sig.; Solá Cañizares, ob. cit., p. 178.

⁶⁵³ Troplong describe cinco casos de combinaciones posibles que era común que adoptara la *participación*. El primero es el caso de un comerciante que, ante el conocimiento de que arribaría a un cierto puerto un cargamento de determinada mercancía a un precio que le parecía satisfactorio, ofrece a otro participar en una determinada proporción en la operación. El segundo acepta tomar dicho porcentaje (por ejemplo 1/3), y el segundo hace la compra del cargamento de tales mercaderías, a su nombre, asumiendo las obligaciones correspondientes frente al vendedor. Entre los dos comerciantes que acuerdan participar del negocio común -que consistirá en participar en las utilidades que arroje la reventa de esas mercaderías a un precio mayor- sólo existe lo que se llamaba una *cuenta en participación* (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Nº 482, p. 448 y sig.).

El segundo caso sucedía cuando alguien obtenía la concesión de la cobranza de impuestos en una determinada ciudad y necesitaba de fondos para encarar dicha actividad, podía convenir con uno o varios capitalistas la provisión de tales fondos, a cambio de participar a pérdidas y ganancias en el resultado de tal actividad. Dicha participación se mantenía oculta y el adjudicatario de la concesión era el único que asumía las obligaciones inherentes a dicho negocio (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Nº 485, p. 449 y sig.).

El tercer caso es descrito así: un comerciante había adquirido derechos sobre el cargamento de un navío y cedía una parte de ellos a otro comerciante por un precio fijo. Luego el cargamento era despachado a nombre del primer comerciante. Este comerciante se obligaba ante el segundo a participarle una parte del producido neto de la venta de tal cargamento, una vez deducidos los gastos (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Nº 486, p. 450).

Esta figura no estaba regulada por la Ordenanza de 1673, por considerar el legislador que los asuntos que involucraba eran ajenos al interés público. No obstante ello, por aquella época era conocida con el nombre de sociedad *anónima*, o de *cuenta en participación*, y era caracterizada como aquella en la que dos o más personas acordaban tomar parte en una negociación que sería llevada a cabo por una sola de ellas a su exclusivo nombre.⁶⁵⁴

El Código de Comercio francés le dedicó a la participación unos pocos artículos. La denominó *asociación*⁶⁵⁵ *en participación*. En uno de ellos fijó sus características,⁶⁵⁶ y en otro estableció las simples reglas que le serían aplicables: podría utilizarse para una o más operaciones de comercio, y tendría lugar para los objetos, en las formas y con las proporciones de participación y condiciones convenidas por los partícipes.⁶⁵⁷

La doctrina francesa determinó que la *participación* no es una “verdadera” sociedad, sino una variante de ésta, puesto que sólo se comporta como tal en el plano de las relaciones internas (entre los socios), pero no en el de las relaciones externas (frente a terceros), en el que los vínculos jurídicos se establecen sólo entre aquél que participó en el negocio y los terceros; solamente luego de concluido el negocio, tiene lugar la rendición de cuentas de las pérdidas y las ganancias. Otra manifestación del carácter “interno” de la sociedad, se encuentra en la propiedad de los aportes: estos no se transfieren a un nuevo patrimonio, sino que se mantienen en cabeza de los socios; no hay por lo tanto un “capital social”. La doctrina tradicional vio una diferencia significativa entre una y otra situación, que refuerza el hecho que la *sociedad* (para el derecho francés) constituye un *sujeto de derecho*, y la *participación* no.⁶⁵⁸

El cuarto caso se daba cuando dos comerciantes iban juntos a una feria y acordaban que con el objeto de las compras que realizarían individualmente cada uno a su nombre, formarían luego una masa común para repartirla según lo acordado. Esta sociedad se contratada verbalmente y se acostumbraba a llamarla *momentánea* (Pothier, *Traité du contrat de société*, N° 62, p. 261; Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, N° 487, p. 450 y sig.).

El quinto caso correspondía al supuesto en que dos o más comerciantes, conocedores de que una cierta mercadería se conseguía a buen precio en un puerto determinado, uno de ellos viajaba hacia allá con el objeto de comprar una cantidad de ella y enviarla a otro puerto, donde el segundo comerciante la esperaba para revenderla. Puesto que esta operación consistía en una sola compra y su reventa, los mencionados comerciantes no conformaban una razón social. Los socios ocultos no respondían frente a los vendedores (Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, N° 488, p. 451).

⁶⁵⁴ Pothier, *Traité du contrat de société*, N° 61 y 62, p. 261; Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, N° 489, p. 451; Solá Cañizares, ob. cit., p. 179.

⁶⁵⁵ En los países latinos, en general se diferencia la “sociedad” de la “asociación” según el objeto que los miembros de una y otra se proponen. En principio la “sociedad” se caracteriza en este ámbito por la existencia de ánimo de lucro, como objeto de la agrupación de personas, que forman además un fondo común, como forma de procurar el objetivo de distribuir utilidades entre ellos. Sin embargo, es común encontrar en los textos confusiones terminológicas, en las que se utilizan estos términos indebidamente entrecruzados.

Un caso de estos lo constituye precisamente el art. 49 del Código de Comercio francés, que se refiere a la *participación* como una “asociación”, aunque tienen todas las características de “sociedades” (Solá Cañizares, ob. cit., ps. 12 y 13).

⁶⁵⁶ El artículo 47 del Código de Comercio francés distinguió la *participación* de los otros tres tipos de sociedades hasta ese momento conocidos (la colectiva, la comandita y la anónima) y no la llamó *sociedad*, sino *asociación* (Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 489, p. 452).

⁶⁵⁷ Art. 48 cód. com. francés (Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 489, p. 452).

⁶⁵⁸ Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 490, p. 452; 495, p. 459 y 500, p. 462 y sig. Ver sobre el particular Le Pera, Sergio “Sociedad y persona jurídica” en *La Ley* 1989-A, Secc. Doctrina, p. 1084, cap. XIV, p. 1099.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la *participación*, según la había regulado el Código de Comercio francés, carecía de *nombre*, así como de *razón social*, de domicilio y no estaba sometida a formalidades de inscripción en ningún registro, ni a ninguna publicidad.⁶⁵⁹

Igualmente, en las relaciones con los terceros, el socio gestor se comportaba como dueño total del negocio: si los socios le entregaban al gestor una cosa para vender, el gestor asumía ante los terceros el carácter de dueño de ésta y los socios debían aceptar tal situación; por ejemplo si el gestor vendía la cosa o constituía gravámenes sobre ella o realizaba cualquier otro acto, los socios debían respetar tales actos.⁶⁶⁰

Otro aspecto que dio lugar a discusiones en la doctrina francesa, fue el relativo a si la *participación* requería o no una cierta duración; o si era esencial para su caracterización, la unidad o no del negocio que diera lugar a la misma; o si era necesario que tal negocio fuera determinado o indeterminado; o si el mismo debía ser presente o futuro.⁶⁶¹ No obstante las críticas de que fue objeto dicho punto de vista, el mismo ha perdurado en la redacción de nuestro régimen legal.⁶⁶²

En cuanto a las relaciones internas entre los socios, habida cuenta del derecho de los mismos de acordar entre ellos las proporciones de sus participaciones en el negocio (art. 48 cód. com. francés), cabe preguntarse sobre la forma en que habrían de regir sus derechos en caso de pérdidas: ¿podía el *partícipe* que no había administrado el negocio, limitar su participación en las pérdidas al valor de su aporte, o podía ser requerido por el socio gestor de indemnizarlo aún por encima del valor del mismo? Los autores italianos, en general se inclinaron por la primera solución. Pothier establece una diferencia en este aspecto entre el socio que participa en una *comandita* (§ 40), del que lo hace en una *participación*: el primero –según él– tiene el beneficio de limitar su responsabilidad a su aporte, no así el segundo.⁶⁶³ La doctrina francesa, en general ha seguido este punto de vista.⁶⁶⁴ Nuestra legislación siguió el primer criterio.⁶⁶⁵

⁶⁵⁹ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 502, p. 464.

⁶⁶⁰ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 505 a 514, ps. 465 y sig.

⁶⁶¹ Algunos autores, tales como Malpeyre y Jourdain, Pardessus y Persil, por ejemplo, habían adoptado un punto de vista restrictivo, respecto de la *participación*. También se registraron algunas decisiones judiciales que siguieron dicho criterio. Según tal opinión, si la sociedad tenía por objeto negocios que se prolongaban en el tiempo; o una pluralidad de negocios; o para negocios indeterminados, no era posible encuadrar tales negocios en una *participación*, sino que habría debido hacerse mediante una colectiva o una comandita. Troplong, por su parte, se opuso a este criterio por considerarlo innecesariamente restrictivo (*Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 496 a 498 ps. 459 y sig.).

⁶⁶² El artículo 361 de la ley 19550 caracteriza la sociedad *accidental o en participación* así: “Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor...”

⁶⁶³ Pothier, *Traité de société*, Nº 101 y 102, ps. y sig.

⁶⁶⁴ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 515, p. 471 y sig.

⁶⁶⁵ El art. 365 ley 19550 establece: “Las pérdidas que afectaren al socio no gestor no pueden superar el valor de su aporte”.

§ 40. Limitación de responsabilidad: participación en el negocio de un comerciante (negocio ostensible)

Tal como se ha dicho, hasta la Ordenanza de Comercio de 1673, la participación en el negocio de otro era posible mediante la figura de la *commenda*. Para ello era indiferente que la participación fuera respecto del negocio de una persona física, comerciante o no, o de un negocio de una sociedad. La citada Ordenanza, al establecer una nueva figura denominada *societad en comandita*, abrió un nuevo camino que empezó a apartarse del de aquella vieja figura. Ello ha dado motivo a que algunos autores sostuvieran que el origen de la comandita moderna fue la *commenda*,⁶⁶⁶ y otros que tal origen no fue sino una derivación de la sociedad *colectiva*, en la que alguno o algunos de sus miembros recurrían a la limitación de su responsabilidad.⁶⁶⁷

a) *La sociedad en comandita en la Ordenanza de 1673*

Las nuevas condiciones creadas por el descubrimiento del Nuevo Mundo, habían producido hacia el siglo XVII un mayor desarrollo del comercio aún, que el conocido a partir del siglo XII. Los negocios empezaban a dejar la escala del núcleo familiar, para adquirir mayor envergadura, tal como el caso de las grandes expediciones a oriente, etc. Ello hacía necesario el perfeccionamiento de instrumentos legales que permitieran asociar a los osados pioneros y aventureros, con inversores y prestamistas de fondos para tales empresas, los que requerían de la limitación de su responsabilidad. En tales circunstancias, la Ordenanza de 1673 dada por Luis XIV, constituyó un intento de satisfacer tales necesidades y poner límites a la evolución que, un tanto al margen de las regulaciones legales, se venía dando con relación a este tipo de sociedad.⁶⁶⁸

Uno de los aspectos a los que intentó dar respuesta el legislador francés en 1673, fue a la polémica que había agitado a la jurisprudencia durante los siglos XV y XVI, respecto de la posición de los comanditarios o partícipes, frente terceros. Ello a su vez era reflejo de otra polémica teológica y canónica.

Desde los comienzos de la edad moderna, teólogos y canonistas venían discutiendo acerca de la licitud o no de los pactos (que afectaban tanto a la participación como a la

⁶⁶⁶ Goldschmidt, *Storia Universale del diritto commerciale*, trad. italiana, Turín, 1913, p. 203 y sig.; y Saleilles, "Histoire des sociétés en commandite", en *Annales de droit commercial*, París, 1895, p. 10 y sig., citados ambos por Solá Cañizares, ob. cit., p. 160.

⁶⁶⁷ Arcangeli, *La società in accomandita semplice*, Turín, 1903; Cessi, *Note per la storia delle società di commercio nel Medio Evo in Talia*, Roma, 1917, p. 8, 64 y sig.; todos ellos citados por Solá Cañizares, ob. cit. p. 160.

⁶⁶⁸ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 386, p. 365; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 97, p. 108 y sig.

comandita) de: a) aseguramiento de las ganancias, b) de no participar en las pérdidas y c) de obtener la restitución del capital. En este punto hay que tener presente que en la medida que un socio tuviera en la sociedad la posibilidad de exigir la restitución de su aporte (capital), con más una cierta suma de dinero –hubiera o no ganancias–, y además estuviera eximido de participar en las pérdidas, ese supuesto socio habría tenido frente a la sociedad la posición de un prestamista. Por tal razón durante este período, en que todavía estaba vigente en la mayoría de las legislaciones la prohibición del préstamo a interés, fueron motivo de discusión las cláusulas que, en un contrato de sociedad, podían permitir alcanzar idéntico efecto económico que aquél que estaba prohibido en el mutuo o préstamo, así como aquellas situaciones intermedias.⁶⁶⁹ Recordemos que dichas polémicas fueron sometidas a la decisión del Papa Sixto V, que pretendió poner fin a la misma, mediante la bula *Detestabilis*.⁶⁷⁰ La discusión sobre la licitud de tales pactos continuó por algún tiempo más, y dejó como resultado la vigencia de las ideas tomistas sobre la necesidad de alguna causa de justificación de las ganancias en la sociedad, lo que se entendía que existía en la medida que tal contrato contuviera alguna suerte de incertidumbre para ambas partes.

Como resultado de estas cuestiones, sumadas a los abusos que podían resultar de la falta de conocimiento por parte de terceros de tales pactos, surgió en Francia la idea de la publicidad de las sociedades, mediante su registración, a la que nos referiremos por separado en el párrafo siguiente (§ 41).⁶⁷¹ Dentro de dicha tendencia, la Ordenanza estableció (título IV, art. 2) que todas las sociedades de comercio –tanto la sociedad “general” (como denominaba a la que en Italia era llamada en nombre colectivo), como la comandita, registrarán un extracto del contrato

⁶⁶⁹ El pacto por el cual se le prometía a un socio el pago de una suma fija de dinero, hubiera o no ganancias en la sociedad, fue conocido como de *aseguramiento de beneficios*, y fue motivo de controversias entre los teólogos. No había dudas de que ese pacto fuera lícito, si el socio lo contrataba con un tercero ajeno a la sociedad. Pero sí se discutió si era lícito entre socios. Algunos teólogos rigoristas lo consideraban ilícito cualesquiera fueran las circunstancias en que se celebrara. Otros entendían que era lícito, en tanto el socio tuviera incertidumbre sobre la restitución del capital o aporte (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº II, art. 1855, Nº 638, p. 105 y sig.). Pothier, aceptaba su validez en tanto que no fuera próximo a la constitución de la sociedad, pues en tal caso habría razones para sospechar que tal convención encubría un préstamo a interés (Pothier, *Traité du contrat de société*, Nº 26 y 27, p. 250).

El pacto de aseguramiento conjunto del capital y los beneficios por parte de un socio, no fue considerado lícito sino por aquellos partidarios de la validez del contrato *trino* –recuérdese la polémica entre Martín Azpilcueta (Navarro) y Domingo Soto: § 22-, (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº II, art. 1855, Nº 652, p. 126 y sig.).

Sobre el pacto de sólo aseguramiento del capital por un socio (siempre que se mantuviera la incertidumbre de obtener o no ganancias, según el resultado de la actividad de la sociedad) –que equivale en definitiva al pacto de no participar en las pérdidas– las opiniones de teólogos y juristas estaban divididas, pero la opinión general, fue a favor de la legitimidad de este pacto. Grocio (*De jure pacis et belli*, ed. cit., lib. 2, cap. 12, Nº 24, ap. 3, p. 217) y Pothier (*Traité du contrat de société*, Nº 25, p. 249) eran partidarios de la legitimidad del pacto, por cuanto asimilaban esta situación a una suerte de contrato de seguro celebrado entre un socio y otro. Entre los teólogos existía un punto de vista amplio, que sostenía que mientras sólo se asegurara el capital mediante un *justo* precio, la participación del riesgo subsistía todavía en cuanto a los beneficios, que aparece reflejada por Sylvius, autor de una obra titulada *Dissertation théologique sur l'usure*. El punto de vista restrictivo se encuentra descrito en la obra de otro teólogo, titulada *Conferences de Paris sur l'usure*, que sostenía que el pacto en cuestión destruía la comunidad de riesgo propia de la sociedad, y citaba en su apoyo las decisiones del concilio de Milán de 1568, la asamblea de clérigos de Melun de 1579 y el concilio de Bourdeau de 1583 (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº II, art. 1855, Nº 653, p. 128 y sig.).

⁶⁷⁰ Dicha bula se pronunció sobre el carácter esencial del *equilibrio* entre las posiciones de las partes en todo contrato de sociedad. Ver resumen de dicha bula en el APÉNDICE 7.

⁶⁷¹ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, ps. LXX a LXXII; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 97, p. 109.

social en el archivo del consulado, así como que se exhibiera en un lugar a la vista del público.⁶⁷² Así es como la antigua *commenda* o participación, oculta por naturaleza, adquiere carácter público, con el nuevo nombre de comandita.

No obstante lo expuesto, Troplong⁶⁷³ considera más importante durante este período estudiar el comportamiento de la comandita en la práctica, que en las explicaciones teóricas de los autores. En este sentido distingue la comandita realizada entre un comerciante y un particular, de la realizada entre comerciantes.

Veamos el caso de la comandita entre un particular y un comerciante. En este supuesto, el primero entregaba una suma de dinero a un comerciante para aplicarla a su actividad comercial y participar así de los beneficios obtenidos. Sobre esta forma, dice Troplong que aunque daba lugar dicho particular, con su aporte, al nacimiento de una sociedad, no podía aquél realizar ningún acto exterior propio de su calidad de socio. En general, la posición social de este particular –noble, funcionario real, o magistrado– le impedía la actuación personal en la gestión del negocio. En estos casos, el comerciante era quien efectuaba los actos relativos a la gestión del negocio, con los fondos aportados al mismo, y bajo su exclusivo nombre, y por tanto respondía con todos sus bienes por tales obligaciones. El comanditario por su parte, aportaba los fondos y sus pérdidas en el negocio sólo podían alcanzar hasta la suma aportada, puesto que no respondía con sus otros bienes. Troplong cita a Savary, quien sostenía que un acuerdo de esta clase no debía registrarse, según los términos de la Ordenanza de 1673, no obstante los inconvenientes que ello acarrea. En efecto, la relación con el comanditario, al no inscribirse su contrato, figuraba en los libros del comerciante como una simple cuenta con un acreedor. Su participación en la quiebra del comanditado (como acreedor en pie de igualdad con los otros) quedaba librada a la buena o mala fe de fallido (en cuanto de él dependía dar a conocer o no su calidad de socio).⁶⁷⁴

La comandita entre comerciantes se caracterizaba, según un caso descrito por Savary que reproduce Troplong, por la existencia de uno o varios socios que suministraban dinero para un negocio, y de otro u otros que aportaban su trabajo relativo a la conducción o gestión del negocio común. Pero los comanditarios (suministradores de fondos), en lugar de permanecer

⁶⁷² Pothier, *Traité du contrat de société*, N° 82, p. 270. El texto de la Ordenanza (Título IV, art. 2) decía : «El extracto de las sociedades entre comerciantes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor, será registrado en las oficinas de la jurisdicción consular, si la hubiera, o si no en la de la municipalidad del lugar, y si no hubiera, en las oficinas de nuestros jueces del lugar o de los de los señores, y el extracto será exhibido en una tabla expuesta al público ; todo bajo pena de nulidad de actos y contratos pasados tanto entre asociados como con los acreedores que hubieran ocasionado. » (Bravard-Veyrières, P. *Manuel de Droit Commercial*, Paris, Joubert, Libraire-Editeur, 1840, deuxième edition, p. 68 ; traducción del autor).

⁶⁷³ *Du Contrat du Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 386 y 387, p. 365.

⁶⁷⁴ Troplong, *Du Contrat du Société*, T° I, art. 1841, 1842, N° 387 a 389, ps. 365 a 367.

fuera de la gestión del negocio (según la regla actual, establecida por el Código de Comercio francés), participaba activamente en la realización de actos jurídicos a su propio nombre, conducentes al negocio común, tales como la compra de las distintas materias primas para la fabricación de los bienes objeto de la sociedad. En estos casos, cada socio comanditario era responsable por las obligaciones por él contraídas, y los acreedores por la provisión de las materias primas –por ejemplo– no tenían acción sino contra el socio con quien habían contratado. Los socios establecían un acuerdo interno sobre las proporciones de participación en las ganancias y pérdidas. La sociedad no giraba bajo una razón social, sino bajo el nombre personal del socio gestor; cada uno de los comanditarios por su parte, actuaba independientemente y en forma separada de los otros, bajo su nombre particular, respecto de los actos en los que les correspondía intervenir, pero los beneficios que obtenían por tales actos aprovechaban a la sociedad común. El socio gestor (comanditado), por su parte, respondía por las deudas emergentes de los actos en los que él intervenía, tales como el pago de los salarios de los obreros empleados para la fabricación de las mercaderías propias del negocio común. Savary comparaba esta organización de los negocios, con la de una república, en la que la soberanía residía en el pueblo (cada uno de los socios). Savary decía que la Ordenanza de 1673 establecía que debían registrarse aquellos elementos del contrato que interesaran a los terceros. En realidad, lo único que podía interesar a terceros era la existencia misma de la sociedad, para el caso de quiebra de uno de los comanditarios, puesto que sus acreedores, en caso de no conocer la sociedad por haber sido ésta oculta, habrían perdido la posibilidad de cobrarse sobre la parte del socio.⁶⁷⁵

Con el tiempo se empezó a divulgar la práctica, en Francia y en Holanda, de que las sociedades en comandita, actuaran bajo una razón social. También fue frecuente que dividieran su capital en acciones, según la aparición de un nuevo elemento al que haremos referencia más adelante.⁶⁷⁶ Durante el tiempo anterior al Código de Comercio, se desarrollaron en Francia numerosas variantes de la comandita, tales como el caso de una compañía de seguros creada por un edicto de Colbert –ministro de Luis XIV– del año 1686, que combinó diversos elementos en su organización.⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 390 a 394, ps. 367 a 371.

⁶⁷⁶ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 396, ps. 371 y 372.

⁶⁷⁷ Esta sociedad debía constar de 30 socios, 5 de los cuales elegidos por pluralidad de votos se desempeñarían como directores. Los nombres de todos los socios debían ser inscriptos y publicarse en la oficina general de seguros. El capital debía ser de 300.000 libras, dividido en 75 acciones de 4.000 libras cada una. Las obligaciones sociales debían ser firmadas por los directores, pero ni los directores ni los socios eran responsables más allá de las 300.000 libras. En caso de disminución de dicho capital por pérdidas, el mismo debía ser restituido por los socios en proporción a sus participaciones, y si no cumplían con tales obligaciones, perdían sus aportes. Si los fondos de la sociedad excedían de las 300.000 libras podían ser repartidos como utilidades entre los socios. Los fondos de la sociedad estaban especialmente afectados al pago de las pólizas de seguro. La calidad de socio no era incompatible con la nobleza. Los socios podían participar en las asambleas, nombrar los adminis-

b) *La razón social y la publicidad en la comandita*

En las discusiones que tuvieron lugar en el Consejo de Estado, previas a la sanción del Código de Comercio francés quedaron de manifiesto las tendencias que pretendían mantener la regulación de la comandita en términos similares al estadio en que no estaba totalmente diferenciada de la participación (sin registración, ni uso de la razón social), así como las que pugnaron por hacer lugar a las modificaciones que los usos del comercio habían introducido en la práctica: el uso de razón social, la publicidad, la división del capital en acciones, etc.⁶⁷⁸ En definitiva prevaleció la última postura: se le permitió el uso de razón social; se exigió la publicidad en todos los casos (fuera el caso de sociedades entre comerciantes o entre comerciantes y particulares), dando así a conocer los nombres de los socios capitalistas; se le permitió la organización en combinación con una sociedad colectiva, tanto como la gerencia de un socio industrial bajo una razón social; los comanditarios (comerciantes o no), quedaron sujetos a la inactividad (no se les permitió ninguna actuación en la gestión del comercio).⁶⁷⁹

Dentro de los nuevos elementos que caracterizaron la regulación legal de la comandita moderna, encontramos la razón social (la práctica ya la había introducido antes). Al respecto el Código de Comercio francés exigió que las personas que figuraran en ella fueran los socios comanditados (los que tenían facultades de gestión), bajo apercibimiento de que tanto los terceros como los comanditarios que figuraran en ella, asumirían igual responsabilidad: solidaria e ilimitada. La contrapartida de esto era la limitación de responsabilidad de los socios comanditarios, tal como sucedía con los partícipes en la antigua forma oculta. Otro de los nuevos elementos, se relacionaba con la forma en que se realizaban los aportes sociales: al dejar de ser una sociedad oculta, éstos dejaban de hacerse a nombre del gestor; pasaban a formar parte del capital social.⁶⁸⁰

Fue motivo de ardua discusión, el alcance que le había dado el Código de Comercio francés, a la participación de los socios comanditarios en la actividad de la sociedad. Recuérdese que el nuevo régimen implicaba un cambio respecto de lo que en este punto había sido, en la práctica, el régimen de la comandita entre comerciantes durante el período posterior a la Ordenanza de 1673. Estaba claro que la violación a la prohibición de participar en la gestión de los negocios sociales (ya fuera que el comanditario actuara personalmente, como empleado,

tradores, destituirlos y reemplazarlos. La compañía tenía el monopolio para la realización de seguros. A esta clase de sociedad se la denominó *comandita* (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 397, ps. 372 a 376).

⁶⁷⁸ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 399 a 400, ps. 377 a 379.

⁶⁷⁹ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 401 a 405, ps. 379 a 380.

⁶⁸⁰ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 408 a 410, ps. 381 a 382.

procurador o como mandatario de la sociedad) implicaba la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad.⁶⁸¹ Hubo muchas críticas a dicha solución, pero Troplong la justificó en que por los tiempos de la sanción del Código de Comercio francés, eran comunes los abusos por parte de comanditarios, que encubrían su condición de tales bajo diferentes fachadas.⁶⁸² Se discutió respecto de diversos actos en particular, en cuanto a si estaban o no comprendidos dentro del concepto de “participación en la administración de los negocios sociales”.⁶⁸³ También hubo controversias sobre el derecho del socio comanditario para participar en las reuniones o asambleas de socios, con los siguientes propósitos: para aprobar la rendición de cuentas de los administradores, para modificar los acuerdos sobre la organización de la sociedad (reformas del contrato o estatuto), para juzgar la conducta del administrador (así como la reserva del derecho de revisar los libros y archivos de la sociedad), para designar un sucesor del administrador en caso de renuncia, o encontrándose la sociedad en disolución, o en caso de imposibilidad de dicho administrador para continuar en sus funciones.⁶⁸⁴ Fue igualmente materia de controversias, la cuestión de quién era el beneficiario de la sanción de pérdida de la limitación de responsabilidad, en caso de que el socio comanditario se inmiscuyera en la administración de los negocios sociales.⁶⁸⁵

c) *La comandita en el common law*

En los países anglosajones, la *comandita* no tuvo un equivalente originado en el *common law*. Su primera regulación obedeció a la *limited partnership Act* de 1907 en Inglaterra y al dictado de una ley uniforme adoptada por diversos estados en los Estados Unidos.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ El régimen común de responsabilidad para quien participaba en una actividad comercial bajo el nombre (expreso o tácito) común con otro u otros (bajo un *nombre colectivo*) había pasado a ser el de la solidaridad. La excepción a dicha solidaridad era permitida en la antigua *commenda* y en la *participación*, sobre la base de que quien limitaba su responsabilidad, no ejercía actividad comercial bajo su propio nombre, ni bajo el *nombre colectivo (razón social)*. En la *comandita* entre comerciantes, durante la época de la Ordenanza de 1673, en la que se le permitía al comanditario participar activamente en la gestión de los negocios sociales, dentro de un ámbito específico de la actividad común, éste respondía ante terceros sólo por las obligaciones por él contraídas (era el esquema “republicano” de la comandita del cual hablaba Savary, en el cual cada socio trabajaba separadamente por el interés común). Por lo tanto, si el comanditario incurría en un supuesto ajeno a alguno de los casos antes expuestos, renacía la solidaridad (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 390 y sig., ps. 367 y sigs.; y Nº 420 y 421, ps. 388 y sig.).

⁶⁸² Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 422, p. 390 a 396.

⁶⁸³ Produjo una fuerte controversia determinar si le estaba permitido o no al socio comanditario, *autorizar* los actos de gestión del socio comanditado (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 424, ps. 400 y sig.).

⁶⁸⁴ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Nº 425 a 427 y 430 a 432, ps. 406 a 408, y 412 a 414.

⁶⁸⁵ En este punto se discutió si la pena de la pérdida de la limitación de responsabilidad estaba establecida en el sólo interés de los terceros, o si también podía entenderse que lo era en interés de los co-asociados. La mayoría de la doctrina posterior al Código de Comercio francés, adoptó la primera postura. No obstante, Troplong cita una decisión de la Corte Real de París del 9 de enero de 1836, que optó por la segunda posición. Troplong criticó dicha solución, por entender que entre socios no hay posibilidad de error en cuanto a la posición que detente el socio comanditario que se inmiscuye en la gestión de los negocios sociales. (*Du Contrat du Société*, Tº I, Nº 440, p. 420 y sig.).

⁶⁸⁶ Solá Cañazares, ob. cit., p. 161; Le Pera *Joint venture y sociedad*, Nº 8 y 14, ps. 48 y sig. y 58 y sig.

§ 41. La inscripción en un Registro

En la época del nacimiento de las costumbres comerciales medievales, y de las primeras formas sociales en particular, cuando dos o más comerciantes se reunían para formar una sociedad, era interés de todos ellos que la sociedad fuera bien conocida, puesto que ello implicaba un aumento del crédito de que cada uno disponía. Así fue que se recurría en tales casos para dar difusión a la nueva sociedad, a correspondencia, circulares, anuncios, etc. Pero también ha debido suceder a menudo que algún socio capitalista, luego de haber procurado publicitar su participación en algún establecimiento comercial cuyo éxito le interesaba, trataba luego, cuando la fortuna de tal emprendimiento cambiaba, de disimular su carácter de socio y asumir el de acreedor o simple prestamista.⁶⁸⁷

A partir de entonces ha debido ser una medida en interés de terceros, procurar constatar de una manera unívoca, la forma de constitución de una sociedad. Si bien la publicidad mediante circulares y afiches siempre fue más efectiva que la inscripción en un registro, ésta ha sido más efectiva a la hora de invocarla en contra del socio que quería ocultar su participación, en caso de requerimiento de contribución a las pérdidas. Igualmente era de interés de los propios socios determinar el momento de la separación de uno de ellos de la sociedad. Por lo tanto, desde de la consideración de la *sociedad* como una *persona* –como era el caso de la doctrina francesa–, resultó conforme a las reglas ordinarias determinar por un medio público y auténtico el comienzo y fin de la existencia de las sociedades.⁶⁸⁸

Este principio fue adoptado como costumbre en Italia durante el siglo XVI y así pasó a numerosos estatutos. En Francia dicha regla fue adoptada primero para los extranjeros (italianos y alemanes); tal es lo que requirieron a Enrique III y obtuvieron de éste, los estados que tuvieron lugar en Blois en 1579: todas las compañías existentes o que se realizaran entre extranjeros residentes en el reino deberían inscribirse en los registros llevados por las autoridades locales, oportunidad en que se establecería la totalidad de los partícipes; en caso contrario, los socios no tendrían acción el uno contra el otro.⁶⁸⁹

Dicha ordenanza no fue prácticamente observada; y a comienzos del siglo XVII, los representantes reunidos en París para el restablecimiento del comercio, solicitaron que dicha

⁶⁸⁷ Fremery, ob. cit., cap. VII, p. 45.

⁶⁸⁸ Fremery, ob. cit., cap. VII, ps. 45/46.

⁶⁸⁹ Fremery, ob. cit., cap. VII, ps. 46 y 47; Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, p. LXXII.

disposición fuera renovada y generalizada (aplicada tanto a extranjeros como a nacionales), lo que fue satisfecho por la Ordenanza de 1629 (art. 414).⁶⁹⁰

No obstante el deseo del comercio de la época, esta otra ordenanza tampoco tuvo una aplicación significativa. Así fue que Luis XIV, que se había ocupado de promover la formación de grandes compañías por acciones, dispuso la redacción de la ya citada Ordenanza de 1673, que renovó la prescripción de hacer públicas las sociedades, bajo pena de nulidad de tales actos y contratos, tanto entre socios como respecto de terceros (Título IV, art. II).⁶⁹¹

La expresión “bajo pena de nulidad”, que contenía la citada ordenanza, ha dado lugar a diversas interpretaciones. ¿Debía considerarse que con ello el legislador había querido decir que el defecto de publicidad del contrato de sociedad implicaba la *ineficacia* de las posibles acciones legales? ¿O era una verdadera *nulidad* a modo de pena conminatoria, que el legislador había dejado al arbitrio de los jueces aplicar, en un estilo vicioso de técnica legislativa pasado de moda? Si bien hoy es difícil contestar esa pregunta, lo cierto es que nunca los jurisconsultos, ni los comerciantes, ni los jueces entendieron tal expresión en sentido literal.⁶⁹²

Llegado el momento de la redacción del Código de Comercio, el proyecto prescribía la necesidad de publicidad de la constitución de la sociedad, pero no establecía ninguna pena, salvo caso de falencia. Muchos tribunales habían reclamado contra esa omisión.⁶⁹³ No obstante, este punto de vista de los sectores relacionados con el comercio no fue tenido en cuenta por el consejo de estado, y no hizo lugar a ninguna enmienda respecto de la redacción de la Ordenanza de 1673, de modo tal que sancionó (como artículo 42), con una ligera modificación, el texto del citado edicto.⁶⁹⁴

La consecuencia estricta de la aplicación de la nulidad, para el caso de falta de inscripción de la sociedad, llevaría a considerar que la misma no ha existido nunca; tanto con relación al pasado, como para el futuro, no habría habido solidaridad activa entre los socios, ni comunidad de ganancias y pérdidas.⁶⁹⁵

Sin embargo la jurisprudencia, en lugar de señalar la inequidad de la solución legal, procuró una interpretación correctiva de la misma. Así los autores han señalado que la nulidad

⁶⁹⁰ Fremery, ob. cit., cap. VII, p. 47.

⁶⁹¹ Fremery, ob. cit., cap. VII, ps. 47 y 48 (ver texto de la Ordenanza en nota 672).

⁶⁹² Fremery, ob. cit., cap. VII, p. 48. Tal fue la interpretación de Savary, uno de los autores de la Ordenanza de 1673, y de todos sus comentaristas.

⁶⁹³ Algunos proponían una enmienda, en el sentido que los socios no pudieran invocar el contrato social entre ellos, en caso de falta de publicidad; otros, sin especificar la naturaleza de la pena, se expedían en favor de que no fuera la de nulidad establecida por la Ordenanza de 1673.

⁶⁹⁴ Fremery, ob. cit., cap. VII, p. 50.

⁶⁹⁵ Fremery, ob. cit., lug. cit.

no debe aplicarse retroactivamente, sino sólo para el futuro, de modo tal que la comunidad anterior se liquide según las bases del contrato social no inscripto.⁶⁹⁶

Nuestro Código de Comercio adoptó una solución similar en los artículos 295 y 296, estableciendo una *nulidad* hacia el futuro. La doctrina discrepó sobre los alcances de dicha nulidad hacia el futuro y dio en llamar sociedades *irregulares* a las que no cumplían con el requisito de la inscripción. También criticó dicha doctrina que el código no estableciera un régimen aplicable a tales sociedades irregulares.⁶⁹⁷ Ello fue el origen de la reglamentación que luego la ley 19550 diera en los artículos 21 a 26 a las sociedades no constituidas regularmente y a las *de hecho* de objeto comercial.

§ 42. La divisibilidad de las participaciones sociales (las acciones)

Tanto en la *societas* romana, como en las distintas formas de sociedades comerciales surgidas durante la edad media, la participación en un contrato de tal naturaleza era un vínculo que involucraba a los celebrantes en forma personal.⁶⁹⁸ La decisión de alguno de los partícipes de salir de dicho vínculo o de colocar a otro en su lugar, requería de un nuevo consentimiento de los demás partícipes.

Lo que vino a modificar dicha situación, mucho tiempo después, fue el desarrollo del concepto de *acción*, que antes de que fuera usado por la *sociedad anónima*, había sido utilizado por la *comandita*.⁶⁹⁹ Pero se encuentran antecedentes de este concepto aún más atrás en el tiempo.

Troplong señala remotos antepasados de las acciones en la forma de organizar la explotación de antiguos molinos de trigo en la zona de Toulouse, en Francia.⁷⁰⁰ Uno de tales molinos, en el siglo XII, fue concedido por el prior de la Daurade a una sociedad organizada de tal manera que el valor total de la explotación se dividió en un cierto número de partes, las que se distribuyeron entre los socios según el total de su participación, y se les daba —a tales partes— el

⁶⁹⁶ Fremery, ob. cit., lug. cit.

⁶⁹⁷ Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, T° I, N° 586, ps. 315 y 316 y N° 582, p. 313.

⁶⁹⁸ Tanto en el derecho romano como en el griego y el germánico, no existía la posibilidad de transferir voluntariamente derechos (ni activos ni pasivos). El derecho romano sólo conocía la figura de la *novatio*, que si bien cumplía la finalidad económica de transferir derechos, desde el punto de vista jurídico implicaba la extinción del derecho y el nacimiento de un nuevo vínculo. También conoció el derecho romano un medio artificial para solucionar tal situación, como fue el caso de la utilización de la representación procesal: *cognitur in rem suam* (Schulz, ob. cit., N° 1069 a 1071, ps. 599 y sig.).

⁶⁹⁹ Fremery, ob. cit., cap. IX, p. 55.

⁷⁰⁰ Comp. Solá Cañizares, ob. cit., p. 317.

nombre de *uchaux* o *saches*.⁷⁰¹ Otros establecimientos molineros de la época utilizaron similares mecanismos.⁷⁰²

También se menciona como un antiguo antecedente de mecanismos que permitían la transferibilidad de participaciones sociales, el caso de ciertas agrupaciones de acreedores del estado, en Italia durante la edad media, denominadas *monti*.⁷⁰³

Más adelante, durante el pontificado de Paulo IV (1555 a 1559), la jurisprudencia de la Rota de Génova registra el caso de sociedades para la cobranza de impuestos en los estados pontificios, cuyas participaciones se dividían en acciones.⁷⁰⁴

Luego, el recurso de la división del capital social en acciones aparece utilizado en la *societad en comandita* para representar las participaciones de los socios comanditarios, por cuanto dicho mecanismo –pensado para facilitar la sustitución de un socio por otro– se aplicaba naturalmente al capital comanditario, toda vez que la persona del comanditario (habida cuenta de la limitación de su responsabilidad) le es totalmente indiferente a los acreedores de la sociedad.⁷⁰⁵ Esta modalidad en la comandita adquiere mayor difusión a partir de la edad moderna, como consecuencia de los grandes descubrimientos y del impulso al comercio que ello acarrió.⁷⁰⁶

Pero el gran éxito que tiene esta idea de la divisibilidad de las participaciones adquirió aún más fuerza con la adopción de la idea de *acción* por parte de las compañías formadas para la exploración y explotación de los nuevos territorios descubiertos a partir de la edad moderna, en particular durante los siglos XVI y XVII. Esta figura habrá de desarrollarse –como se verá a continuación– a partir del impulso que los monarcas europeos le dieron a tales empresas mediante la combinación de varios elementos ya conocidos. Una particular influencia en este sentido, tuvo la generalización de la negociación de acciones de tales compañías en las Bolsas de las principales ciudades europeas.

Esta reseña indica que el aporte de la edad moderna en la evolución de las acciones consistió más bien en el desarrollo y generalización de una vieja idea, enriquecida a medida que

⁷⁰¹ De esta forma se designaba una medida de capacidad utilizada en aquella época en Toulouse (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, p. LXXV).

⁷⁰² Troplong cita el caso de otro antiguo molino, el del Château Narbonnais, que también utilizaba la figura de las *uchaux* para dividir su capital. Cita también el caso de otros molinos, como es el caso del de Moissac, en que las partes ideales en que se dividía el capital se las denominaba *meules*, y el de Montauban, donde se las llamaba *rases* (*Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, ps. LXXXVI y LXXXVII).

⁷⁰³ El caso más antiguo que se señala respecto de este supuesto es el Banco de San Jorge fundado en Génova en 1409 y disuelto en 1779 (Thaller-Piq, ob. cit., Nº 98, p. 111). Ver también Solá Cañizares, ob. cit., p. 317, nota 2.

⁷⁰⁴ Straccha, *Decision. rotæ Genuæ*, 14, nº 5, 6, 83, 85, 133, citado por Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, p. LXXIV, nota 1.

⁷⁰⁵ Fremery, ob. cit., cap. IX, p. 55.

⁷⁰⁶ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, Préface, ps. LXXVII y LXXVIII y art. 1841, 1842, Nº 397, ps. 372 a 376. Recuérdese el caso de la comandita creada por Colbert -ministro de Luis XIV- en el año 1686, de la que da cuenta la cita de Troplong.

se perfeccionaron los mecanismos de transferibilidad y circulación de la acción, que en la generación de algo totalmente original.⁷⁰⁷

§ 43. La autorización estatal (para el otorgamiento de privilegios)

a) *Las compañías colonizadoras*

Poco tiempo después del descubrimiento del Nuevo Mundo, las monarquías europeas fueron adoptando, tal como se dijo, un rol cada vez más activo en la tarea de conquista de los nuevos territorios conocidos. Esta tendencia fue quedando de manifiesto, luego de la creación – durante los siglos XVII y XVIII– de compañías con características similares, por parte de diversas naciones europeas, entre las cuales las que más se destacaron fueron Holanda,⁷⁰⁸ Inglaterra,⁷⁰⁹ y Francia.⁷¹⁰

Estas nuevas formas de organización de las empresas de colonización no fueron encuadradas dentro de las categorías de las sociedades comerciales propias del derecho privado conocidas en la época, sino que requerían de una concesión real para la creación de cada una de ellas.⁷¹¹

Tampoco en Inglaterra este nuevo instrumento utilizado para llevar adelante las compañías de colonización, fue relacionado con las formas jurídicas utilizadas hasta entonces en

⁷⁰⁷ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, ps LXXXIII y LXXXVII.

⁷⁰⁸ La primera de estas compañías fue la Compañía Holandesa de Indias Orientales de 1602 (Thaller-Piq, ob. cit., Nº 99, p. 112; Solá Cañizares, ob. cit., p. 317, nota 4). En 1621 se creó la Compañía Holandesa de Indias Occidentales (ver la carta de autorización en APÉNDICE 13).

⁷⁰⁹ Como antecedentes previos a estos tipos de compañías, en Inglaterra se menciona la utilización que hicieron los reyes de las casas de Anjou, los Tudores y los Estuardos, como modo de llevar a cabo sus políticas y de extender el poder real (Berle Jr., Adolf A., en Prólogo a *The corporation in modern society*, Mssachusetts, Harvard University Press, 1960 de Mason, Edward S. y otros -tr. castellana de Carlos Alberto Benites, *La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1967-, p. 2).

Los antecedentes directos fueron la Russia Company de 1555 y la East India Company del 1599 (Solá Cañizares, ob. cit., p. 317, n. 2), aunque la aprobación definitiva de los estatutos de esta compañía demoró más tiempo (Thaller-Piq, ob. cit., Nº 99, p. 112, n. 1).

⁷¹⁰ Durante el reinado de Luis XIII en Francia, se creó: en 1626 la compañía de Saint-Christophe, a la cual se deben las posesiones francesas en Antillas, Martinica, Guadalupe y Santo Domingo; en 1628 la compañía de la *Nouvelle-France*, compuesta por cien socios, cuyo objeto era sostener y establecer nuevas colonias en Canadá; en 1642 veinticuatro comerciantes y particulares se unieron para formar la compañía de Oriente. Durante el reinado de Luis XIV se formaron: en 1651 la compañía de Cayena; en 1664, el ministro Colbert -inspirado en el éxito de la compañía holandesa- organizó las Compañías de Indias Occidentales y Orientales (la Compañía de Indias occidentales recibió lo que quedaba de las compañías de Saint-Christophe, de Cayena y de Canadá). Luis XIV aportó la décima parte del capital social de la Compañía de Indias occidentales. Recibió el monopolio para el ejercicio del comercio en sus territorios, pero ante su fracaso, el rey rescató las tierras y reembolsó las acciones de la compañía. En la Compañía de Indias orientales, participó también el rey, así como su ministro Colbert y numerosos miembros de la familia real. Tenía entre sus posesiones a la isla de Madagascar. Para el ejercicio de diversas actividades comerciales en las costas de África, fueron autorizadas otras sociedades: la del Bastión de Francia, para la pesca del coral, en 1673; la de Senegal, para el comercio de goma, en el mismo año; la de Guinea en 1685, para el comercio de oro, tráfico de esclavos negros, etc. (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, ps. LXXXIX a LXXXIII; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 99, ps. 111 a 112).

⁷¹¹ Prueba de ello es que la Ordenanza de Comercio de 1673, en Francia, no reglamentó esta figura (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, p. LXXXIV y sig.). Conf. Solá Cañizares, ob. cit., p. 317 y 318.

la celebración de negocios (la partnership). Aquí se consideró que estas compañías eran una especie de *corporation*.⁷¹²

Los caracteres comunes que se pueden señalar respecto de tales compañías, fueron: 1º) en todos los casos dependían de autorizaciones estatales individuales,⁷¹³ por lo que en un comienzo cabe ubicarlas en el campo de lo que llamamos habitualmente derecho público, de modo que carecían de un régimen normativo genérico (el status de cada compañía dependía de su carta de autorización); 2º) la división del capital en partes naturalmente transmisibles (acciones); 3º) la posibilidad de limitar la responsabilidad de los miembros. Estas dos últimas características, como hemos visto, eran ya conocidas en el derecho privado. En cuanto a su organización, estas compañías adoptaron en el continente un estilo más bien “oligárquico”, a diferencia de Inglaterra donde prevaleció uno de tipo más “democrático”.⁷¹⁴

Un ejemplo de la forma de organización y elementos que conformaban a una compañía de esta clase es el caso de la compañía de Indias Orientales francesa, de 1664, que describe Troplong y sobre cuyo modelo luego el Código de Comercio francés estructurara la regulación de la que denominara sociedad anónima.⁷¹⁵ Otro ejemplo interesante del alcance de las autorizaciones estatales y de la forma de organización de una de estas compañías, lo encontramos en el APÉNDICE 13 donde se transcribe la Carta de autorización a la Compañía Holandesa de Indias Occidentales de 1621.

Dentro de los mencionados rasgos comunes a estas compañías, el de la limitación de la responsabilidad no fue esencial en los comienzos.⁷¹⁶ Sí en cambio, la divisibilidad del capital en

⁷¹² El concepto de *corporation* en el *common law* es aproximadamente similar a la noción de *persona jurídica* en el derecho europeo continental: alude a una situación en que como consecuencia de una autorización especial de la Corona (*incorporation*), se crea un ente distinto de los miembros que lo componen, con capacidad jurídica propia y que subsiste más allá de la desaparición de sus miembros. Casos de *corporations* fueron las autorizaciones para su funcionamiento, otorgadas por la Corona a asociaciones de comerciantes denominadas *Gilds of Merchants*, así como las que se les otorgaban a tales comerciantes para obtener algún monopolio o alguna ventaja especial para el desarrollo de sus actividades, durante los siglos XIII y XIV (Solá Cañizares, ob. cit., ps. 7 y 318 n. 6). Más tarde, además de la Corona, el Parlamento consiguió afirmar su poder para ratificar tales concesiones (Chayes, Abram, “La sociedad anónima moderna y el imperio de la ley”, en *La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna*, citada, p. 51).

⁷¹³ La característica de la *sociedad anónima* -sobre todo en Inglaterra- como instrumento para la extensión del poder real, determinó que tales autorizaciones fueran otorgadas “por razón de alta política, al cabo de un examen y una evaluación cuidadosa y rigurosa” (Chayes, “La sociedad anónima moderna y el imperio de la ley” en *La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna*, citada, p. 53).

⁷¹⁴ Solá Cañizares, ob. cit., p. 318.

⁷¹⁵ Podían participar todos los franceses que lo desearan, sin que ello fuera incompatible con la condición social de cada uno. Cada *parte* no sería inferior a los 1.000 francos, los que serían integrados por tercios. Ningún partícipe podría retirarse de la compañía, sino vendiendo su parte (acción). Ni los administradores (directores) ni los partícipes de esta compañía podrían ser requeridos de efectuar contribuciones a la misma, más allá de las sumas que estos se hubieran comprometido en el contrato. Los directores no responderían con sus bienes personales por los negocios de la compañía. Los directores (en número de 20) eran elegidos entre los accionistas con un cierto número de acciones. Los activos de la compañía no podrían ser afectados por los acreedores de los partícipes de la misma; sólo respondían por las deudas de la sociedad (Troplong toma la declaración de 1664 que dio origen a la citada compañía, de Bornier, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 446, p. 426).

Como se advierte, la citada compañía presentaba ya los caracteres esenciales que el Código de Comercio francés habría de darle a la *sociedad anónima* más adelante: carencia de razón social, capital dividido en acciones, administradores “mandatarios” sin responsabilidad personal ni solidaria, los partícipes solo respondían por las sumas comprometidas en aporte (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 446 y 447, ps. 425 a 427).

⁷¹⁶ En Francia recién se afianzó esta característica con el Código de Comercio de 1807, y en Inglaterra, hasta 1856, existieron compañías con responsabilidad solidaria (Solá Cañizares, ob. cit., p. 318).

acciones fue uno de los más notables. La negociación que realizaban los suscriptores originales de esas acciones mediante ventas y reventas a terceros, dio lugar al desarrollo de importantes Bolsas, la más destacada de las cuales fue la de Amsterdam.⁷¹⁷

Este auge con el comercio de acciones dio lugar también a grandes especulaciones y fracasos financieros, como el famoso caso de la Banca de Law y el “Fraude del Mar del Sud”, que abrieron un período negativo para estas compañías.⁷¹⁸

En esta situación, la llegada de la revolución de 1789 –en Francia– con sus ideas de libertad económica, anunciaba que el clima político no habría de ser favorable a los privilegios que constituían la base de la mayoría de las compañías existentes por esa época, como quedó reflejado –en medio de grandes contradicciones– en las primeras medidas tomadas por la Asamblea Constituyente,⁷¹⁹ que optó por suprimir primero las sociedades cuyo capital estuviera representado por títulos transferibles,⁷²⁰ y luego todo tipo de compañías de esta clase.⁷²¹

Poco tiempo después el Directorio decidió desandar el camino y derogó lisa y llanamente la disposición que prohibía a las compañías, dejando en situación de incertidumbre el marco normativo que las regiría.⁷²²

b) *La sociedad anónima en el Código de Comercio francés*

Como consecuencia de lo expuesto, para la época de la sanción del Código de Comercio francés (1807), había urgencia en establecer un estatuto que reglamentara el funcionamiento de

⁷¹⁷ Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, ps. LXXXVII a LXXXIX; Solá Cañizares, ob. cit., p. 319.

⁷¹⁸ Entre 1718 y 1720, bajo el reinado de Luis XV (1715-1774), durante la regencia (por la minoridad del rey) de Felipe, duque de Orléans, en Francia tuvo lugar el desarrollo de un proyecto del escocés John Law. El regente, ante la crisis económica que atravesaba Francia en ese momento, le dio cabida al deslumbrante proyecto, con la esperanza de salir de esa situación. Dicha empresa estaba organizada bajo la forma de una sociedad por acciones. Fue establecida bajo el modelo del Banco de Inglaterra de 1694. La compañía había adquirido el privilegio de la compañía de Indias orientales y se encargaba al mismo tiempo de las rentas generales del reino. Las acciones de la citada compañía tuvieron un suceso impresionante, dado que su valor aumentó veinte veces el precio original. Ello produjo un gran auge económico y el comercio de acciones dio lugar al nacimiento de fortunas importantísimas de la noche a la mañana. Luego de ello, tales especulaciones causaron una gran inflación, la compañía quebró, a lo que siguió una gran depresión. Esta crisis arrastró también a otra de la compañía inglesa de los Mares del Sur (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, ps. LXXXIX a XC; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 100, p. 114; Laner, ob. cit., ps. 655 y 676 y Berle Jr., en Prólogo a *La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna*, citada, p. 2).

⁷¹⁹ Recuérdese la ley del 2-17 de marzo de 1791, que declaró la libertad de comercio, y provocó un gran auge de sociedades de todo orden, y luego la ley del 14-17 de junio del mismo año (ley Chapelier) que estableció medidas represivas contra las asociaciones profesionales: Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, Préface, p. XCI y art. 1841, 1842, Nº448, p. 427; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 101, p. 114 y sig.

⁷²⁰ Dicha prohibición fue establecida por el decreto del 24 de agosto de 1793, por cuanto la Convención consideraba que las acciones constituían un instrumento de especulación que conspiraba contra el crédito de la República. Ello no impedía que el legislador se hubiera reservado la posibilidad de autorizar sociedades de este género (Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 448, p. 427 y Thaller-Piq, ob. cit., Nº 101, p. 115).

⁷²¹ El decreto de 26-29 germinal año II prohibió a todos los banqueros, comerciantes y personas en general, formar establecimientos de la clase que comentamos, bajo ningún pretexto y cualquiera que fuera su denominación: Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 448, p. 427, nota 2; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 101, p. 115.

⁷²² La ley del 30 brumario del año IV derogó el decreto del año II, sin establecer ninguna reglamentación relativa a la forma en que funcionarían tales compañías que quedaban nuevamente autorizadas. Dicho vacío fue cubierto por decisiones jurisprudenciales tales como que la mayoría podía forzar a la minoría a aumentar el capital social (Corte de Nîmes), o que los socios serían solidariamente responsables frente a terceros (Corte de casación): Troplong, *Du Contrat du Sociétés*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 448, p. 428, notas 2 y 3; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 101, p. 116.

las compañías por acciones. Tal fue lo que hizo el citado código, que las reguló como un tipo más de las sociedades comerciales –sociedad anónima fue su denominación–, y por ende como un contrato, por lo cual su regulación abandonó su origen público e ingresó en el campo del derecho privado.⁷²³

Dicha regulación se estableció sobre la base de la combinación de elementos ya conocidos: carencia de razón social; administradores revocables elegidos por los accionistas, que representaban a la sociedad en todos sus actos. La actuación de dichos representantes no obligaba a los socios en su conjunto, ni a ninguno de ellos en particular, sino al patrimonio social, tanto si el administrador era socio, como si lo era un tercero. Tales administradores no asumían otra responsabilidad que la relativa al desempeño de sus funciones. Los socios por su parte, respondían solamente por la integración de los aportes comprometidos; una vez cumplida dicha integración, no había ninguna responsabilidad remanente de sus patrimonios personales. El capital social se dividía en acciones (y en cupones de acciones).⁷²⁴

Esta reglamentación conservó el requisito de la autorización estatal. Pero en el nuevo marco político que correspondía a su momento, la sociedad anónima debió adaptar las características heredadas de su origen mercantilista de los siglos XVII y XVIII, al nuevo capitalismo incipiente.⁷²⁵ Por lo tanto, aquella autorización estatal ya no tendría como objeto la concesión de privilegios. En efecto, se entendió que la razón de ser de dicha autorización administrativa habría de ser la protección de los terceros, habida cuenta de la limitación de responsabilidad de la sociedad anónima, por lo que la misma pasó a ser un control de legalidad de su constitución. Ello se ha fundado en que una sociedad anónima no ofrece a sus acreedores la garantía del patrimonio de ninguna persona física, sino la de los activos aportados por los socios, cuyo valor de realización no sería verificable por los acreedores; por lo que la autorización gubernamental debería ser precedida de un control sustitutivo de aquél de los acreedores.⁷²⁶

Dichas facultades de autorización correspondían a la máxima autoridad administrativa, por lo que la misma fue delegada a otros organismos.⁷²⁷ La actuación de dichos organismos, y la

⁷²³ Solá Cañizares, ob. cit., p. 320.

⁷²⁴ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 452 a 457, ps.430 y sig.

⁷²⁵ Thaller-Piq, ob. cit., Nº 100 y 101, ps. 113 y sig.

⁷²⁶ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 459, p. 433 y sig.; ver también Solá Cañizares, ob. cit., p. 322.

⁷²⁷ La forma en que dicha autorización administrativa se fue otorgando empezó a modelarse mediante una instrucción del 23 de diciembre de 1807 dada por el ministro del interior Sr. Crétet, completada por otra instrucción del 22 de octubre de 1817 del Sr. Lainé. Dicho trámite se iniciaba con una petición escrita de los interesados que debía contener la indicación de las actividades a emprender por la sociedad, el tiempo de su duración, el domicilio de los solicitantes, el importe del capital social, la forma y plazos en que se conformaría, la forma de administración social y el domicilio de la misma, etc. En caso que la suscripción del capital no hubiera sido de la totalidad del previsto, por haber supeditado los socios el resto a la obtención de la aprobación administrativa, en ese caso la suscripción debía alcanzar al menos a la cuarta parte del capital total (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 462, p. 436).

experiencia recogida por los mismos en orden al expresado propósito de protección a terceros y a la vista de los conocimientos contable–financieros de la época, fue conformando un interesante conjunto de disposiciones.⁷²⁸ Es del caso señalar que no obstante el progreso de los instrumentos de análisis contable y financiero modernos, dichas disposiciones han pasado a la legislación moderna y sobrevivido –al menos en la nuestra. El proceso de racionalización que diera lugar a la elaboración del concepto técnico jurídico del capital social y del principio de su integridad o intangibilidad,⁷²⁹ será desarrollado más adelante (§ 77).

Las facultades administrativas en cuestión se extendían no solo a la autorización para la constitución de las sociedades anónimas, sino que alcanzaban a todo el funcionamiento de las mismas y aún podían llegar –aunque rara vez ello sucedía– al retiro de dicha autorización.⁷³⁰

Tal autorización administrativa fue suprimida en Francia, primero con relación a las sociedades anónimas cuyo capital no superara los veinte millones,⁷³¹ mediante una ley del 23 de mayo de 1863, y más tarde una ley del 24 de julio de 1867 suprimió el requisito de la autorización administrativa para todas las sociedades anónimas.⁷³² Esto constituyó una tendencia que luego fue imitada por la mayoría de los países, aunque subsiste en otros como el nuestro.⁷³³

⁷²⁸ La jurisprudencia del consejo de Estado agregó como exigencia a dichas instrucciones, en los casos de aquellas sociedades en las que sus necesidades financieras no les exigían integrar la totalidad del capital de una sola vez, y que por ende los accionistas asumían el compromiso de hacerlo en entregas sucesivas, que los mismos fueran garantizados mediante depósito de títulos públicos fácilmente realizables. Las aludidas instrucciones ministeriales agregaban también la necesidad de que las sociedades tuvieran un capital mínimo (variable según el riesgo de la actividad) por debajo del cual el mismo no podía descender, bajo apercibimiento de disolución. Para prevenir tales riesgos, la ordenanza de autorización exigía que la sociedad constituyera reservas sobre las utilidades, destinadas a prevenir las eventuales disminuciones del capital original. La ordenanza prescribía igualmente que, en caso de efectiva disminución del capital, todos los beneficios debían ser empleados para restituirlo al importe original, prohibiendo la distribución de dividendos, aunque según las instrucciones ministeriales originales, esta prohibición no impedía que los accionistas pudieran retirar los intereses “simples” del capital, lo que fue modificado por el consejo de Estado (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841 y 1842, Nº 463 a 466, ps. 436 a 438).

Las ordenanzas administrativas regularon también los límites de los beneficios que podían reservarse los fundadores o promotores de *sociedades anónimas*, de modo de no alterar el principio de que la administración fuera siempre revocable y el de los derechos económicos de tales fundadores y promotores no fueran otros que los resultantes del rol que pudieran tener como administradores (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 467, p. 438 y sig.).

También fue motivo de preocupación que cuando los aportes se hacían en especie (inmuebles, establecimientos, minas u otras explotaciones, p. ej.) la administración asumiera los mayores controles para asegurarse que el valor atribuido a tales bienes tuviera relación con el capital conformado por dicha sociedad (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 468, p. 439).

En otras circunstancias, se prohibió que una sociedad en comandita se transformara en anónima, como forma de evitar la disminución de su responsabilidad, para lo cual se exigió la liquidación de la antigua sociedad (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 469, p. 440).

En cuanto al otorgamiento de la autorización para la constitución de la *sociedad anónima*, la administración debía proceder a una investigación sobre la moralidad de la empresa, de su utilidad, sobre las garantías personales de los socios, de su solvencia y su aptitud (Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 470, p. 440).

⁷²⁹ Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social” en *La Ley* 1986-B, p. 972. Ver artículos 13 inc. 3, 31 1º párrafo, 32 1º y 2º párrafos, 38 a 54, 68 y 224, 11 inc. 4º y 163, 186, 187 3º párrafo, 202, 203 a 206, 220 a 223 de la ley de sociedades comerciales. Ver además Verón, Alberto, *Sociedades Comerciales – Ley 19550 Comentada, anotada y concordada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, Tº I, art. 38, § 9, ps. 335 a 337.

⁷³⁰ Troplong, *Du Contrat du Société*, Tº I, art. 1841, 1842, Nº 471, p. 441 y sig.; Thaller-Piq, ob. cit., Nº 103, p. 119.

⁷³¹ Estas sociedades fueron denominadas *sociedades de responsabilidad limitada*, pero no guardan relación con la que modernamente lleva esa denominación (Solá Cañizares, ob. cit., p. 318, nota 12).

⁷³² Solá Cañizares, ob. cit., lug. cit. nota anterior.

⁷³³ Solá Cañizares, ob. cit., ps. 318/319.

c) *La sociedad anónima en el derecho angloamericano*

En el ámbito angloamericano, aunque partiendo de orígenes distintos, la *sociedad anónima* –*company* en Inglaterra y *corporation* en los Estados Unidos– tuvo una evolución bastante similar a la del continente. En el tránsito de la corporación medieval a la compañía moderna, aquella perdió la idea de que sus miembros reunidos en una especie de “corte general” conformaban su más alto órgano de gobierno, para pasar a quedar dicho gobierno en manos de unos pocos hombres de negocios, por lo que los miembros pasaron a ser meros suscriptores.⁷³⁴ De la misma forma, las compañías del período mercantilista perdieron aquellos privilegios que eran objeto de concesión mediante decisiones de alta política, para pasar a ser formas de organización abiertas que podían ser usadas casi por cualquiera sin mayores exigencias.⁷³⁵ Las restricciones que era habitual imponer a las corporaciones en las cartas de autorización, en concordancia con las necesidades propias de la época mercantilista fueron siendo dejadas de lado por haber perdido sentido. Por lo tanto, el marco teórico en el cual continuó el desarrollo de la *sociedad anónima* angloamericana a partir del siglo XIX, fue el del contrato.⁷³⁶

En Inglaterra, en concordancia con lo expuesto, el régimen de autorización (por parte del rey y/o parlamento), fue reemplazado por la inscripción en un Registro en 1844⁷³⁷. Recién en 1856⁷³⁸ se consagró el principio de la limitación de responsabilidad de los accionistas (que en Francia ya se había establecido con la sanción del Código de Comercio en 1807: ver ap. b) anterior). La regulación moderna de las *companies* en Inglaterra, data de la *Company Act* de 1862.⁷³⁹

Más adelante (§ 77) veremos el proceso que, también en este ámbito, diera lugar a la formación del concepto de *capital social*, al que luego la teoría jurídica lo conceptualizara como una contrapartida del mecanismo de *limitación de responsabilidad*,⁷⁴⁰ no obstante que el desarrollo histórico que hemos visto no confirma esta idea.

⁷³⁴ Chayes, Abram, “La sociedad anónima y el imperio de la ley”, en *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, cit., p. 52.

⁷³⁵ Chayes, Abram, ob. cit., ps. 52 y 53. “En la mayoría de los Estados norteamericanos importantes el sistema para el otorgamiento especial de cédulas de reconocimiento se regía hacia mediados del siglo [se refiere al siglo XIX], por leyes más o menos generales, según las cuales la forma de organización en sociedad anónima dedicada a los negocios se convirtió en ‘un derecho que puede justamente otorgarse a cualquier postulante competente’” (Chayes, ob. cit., p. 54).

⁷³⁶ Chayes, Abram, ob. cit., ps. 54 y 55.

⁷³⁷ Dicho cambio se produjo con la *Joint Stock Companies Act* de 1844 (Solá Cañizares, ob. cit., ps. 9 y 318).

⁷³⁸ Este otro cambio fue introducido por la *Stock Companies Act* de 1856 (Solá Cañizares, ob. cit., ps. 9 y 319, nota 15).

⁷³⁹ Solá Cañizares, ob. cit., p. 319.

⁷⁴⁰ Manning, Bayless, *A concise textbook on legal capital*, New York, The Foundation Press, 1977, 2ª edición 1981, p. 22; Clark, ob. cit., § 17.1.2. p. 708.

§ 44. La forma “corporativa”

Como resultado del desarrollo expuesto, ha quedado delineado el alcance de lo que hoy podemos llamar las características básicas de la forma *corporativa*: limitación de responsabilidad de los socios o separación patrimonial completa entre los bienes personales de los socios y los bienes aportados a la sociedad (lo que implica que los acreedores de los socios no pueden agredir los bienes aportados por éstos a la sociedad, ni los acreedores de la sociedad pueden agredir los bienes personales de los socios), divisibilidad de las participaciones sociales y libre transferibilidad de las mismas, “personalidad legal” (titularidad sobre bienes en cabeza de la corporación, lo que le permite trascender a contingencias tales como muerte, incapacidad o separación de los socios) y administración concentrada en órganos específicos.⁷⁴¹ Como se ve, ha desaparecido en esta evolución la necesidad de la autorización estatal, que fuera esencial en el origen de esta nueva forma. Tampoco la misma ha quedado restringida a los casos de negocios que requerían la participación de una cantidad indeterminada de inversores. Ha pasado a ser usada en la práctica por empresarios individuales que quieren independizar la suerte de su negocio, de su responsabilidad patrimonial personal.

Ahora bien, en este nuevo esquema en que el deudor de las obligaciones pasa a ser la *sociedad* (o *corporación*) y no sus socios, los acreedores sociales no podrán dirigir su acción de cobro contra determinados socios. Éstos ya no “limitan” su responsabilidad frente a los acreedores sociales, porque no son sus deudores. Los socios serán en todo caso deudores de la sociedad, hasta la completa integración de sus aportes. En este caso, la ley trata a los acreedores corporativos, de la misma manera que lo hace respecto de los acreedores de personas físicas. Como en el caso de cualquier acreedor, éste tiene contra su deudor un derecho sobre los bienes de éste, “prioritario” al del deudor sobre sus propios bienes. Existe una “prioridad” por parte de los acreedores sociales, respecto de los socios (“propietarios” del *capital social*), para cobrarse de los activos sociales. Dicha prioridad se refleja en que la totalidad de los activos de la sociedad responden por la totalidad de las deudas sociales; y en que, en caso de ser necesario, dichos bienes se utilizarán íntegramente, hasta tanto se desinteresen a tales acreedores, aunque los “propietarios del capital” (los socios) no puedan recuperar nada de su inversión original. Así como los acreedores de una persona física no esperan cobrar nada una vez agotados los bienes de su deudor, a menos que cuenten con alguna garantía, tampoco los de una sociedad (organizada

⁷⁴¹ Clark, *Corporate law*, cit., 1.2.1. a 1.2.4, ps. 6 a 24.

en forma corporativa) podrán tener tal esperanza.⁷⁴² Este efecto de posicionamiento de los socios frente a los otros acreedores del pasivo social, respecto de los activos sociales puede ser descrito como una forma de *subordinación*,⁷⁴³ en la medida que se trata en cierto sentido de una excepción al principio general de igualdad de trato entre los acreedores,⁷⁴⁴ y en tanto se advierta (como se verá más adelante en el § 79) que no hay razones funcionales para establecer una separación tajante entre financiadores a quienes se suelen llamar “dueños” del patrimonio social, y “no dueños”.

Hoy día, el efecto de *subordinación* del derecho de cobro por parte de ciertos acreedores (para cobrar con posterioridad a los acreedores registrados en el pasivo ordinario de la sociedad) puede lograrse por diversos medios. Además del mecanismo por el cual la sociedad emite participaciones respecto de su capital, cualquier acreedor, mediante un pacto en ese sentido, puede *subordinar* su derecho de cobro respecto de otros acreedores. Esta posibilidad ya estaba contemplada por el art. 3877 del proyecto de unificación legislativa, y luego lo introdujo en nuestra legislación positiva el artículo 76 de la ley 24.441, que modificó el artículo 3876 del Código Civil mediante el agregado de un último párrafo en los siguientes términos: “Puede convenirse la postergación de los derechos del acreedor hasta el pago total o parcial de otras deudas presentes o futuras del deudor”. La disposición del artículo 250 de la ley de concurso 24.522, por su parte, tiene como alcance que dichos acuerdos de subordinación mantendrán sus efectos aún después de abierto el concurso o la quiebra del deudor.⁷⁴⁵ Según criterios contables modernos, tales deudas subordinadas guardan más relación con el “patrimonio neto” que con el “pasivo” social.⁷⁴⁶ Parecido tratamiento contable le asignan a estas deudas “subordinadas” las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina aplicables a las entidades financieras.⁷⁴⁷

⁷⁴² Manning, Bayless, ob. cit., p. 6.

⁷⁴³ La subordinación de créditos ha sido caracterizada como “aquella situación que se da cuando un acreedor resulta postergado en sus derechos, especialmente en su derecho al cobro de su crédito, con respecto a otros acreedores del mismo deudor... El instituto de la subordinación de créditos se encuentra íntimamente ligado a la situación de insolvencia en mérito de que será principalmente ante un escenario de este tipo –que presupone una insuficiencia de bienes para hacer frente a las deudas de un determinado deudor– cuando podrá observarse con claridad su importancia. En efecto, la circunstancia de que un crédito goce de la cualidad de subordinado bajo ningún concepto implica que no deba ser objeto de cancelación por parte del deudor. La cuestión estará en que, ante la insuficiencia de bienes, dicho crédito deberá ser satisfecho exclusivamente una vez abonados los créditos “superiores” o *senior*...” (Araya, Tomás M. *Subordinación de créditos en los negocios jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1999, p. 23).

⁷⁴⁴ Araya, ob. cit., cap. I, § 2, p. 24 y siguientes.

⁷⁴⁵ Araya, ob. cit., § 21, punto 2, ps. 155 y siguientes.

⁷⁴⁶ Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, en *La Ley* 1986-B, p. 972 y sig., pto. 7.

⁷⁴⁷ Ver régimen de capitales mínimos de las entidades financieras establecido a partir de la comunicación “A” 2136 (texto ordenado al 10-4-02 por comunicación “A” 3558 y actualizaciones: la última de las cuales data del 28/1/2010), que permite bajo ciertos requisitos (a partir de lo dispuesto por la comunicación “A” 2223 –LISOL 1-85–, del 27-6-94), incluirlas contablemente como patrimonio neto *complementario*, dentro de los rubros que determinan la llamada “responsabilidad patrimonial computable” de las entidades financieras (punto 7.2.3.1.). El concepto de subordinación, a los fines de la citada regulación, está desarrollado en el punto 7.2.4.6.

§ 45. La corporación “privada”

Cumplido el paso antes mencionado, se dieron circunstancias que permitieron una nueva distinción. Habíamos dicho que el otorgamiento de la autorización estatal para la utilización de la forma corporativa, había nacido como una manera de asegurarle a los monarcas el cumplimiento de los fines políticos que se proponían con la concesión de monopolios y demás privilegios que iban acompañados de tal mecanismo jurídico. Luego ello se modificó, pasando de un sistema de autorizaciones individuales a uno genérico, llamado control de legalidad, en el cual quien cumplía con ciertos requisitos podía alcanzar la forma corporativa. También se dijo que, entre otras razones, el nuevo control estatal –ahora de legalidad– tenía como propósito el dar seguridad a los acreedores y pequeños inversores, como contrapartida de la limitación de responsabilidad. Ello determinó que tales controles terminaran considerándose excesivos en los casos en que tales inversores no eran personas del público “en general”, sino estrechamente vinculadas con la gestión de la empresa, así como cuando las compañías no colocaban títulos de deuda en el público.

A partir de ello surge la idea de simplificar el cumplimiento de las formalidades legales en aquellos casos en que no se daba el presupuesto de la autorización estatal.

a) Un primer antecedente: la sociedad en comandita por acciones

Un remoto antecedente, que tendió a cubrir este espectro de la realidad social, fue la incorporación de la sociedad en comandita por acciones, en el Código de Comercio francés, en 1807. Este tipo social fue creado con el propósito de dar un adecuado marco jurídico a las empresas “privadas” (por oposición a las grandes compañías que se financiaban con la inversión del público), de mediana envergadura, que estuvieran en una situación intermedia entre la de las sociedades de “capital” y las sociedades “de personas”. La comandita por acciones estaba dispensada de todo control, tanto para su constitución como para su funcionamiento. Claro está que tal liberación de controles se consideraba compensada con lo que se entendía que era una doble garantía: los bienes aportados por los socios y la responsabilidad solidaria del socio comanditado.⁷⁴⁸

⁷⁴⁸Thaller - Piq, ob. cit., N° 103, ps. 118 y 119.

b) *La sociedad de responsabilidad limitada en Europa*

En Alemania, por su parte, al sancionarse la segunda ley de sociedades por acciones en 1884 (la primera había sido de 1870), resultó que la reglamentación de este tipo de sociedad había sido muy rigurosa. En virtud de ello comenzó un movimiento de opinión tendiente a crear un nuevo tipo de sociedad –para ciertos casos– que simplificara dicho aspecto. Así fue que el diputado Oechelhaeuser promovió la creación de un tipo societario con una estructura interior semejante a la sociedad colectiva, pero con responsabilidad de los socios limitada a los aportes. Otros autores como Simon esbozaron líneas para un tipo de sociedad destinado únicamente a las empresas coloniales. El Gobierno se decidió primero por legislar respecto de las empresas coloniales, lo que se concretó con la ley del 13 de marzo de 1888. Luego de diversas consultas a sectores interesados, el Gobierno se decidió por proyectar una nueva ley en la línea propuesta por Oechelhaeuser, lo que concluyó en la ley general de sociedades de responsabilidad limitada del 20 de abril de 1892, conocida como Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.).⁷⁴⁹

Como surge de lo expuesto, esta legislación procuraba aliviar las formalidades y requisitos de establecidos por la legislación para la sociedad por acciones, en los casos antes mencionados (empresas que no obtenían su financiación del público en general mediante colocación de sus títulos). Si bien esta nueva regulación fue pensada como una variante de la sociedad anónima, en Alemania se decidió –por razones coyunturales– darle el carácter de un estatuto independiente. Las características básicas de este tipo social –como es sabido– son las siguientes: división del capital en unidades, limitación de responsabilidad de los socios al capital suscrito; en los casos en que hay número limitado de socios y restricciones a las transferencias de las participaciones sociales a terceros, la sociedad es liberada de ciertas formalidades (en especial la obligación de publicar sus estados contables).⁷⁵⁰ Numerosos países europeos y latinoamericanos siguieron el camino alemán.⁷⁵¹

Francia en 1925 dicta su ley de sociedades de responsabilidad limitada, basada en el modelo alemán, pero con características propias: no se trata de una colectiva con responsabilidad limitada; insta un régimen de pluralidad de cuotas, estableciendo con carácter imperativo la necesidad del acuerdo de una mayoría reforzada para la cesión de cuotas. Esta ley sirvió en parte de guía para nuestra ley 11645 de 1932.⁷⁵²

⁷⁴⁹ Solá Cañizares, ob. cit., p. 225 y 226 y nota 3.

⁷⁵⁰ Le Pera, Sergio, “Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales”, en *La Ley*, 1980-A-745, cap. V.

⁷⁵¹ Así fue el caso de Portugal en 1901, Austria en 1906, Brasil en 1919.

⁷⁵² Solá Cañizares, ob. cit., p. 227.

c) *Antecedentes angloamericanos*

En Inglaterra, el equivalente de la sociedad de *responsabilidad limitada* fue denominado *private company*. Esta expresión se encuentra en decisiones judiciales aún anteriores a la ley alemana de 1892, aunque su regulación legislativa data de 1908. El uso de esta expresión estaba relacionado con la problemática de aquellas empresas comerciales pequeñas o de familia, que adoptaban la forma de *companies*, habida cuenta de las ventajas de las mismas (limitación de la responsabilidad de los socios por la sola inscripción en un registro, adquisición de personalidad que implicaba la subsistencia de la sociedad en caso de muerte, incapacidad o separación de un socio), frente a la única alternativa existente: la *partnership* regida por el *common law*, que implicaba la solidaridad de los socios. Frecuentemente estas empresas estaban constituidas por una sola persona que obtenía la concurrencia de otras, de favor, con el solo objeto de cumplir con las formalidades legales, por lo que en estos casos se las denominaba *one man company*. Con relación a dicha problemática se resolvió en 1897 el famoso caso “Solomon”, estableciendo el criterio de la subsistencia de una sociedad, mientras se cumpliera el requisito legal del número mínimo de socios, aunque estos tuvieran una participación insignificante, pues no era función de los tribunales efectuar el análisis de la razonabilidad del requisito. A partir de dicha decisión se afianzó el desenvolvimiento de las denominadas *private companies*.⁷⁵³

Luego de ello, Inglaterra incorporó en 1908 a la *Companies Act*, la citada denominación, con un régimen básico similar al de las *companies*, pero liberando a estas sociedades de algunos requisitos y formalidades aplicables a las primeras, tales como la publicación de los estados contables (a partir de 1967 esa dispensa quedó sin efecto). Los requisitos para caracterizar a una *private company* –similares a los que el derecho continental establece para las S.R.L.– son el no ofrecimiento al público de sus títulos, número limitado de socios (50) y restricciones estatutarias a la transferencia de acciones a terceros.⁷⁵⁴

En Estados Unidos, algunos estados incorporaron una figura similar bajo la denominación de *close corporation*.⁷⁵⁵

Más recientemente numerosos estados⁷⁵⁶ han adoptado regímenes referidos a entes denominados *limited liability companies* (LLC), que tienen por objeto combinar elementos de las

⁷⁵³ Solá Cañizares, ob. cit., p. 230.

⁷⁵⁴ Le Pera, “Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales”, en *La Ley*, 1980-A-745, cap. V.

⁷⁵⁵ Solá Cañizares, p. 230 y Le Pera, ob. cit., lug. cit. nota anterior.

⁷⁵⁶ Wyoming fue el primero en adoptar un régimen legal de *limited liability companies* (LLC) en 1977. Luego siguió Florida en 1982. Razones derivadas de la legislación impositiva determinaron que cesara la aparición de nuevos estatutos. A partir de 1988, luego de que el régimen

corporations (sociedades anónimas), tales como la limitación de responsabilidad de los inversores con el más beneficioso tratamiento impositivo de las *partnerships*,⁷⁵⁷ a la vez que evitan la responsabilidad solidaria e ilimitada propia de los *partners*, sin que interese su participación o no en la administración de los negocios sociales.

La estructura de las regulaciones de las LLC por los distintos estados de la unión se ha organizado en función de consideraciones fiscales.⁷⁵⁸ Los estatutos de las LLC, por lo tanto, han procurado que los elementos de la estructura de la regulación de estas figuras que les darían tratamiento fiscal de *corporations*, no estén presentes en tales regulaciones.⁷⁵⁹

§ 46. Ciertos acuerdos societarios entre sociedades (joint ventures)

Hemos visto que originariamente el concepto de *sociedad* había alcanzado a aquellos acuerdos celebrados con el objeto de coparticipar en los resultados de un negocio o actividad (§ 36). A partir de la edad media esta modalidad tuvo un cierto correlato en algunos pactos de participación (§ 39). También se dijo que, a partir del medioevo se llamó *sociedad* al ejercicio de una actividad bajo un nombre común (§ 37), compartiendo los bienes afectados a ello (§ 38), lo que implicaba una forma de responsabilidad solidaria, de la que se podían excluir algunas personas, a condición de cumplir ciertas formalidades (§ 40 y § 41), no obstante lo cual también se seguía llamando *sociedad* al contrato en cuestión. A partir de la edad moderna se llamó también *sociedad* a la agrupación de grandes capitales bajo la combinación de ciertos elementos ya conocidos aisladamente, que dio en llamarse forma *corporativa* (§ 44 y § 45). Así tenemos a

impositivo adoptado por el *Internal Revenue Code* (IRC) favoreciera nuevamente a las LLC, el estado de Colorado retomó la tendencia de incorporar regulaciones sobre esta nueva figura, y lo siguieron Kansas, Virginia, Utah, Nevada, Texas y muchos otros. Ver Brown, Robert J. y Max Herbert B., *Raising Capital*, 3º ed., Prentice Hall Law & Business, 5-3.

⁷⁵⁷ Los ingresos de las *corporations* son gravados con impuestos al ser percibidos por éstas y luego al ser distribuidos a los *shareholders* (accionistas). En las LLC, sólo está gravado con impuestos el ingreso percibido en cabeza de los inversores, como el caso de las *partnerships* (Brown and Max, *Raising Capital*, lug. cit. nota anterior).

⁷⁵⁸ Desde el punto de vista fiscal cuatro elementos caracterizan el tratamiento impositivo propio de las corporaciones: responsabilidad limitada, administración centralizada, continuidad del ente más allá de la vida de los partícipes, libre transferibilidad de las participaciones sociales. Un ente con tales características tendrá el tratamiento fiscal de una *corporation*, y si le faltaran dos o más de ellos tendrá el tratamiento propio de una *partnership* (Brown and Max, *Raising Capital*, 5-5).

⁷⁵⁹ Las legislaturas han adoptado dos enfoques sobre el particular. Algunos estados se agrupan dentro de los estatutos denominados “bulletproof”. Esta clase de estatutos establecen que las LLC organizadas bajo los mismos, carecerá siempre de ciertas características corporativas, en particular, continuidad de vida y libre transferibilidad de las participaciones. Para lo primero se establece que ciertos acontecimientos producirán siempre la disolución del ente, a menos que los socios por unanimidad decidan continuar con la LLC. Respecto de lo segundo se establecen restricciones a las transferencias, de modo de exigir a los nuevos partícipes convertirse en miembros de las LLC, si no media consentimiento unánime de los otros.

La otra clase de regulaciones se ha dado en llamar de “estatutos flexibles”. En estos casos se permite que las LLC retengan cualquiera de las características corporativas (por ejemplo libre transferibilidad de las participaciones, pero carencia de administración centralizada). Será cuestión de quien redacte la constitución de una LLC, que bajo las leyes federales de impuestos, ésta encuadre o no dentro del tratamiento fiscal propio de la *partnership*.

Una LLC administrada por administradores no socios tendría el carácter, desde el punto de vista de los cuatro requisitos de la forma corporativa fiscal, de una “administración centralizada”, aunque podría evitarse ello, si retuvieran alguna suerte de “autoridad operativa” (Brown and Max, *Raising Capital*, 5-5 a 5-7).

la participación, la sociedad colectiva (y su derivado la comandita), y la anónima (y su derivado la sociedad de responsabilidad limitada), con sus correspondientes tipos híbridos. Esta descripción cubre el desarrollo de todos los elementos que conformaron los distintos tipos de sociedades comerciales.⁷⁶⁰

Cabe preguntarse qué pasó cuando esta evolución estuvo suficientemente estabilizada y la mayor parte de las actividades económicas relevantes eran desarrolladas por empresas organizadas como sociedades (generalmente anónimas). ¿Bajo qué reglas celebraban acuerdos participativos las sociedades?

a) *El problema de la regla ultra vires*

Durante el siglo XIX, como consecuencia de que en su origen las sociedades anónimas requerían para su funcionamiento una autorización estatal (§ 43) habida cuenta de su carácter excepcional, estaban regidas –tanto en el derecho angloamericano como en el continental europeo– por el principio de la actuación ultra vires. Esto significaba que su capacidad estaba estrictamente limitada al objeto para el cual le había sido otorgada la autorización, que sus administradores estaban solamente facultados para actuar por la sociedad a los fines de cumplir dicho objeto (el autorizado), y que ello solamente podía lograrse nada más que a través de tales administradores previstos en el instrumento de autorización. Por lo tanto, una sociedad anónima (corporation) no podía participar en otra sociedad de un tipo distinto, puesto que se entendía que era una manera en que se podía violar el objeto para el cual se había autorizado su creación.⁷⁶¹

Claro está que no siempre las sociedades anónimas, cuando debían asociarse para la realización de los negocios propios de su objeto, lo hacían con otras sociedades del mismo tipo. No siempre ello resultaba adecuado.

b) *El joint venture en el derecho americano*

El lugar donde primero se planteó la cuestión de este tipo de acuerdos y se necesitó buscar una solución fue en Estados Unidos. Si bien con el correr del siglo XX fue perdiendo importancia en este país el principio de la actuación ultra vires de las *corporations*, el proceso fue gradual. Por lo tanto, cuando los tribunales americanos encontraban *corporations* que habían celebrado acuerdos que debían ser encuadrados como *partnerships* (acuerdos de características propias de lo que la doctrina suele llamar sociedades “de personas”), para evitar declarar la

⁷⁶⁰ Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, *La Ley* 1986-B, p. 972, pto. 1).

⁷⁶¹ Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, § 11, p. 52 y sig. Tal es el origen de la disposición aún vigente en nuestro derecho, del artículo 30 de la ley 19550 de sociedades comerciales.

nulidad de tales acuerdos que ya eran frecuentes, recurrían a una distinción. Para ello utilizaron un concepto que ya venía siendo usado por los tribunales desde bastante tiempo atrás, como era el de *joint venture*.⁷⁶² Con esto querían significar que la corporation había celebrado con terceros un acuerdo de coparticipación en un acuerdo específico, al que se le aplicaban las reglas de las *partnership*, pero al no llamarse “partnership”, sino “joint venture” la regla prohibitiva no resultaba pertinente. Como conclusión, la doctrina judicial admitía la excepción a la regla ultra vires, siempre que la participación de la corporation con terceros (ya se trataran éstos de personas corporativas o físicas) fuera respecto de un “único proyecto”.⁷⁶³ Las principales reglas específicas que dicha doctrina judicial adjudicaba a los *joint ventures* y que las diferenciaba de las correspondientes a las *partnerships* fueron las siguientes: a) podían participar en ellas sin restricciones las *corporations*, b) inaplicabilidad de la regla de que cualquiera de los partícipes tiene facultad de obligar a los otros a los fines del proyecto común, c) no era obligatorio para todos los partícipes hacer frente a las pérdidas, d) restricciones a la obligación de no competencia entre los *joint venturers*, respecto de otros proyectos ajenos al común.⁷⁶⁴

c) *La cuestión en nuestro derecho*

La situación de este tipo de acuerdos en nuestro derecho, luego de la sanción en 1972 de la ley 19.550 de sociedades comerciales, estaba regida por el juego de las siguientes reglas: el artículo 30 de la ley citada, que establecía que “las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones”, y el artículo 17, que establecía que “es nula la constitución de una sociedad de uno de los tipos no autorizados por la ley”. El primero de dichos artículos era interpretado en el sentido de que las sociedades anónimas y en comandita por acciones no podían formar parte de sociedades accidentales o en participación, ni de sociedades regidas por el Código Civil.⁷⁶⁵ La consecuencia de la violación de tal regla, que se entendía que derivaba del segundo artículo, era la nulidad de cualquier acuerdo de coparticipación en el resultado de operaciones determinadas, del que formarían parte sociedades por acciones.

La ley 22.903 de 1983, que introdujo reformas a la de sociedades, se propuso solucionar dicha situación que se consideraba indeseable. Para ello eligió mantener la estructura básica de la ley anterior, sin modificar el artículo 30 ni el 17 citados. En cambio decidió crear un nuevo

⁷⁶² Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 18, p. 64 y sig.

⁷⁶³ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 19, p. 67.

⁷⁶⁴ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 22, p. 72.

⁷⁶⁵ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 53, p. 156.

“tipo” o figura, denominado *unión transitoria de empresas* (UTE), de los que se dice que “no constituyen sociedades ni son sujetos de derechos” (art. 367 ley 19.550, según ley 22.903), que por esa razón no le serían aplicables los citados artículos 17 y 30 de la ley de sociedades, a la vez que cualquiera de las “sociedades constituidas en la República” (lo que obviamente comprende a las sociedades por acciones también) podrían formar parte de estos contratos.

De esta forma nuestro legislador creó una válvula de escape para que las sociedades por acciones puedan co-participar en el resultado de proyectos u operaciones determinadas. No obstante, por la forma en que lo hizo ha creado una serie de dudas sistemáticas, respecto de algunos aspectos de la regulación.

Una de ellas está referida a la declaración de que una UTE no constituye una *sociedad*, ni un *sujeto de derecho*. Como consecuencia de esta declaración de la ley en su artículo 377, cabría inferir que la no inclusión de las uniones transitorias en el concepto de *sociedad* obedece a la falta de alguna de las características definatorias de dicho concepto. Sin embargo, las UTE deben contar con dos o más partes (art. 377 LSC); sin duda que cuentan con una “organización”; también tienen por objeto la producción de bienes o servicios (“obra, servicio o suministro” dice el art. 377 de la LSC); igualmente los partícipes asumen obligaciones de contribuciones económicas (art. 378 inc. 6 LSC); y de la misma manera que en las sociedades propiamente dichas, los contratos de las UTE habrán de establecer una previsión sobre la forma de participación de las empresas miembros en los resultados, y en su caso, en los ingresos y gastos de la unión (art. 378 inc. 8 LSC). Por otra parte, la semejanza de las UTE con las sociedades se extiende a detalles tales como que también habrán de contar con “estados de situación” (balances) y una “denominación” (art. 378 incs. 11 y 3 LSC).⁷⁶⁶

También la UTE parece tener todos los signos exteriores de un *sujeto de derecho*. Tiene –dijimos– una denominación y domicilio (art. 378 incs. 3 y 5 LSC). Y tiene también un *fondo común operativo* (art. 378 inc. 6 LSC). La ley no ha establecido pautas sobre cómo ha de funcionar este fondo, pero cualquiera sea la hipótesis al respecto, es difícil imaginar un comportamiento distinto del de un *patrimonio*, toda vez que sin duda dicho fondo se ha de comportar como una “universalidad” compleja y dinámica de cosas, bienes y derechos.⁷⁶⁷

Es sabido que la ley no establece consecuencias normativas que se deriven ni del concepto de *persona jurídica*, ni del de *sujeto de derecho*, así como que tampoco existe una definición legal de los mismos, ni del límite de separación patrimonial necesarios para que sea

⁷⁶⁶ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 52, d) p. 160 y sig.

⁷⁶⁷ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 52, e) p. 163 y sig.

pertinente su uso, puesto que se trata de meros conceptos clasificatorios (ver notas 628 y 634). En orden a tratar de establecer alguna respuesta a las preguntas sobre el tipo de separación patrimonial que existe entre las UTE y sus miembros, la primera cuestión a responder es por qué reglas habrá de regirse esa comunidad de derechos existente entre los miembros de la UTE, respecto del fondo patrimonial. Según el artículo 2674 del Código Civil las comunidades de bienes que no sean cosas no serán regidas por las normas del condominio. El único régimen aplicable a situaciones de “comunidad de derechos” en nuestro régimen legal, es el establecido para las sociedades reguladas en el Código Civil. Y según estas reglas no parece posible establecer otra solución que sostener que los acreedores “personales” de los miembros de una unión transitoria están excluidos de la acción sobre los bienes del fondo operativo. Cualquier situación que se quiera imaginar respecto de la situación existente entre los miembros de la UTE y el fondo patrimonial, lleva a concluir que la declaración de la ley de considerar que las UTE no son sujetos de derecho es contraria al uso general del término. La única razón por la que una UTE no deba ser considerada sujeto de derecho, es porque a un acuerdo con todos los elementos para ser considerado tal, las partes decidan denominarlo UTE, e inscribirlo en el Registro Público de Comercio.⁷⁶⁸

Otra dificultad sistemática, de entre las muchas creadas por el nuevo régimen legal, es la referida a qué es lo que pasa con un acuerdo denominado por las partes como UTE y que no resulte inscripto en el Registro Público de Comercio, puesto que la ley no establece las consecuencias. Una propuesta de interpretación que se ha sostenido es considerar que la falta de inscripción hace que la UTE “readquiera” los caracteres de *sociedad comercial y sujeto de derecho*, en cuyo caso habría que considerarla una sociedad *atípica*. La otra alternativa sería considerar que tampoco son *sociedades comerciales*, sino simples contratos regidos por el derecho común. La consecuencia de esto implica aceptar que, dado que las uniones transitorias poseen todos los elementos y requisitos para ser consideradas *sociedades* (y seguramente *sujetos de derecho*), el único hecho que las excluye de tal encuadramiento habrá de ser el nombre que las partes le atribuyan y su inscripción en el Registro Público de Comercio.⁷⁶⁹

La solución que se ha propuesto para eludir tales problemas sistemáticos es una lectura de la ley que prescindiera de la voluntad subjetiva del legislador, y que la interprete objetivamente. En tal sentido, corresponde recordar el carácter de ley general que la legislación del Código Civil en materia de sociedades ha mantenido en las legislaciones comparadas más importantes que han

⁷⁶⁸ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 52, e) ps. 166 a 172.

⁷⁶⁹ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 52, j) p. 182 y sig.

servido de fuente a la nuestra (§ 36 in fine y notas 585 y 586), por lo cual nuestras normas sobre *sociedad civil* –que no han sido derogadas– habrán de ser usadas para solucionar cualquier conflicto sobre la materia. Con esas aclaraciones, el artículo 1º de la LSC debería ser leído en el sentido de que el requisito de que las sociedades habrán de constituirse “conforme a uno de los tipos previstos en *esta ley*”, rige a los efectos de que la sociedad sea “comercial”, pero no dice que toda sociedad que reúna los demás requisitos de tal *deba* constituirse conforme a algunos de los tipos de la LSC. Conforme a lo expuesto, las sociedades *de hecho* que no tengan “objeto comercial” seguirán sujetas a las reglas del Código Civil. Igualmente, una sociedad instrumentada por escrito que no se proponga ser de alguno de los tipos regulados en la LSC (sea su objeto comercial o no, y se proponga o no que aquél consista en la producción o intercambio de bienes o servicios), no caería bajo la órbita del artículo 17 de la LSC. Éste dice que: “Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por *la ley*”. No dice –aunque esa haya sido probablemente la intención– que la ley referida sea la de sociedades comerciales. Sólo dice “la ley”, por lo que puede entenderse “la ley en general”. Dentro de ella pueden incluirse los demás tipos de sociedades existentes fuera de la LSC, tales como las del Código Civil, entre otros (como las del Código de Minería, de coparticipación naval, cooperativas, etc.). Esta interpretación del artículo 17 es congruente con la anterior del artículo 1º de la LSC. Y evita la regla de clausura (por la sanción de nulidad que atribuye a la atipicidad) que siempre se le atribuyó al citado artículo 17. Según esto, la falta de los requisitos tipificantes, aludida por dicho artículo, hace nula a la sociedad, en tanto sociedad del tipo que pretendió ser. Ello no excluye que produzca los efectos propios de otra sociedad, tales como los de la “sociedad general” (del Código Civil).⁷⁷⁰

En este enfoque interpretativo, el artículo 30 o bien puede ser leído en el sentido de que no dice nada, si se entendiera literalmente que la única actividad a la que se pueden dedicar las sociedades anónimas y las en comandita por acciones, es formar parte de sociedades por acciones, o bien considerar –dado que el acápite del artículo hace referencia a “incapacidad”– que establece algún tipo de incapacidad para las sociedades por acciones. Librada al intérprete la determinación de cuál es la incapacidad aplicable a las sociedades por acciones, y siguiendo el criterio restrictivo que cabe atribuirle a las incapacidades (art. 41 Cód. Civ.) podría entenderse que la misma implica la de “formar parte” de otras sociedades. En cuanto a la formación de qué tipo de sociedades alcanza dicha incapacidad, no habría razones para extender la misma a todo tipo de sociedad (incluidas las de los Códigos Civil, de Minería y de la legislación de

⁷⁷⁰ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 53, a) a h) ps. 184 a 192.

navegación). Y aún dentro de los tipos autorizados por la LSC, tampoco habría razones para considerar incluidas en la incapacidad a las *sociedad accidental* o *en participación*, que siempre ha sido considerada una sociedad anómala por carecer de personalidad (los antecedentes del derecho comparado no autorizan a extender la prohibición a este tipo).⁷⁷¹

⁷⁷¹ Le Pera, *Joint venture y sociedad*, § 53, i) ps. 192 y sig..

CAPITULO 11: EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

§ 47. Antecedentes de la compraventa

La compraventa en Roma –*emptio venditio*– fue un contrato consensual, no formal, cuyo objeto era el cambio de cosas (mercancías), por dinero, que daba origen al nacimiento de obligaciones, por parte del vendedor de entregar la cosa, y del comprador de pagar el precio convenido. Dentro del objeto de este contrato (la *mercancía*), se entendía que podían quedar comprendidos los *derechos*, tales como de propiedad, usufructo, servidumbres prediales, e incluso una acción.⁷⁷²

En virtud de lo expuesto, la posibilidad de que este contrato permitiera el nacimiento de *obligaciones financieras* estaba dada en una de sus formas, por la sencilla circunstancia de que la obligación de pago del precio estuviera sometida a un plazo.

Otra forma en que la *compraventa* podía originar obligaciones financieras era aquella en la que se recurría a una cláusula denominada de *recompra*. También se puede vincular este contrato con el nacimiento de obligaciones financieras, en la medida que el objeto de la compra fueran *derechos* creditorios (que tuvieran por objeto el cobro de sumas de dinero).

Veremos cada uno de tales supuestos.

§ 48. La compraventa a plazo o crédito

La circunstancia que la compraventa hubiera incluido un plazo para el pago del precio no parece haber dado lugar a especiales regulaciones ni en la antigüedad y ni en la legislación civil de la edad media.

Un ejemplo de ello lo tenemos en las *Siete Partidas* de Alfonso *el Sabio*, que le dedicaron muy poca atención a esta cuestión, ya que sólo establecían como principio que el

⁷⁷² Schulz, *Derecho romano clásico*, cit., § 21, N° 909, p. 503 y N° 912, p. 504 y sig. Sobre las fuentes romanas relativas a la compraventa de *cosas futuras*, ver *Digesto*, Libro XVIII, Título I, Ley 8. En cuanto a las fuentes sobre compraventa de *herencias y acciones*, ver *Código*, Libro IV, Título XXXIX, ley 4. Sobre el caso de la compraventa de *servidumbres prediales*, ver *Digesto*, Libro VIII, Título I, ley 20: en igual sentido, Di Pietro, en Gaius, *Institutas*, p. 234 nota 142.

comprador debía pagar el precio convenido, y si no lo hacía en la *época* convenida, el vendedor tenía la posibilidad de dejar sin efecto el contrato y quedarse con la seña.⁷⁷³

La preocupación sobre la cuestión apareció entre los teólogos medievales, que dudaron de la licitud de dicha práctica tan natural y corriente en el comercio.⁷⁷⁴ No obstante ello, en la consulta que el Arzobispo de Génova le formuló al Papa Alejandro III, sobre la posibilidad de que la compraventa llevara un precio mayor que el corriente a una determinada fecha para una cierta mercadería, por el hecho que el precio sería pagado más tarde (que dio lugar a la constitución del año 1173, recogida en las *Decretales Gregorianas*: L^o IV, Tít. XIX, Cap. VI), el Papa respondió que dicho contrato no era usurario en principio, a menos que “no hubiera duda que aquellas mercaderías serán valuadas más o menos en el momento de su pago.” (Ver APÉNDICE 3). La cuestión siguió preocupando a los teólogos y canonistas todavía a principios de la edad moderna.⁷⁷⁵

Es que es sabido que fijar un precio de \$100 para una mercadería que será pagada al contado, o un precio de \$105 para la misma mercadería si fuera pagada dentro de 30 días, implica recargar el precio contado con un interés del 5% mensual. Ello equivale a que el vendedor cobre el precio al contado y se lo preste nuevamente al comprador a la tasa expresada. Y a la inversa, si el precio para la misma compraventa fuera de \$100 aún si el mismo se pagara más tarde, ello equivaldría a que el precio efectivo contado sería más caro que el financiado, pues si a esta última se le descuenta el interés implícito o teórico que se quiera determinar, el “valor actual” daría una cifra menor que los \$100 de la compraventa contado.

Cabe aclarar que el carácter “financiero” de la compraventa a plazos se verifica específicamente en los casos en que el comprador recibió la cosa objeto de la compraventa, y el plazo se establece sólo para el pago de todo o parte del precio. Por cierto que esta característica no es exclusiva de la compraventa; cualquier contrato que implique obligaciones para ambas partes, en la que una de ellas sea contraprestación de la otra, y la de pagar el *precio* esté sometida a un plazo, comparte esa característica (tal el caso de la *locación de cosas* o de *servicios*, etc.).

Pero no obstante las preocupaciones de teólogos y canonistas sobre la cuestión de la posibilidad de variar el precio de la compraventa en función del plazo del pago –que como vimos

⁷⁷³ Partida 5^a, Título 5, leyes 28 y 38.

⁷⁷⁴ Ver Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXX y siguientes. Allí se cita el caso de la constitución del monasterio de Citeaux, que estableció que los comerciantes que le vendieran lanas y otros productos al monasterio, más caros en razón del plazo establecido para el pago, serían excluidos de la comunión, hasta que se confesaran con el abate o el prior. Las constituciones sinodiales de Alejandro, obispo de Coventry, y de la diócesis de Exeter, recogidas en los *Concilios Ingleses* (T. 2, ps. 213 y 258 citados por Troplong, ob. cit. p. CXXXII), condenan las compraventas a término y obligan a restituir lo percibido de más en razón del plazo. En estos casos se invocó el argumento de Santo Tomás relativo a que el tiempo es un bien dado por Dios a todos, del que nadie puede apropiarse (ver § 15, en especial nota 174).

⁷⁷⁵ Tal el caso de la asamblea general de clérigos que tuvo lugar en Melun en 1579 y el concilio de Bordeaux celebrado en 1583 (*Concil. noviss. Galliae*, ps. 111 y 113, citados por Troplong, *Du Prêt*, Préface, p. CXXXIII).

no llegaron a establecer un criterio claro en este punto—, no se extendió a la legislación civil. No sólo el Derecho Canónico no se ocupó más de este supuesto, sino que tampoco posteriores regulaciones de diferentes legislaciones civiles, aún en el derecho moderno —hasta donde se ha podido determinar— en épocas y lugares en que se pretendieron establecer controles o límites a la libertad de fijación de intereses por las partes, se ocuparon de este tema.

Cuestión distinta es la legislación sobre precios máximos en la compraventa, que se relaciona con el concepto del *precio justo* y no tiene ninguna relación con el efecto financiero del plazo para el pago del precio.

§ 49. La cláusula de recompra o retroventa

Se conoce con este nombre una cláusula que solía pactarse en los contratos de compraventa, en la que el vendedor se reservaba el derecho de volver a adquirir la cosa enajenada, mediante la restitución del precio percibido. Varias fuentes dan cuenta de su uso entre los romanos.⁷⁷⁶ Con este sentido general aparece en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio.⁷⁷⁷

Si bien el uso de la cláusula en cuestión no está relacionado exclusivamente con una finalidad financiera, en la medida que se conviniera que la suma a restituir fuera mayor que la recibida, tal como lo contempla el artículo 1366 de nuestro Código Civil, la aptitud financiera de esta modalidad salta a la vista. Así, es posible considerar que el pago del precio por parte del comprador equivale a la entrega del dinero en mutuo, y la entrega de la cosa por el vendedor (mutuario o prestatario), al otorgamiento de una garantía, para el caso de incumplimiento, que le permitía al acreedor quedarse con la misma. Si el comprador (mutuario) cumplía con la restitución del mutuo y sus intereses (precio de la compraventa con más el exceso que eventualmente se hubiera pactado), podía ejercer la *recompra* y recuperar la cosa dada en garantía.

La compraventa con cláusula de *recompra* se diferencia del *mutuo* en que en éste la restitución del capital prestado es obligatoria para el *mutuario*, y en el primer caso —en cambio— es facultad del vendedor (receptor de la suma de dinero dada en contraprestación o precio de la cosa vendida) transformar dicha operación en un préstamo, mediante el ejercicio de la facultad de *recompra*, en cuyo caso la cosa vendida habría dejado de ser tal para ser sólo una garantía.

⁷⁷⁶ Ver *Código*, Libro IV, Título LIV, Leyes 1, 2 y 7; y Libro V, Título LXXII, Ley 1; *Digesto*, Libro XX, Título V, Ley 7, §1; y Libro XIII, Título VII, Ley 13.

⁷⁷⁷ Partida Quinta, Título V, Ley 42.

Con este sentido aparece la cláusula en cuestión en el derecho canónico medieval, con relación a la posibilidad de que el vendedor de un *censo* (§ 16 y nota 224) pudiera recomprarlo: o sea, que se liberara de la obligación de pagar la renta, mediante la restitución del capital prestado.⁷⁷⁸

En Francia, durante la edad media, esta cláusula fue utilizada para el otorgamiento de préstamos con garantías inmobiliarias en sustitución de hipotecas, aunque por cierto que tenía la desventaja de inmovilizar la garantía en manos del acreedor.⁷⁷⁹ Esta forma de encubrir préstamos de dinero se prestaba al abuso, toda vez que no sólo era posible incluir el efecto económico del pago de intereses, mediante el pacto de que el precio de la compra se devolvería con un incremento, en caso de ejercicio de la recompra por el vendedor, sino que también era común que se comprara el bien por un precio muy inferior a su valor corriente, de modo que en caso de incumplimiento a la restitución del dinero (o sea, en caso del no ejercicio de la opción de recompra por el vendedor), el comprador (mutuario) que había entregado –por ejemplo– 27.000 por un bien valuado en 35.000, se quedaba con el bien que podía ser vendido a dicho precio y obtenía una diferencia de 8.000, quizás en un breve período de tiempo, con lo que lograba el efecto de percibir una ganancia superior al interés corriente.⁷⁸⁰

No obstante lo expuesto, el Derecho Canónico no se pronunció en contra de la licitud de esta cláusula, tal como vimos con las decisiones recogidas en las *Extravagantes* (citadas en nota 778).⁷⁸¹ Pothier consideró que aún cuando el precio a pagar para ejercer el rescate o recompra de la cosa fuera muy superior al pagado (lo que determinaría el efecto de pagar un interés elevado), la cláusula no era ilícita en sí misma, toda vez que en ese caso no es obligatorio para el vendedor ejercer la recompra.⁷⁸² Esta es la característica que –según acabamos de ver– diferencia esta figura, del mutuo (y habría permitido distinguir a los *intereses* propios del préstamo, de la *diferencia* de precio entre el de venta y el de *recompra*). Dicho razonamiento fue refutado por varios autores, por considerar que si el interés implícito para el ejercicio de la recompra es elevado, no habría razón para condenar un préstamo de dinero con esa tasa y considerar lícita una compraventa con pacto de *recompra* que tuviera un efecto económico equivalente.⁷⁸³

⁷⁷⁸ Ver *Extravagantes*, Libro III, Tít. V, *De empt.*, cap. I y II (ver en APÉNDICE 5).

⁷⁷⁹ Troplong, *Le Droit Civil Expliqué... De la Vente*, París, Charles Hingray, 1836, 2ª edición, Tº II, art. 1659, Nº 692, p. 222.

⁷⁸⁰ Troplong, *De la Vente*, cit., Tº II, art. 1659, Nº 696, p. 226 y sig.

⁷⁸¹ En estas decisiones papales se consideró que era lícita la cláusula en la que el comprador de un *censo* (renta periódica), que afectaba una propiedad en garantía del cumplimiento del pago de la misma, podía *redimir* el mismo, mediante el pago del capital.

⁷⁸² Pothier, *Vente*, Nº 414. La Corte de París mediante decisión del 9 de marzo de 1808 siguió igual criterio que el sostenido por Pothier (ver Troplong, *De la Vente*, Tº 2, art. 1659 Nº 696, p. 227).

⁷⁸³ Ver Troplong, lugar citado en nota 780.

También se utilizaron durante la época de prohibición de los intereses, otras variantes de esta modalidad contractual, conocidas una, como contrato *pignoraticio*: aquél en que la compraventa con pacto de recompra era efectuada por un precio vil, sumado a que la cosa vendida era dada en locación al vendedor (que de hecho así la retenía) configurando una simulación evidente respecto de la función económica propia de una compraventa;⁷⁸⁴ y la otra como contrato *anticrético*: se disfrazaba el anticresis (prohibido por el derecho canónico: § 16) con una compraventa con pacto de recompra a favor del vendedor, deudor del precio (capital) si quería rescatar la cosa, en la que el comprador –en tanto dueño de la cosa vendida– percibía los frutos (intereses) producidos por la cosa vendida.⁷⁸⁵

También la *mohatra*, como vimos § 19 y notas 285 y 286; y § 22, nota 329), era un recurso utilizado desde la edad media para encubrir el interés bajo otras formas jurídicas, tal como una compraventa a plazo junto con una recompra al contado de la misma cosa por un precio menor. Por lo general, las mercaderías vendidas a plazo solían ser de un valor inferior al precio fijado para dicha operación, y el precio de la recompra al contado era a su vez inferior al valor de dichas mercaderías.⁷⁸⁶ El exceso entre el valor de plaza y el precio, constituía una cobertura. Esta forma, a su vez, permite que el acreedor durante el plazo pendiente para el cumplimiento de la restitución del capital prestado, retenga la garantía a título de propietario, cuando en la prenda la retiene a los efectos de hacerla vender y cobrarse con su precio.

La distinción que se pudo establecer entre la *mohatra* (que incluye dos compraventas: una a plazo y una *recompra* al contado) y la compraventa simple con cláusula de *recompra* que acabamos de analizar más arriba, radica en este caso el deudor de la financiación (dueño real de ciertos bienes) tiene la facultad de ejercer una opción, y por ende decidir si paga los *intereses* implícitos en la operación y recupera la cosa vendida, o no (en cuyo caso perfecciona la venta de sus bienes y se libera del pago de los intereses). En la *mohatra* –por el contrario– el deudor de la financiación no es dueño de ninguna mercadería, ni tiene ninguna opción: la compra de los bienes nace simultáneamente con la reventa de los mismo. En definitiva no hay venta real de ningún bien.⁷⁸⁷

⁷⁸⁴ Troplong, *De la Vente*, art. 1659, N° 695, ps. 225 y 226, *Du Prêt, Préface*, p. CXXX, y arts. 1906, 1907 y 1908, N° 390, p. 334.

⁷⁸⁵ Esriche, *Diccionario...*, voces “Anticresis”, p. 174 y sig. e “Interés”, cap. XIII, ps. 943 y 944; Troplong, *Du Prêt*, arts. 1906, etc. N° 390, p. 334.

⁷⁸⁶ Esriche, *Diccionario...*, voz “Mohatra”, p.1311.

⁷⁸⁷ En virtud de lo expuesto, los canonistas y juristas partidarios de la prohibición del interés distinguían entre: la *usura* propiamente dicha, que sólo podía tener lugar en el *mutuo* o *préstamo*; la *usura paliada*, que tenía lugar en contratos que encerraban simulaciones del préstamo a interés, como era el caso de la *mohatra* entre otros ejemplos, pero no eran *intereses* en un sentido jurídico-formal; y otros contratos *lícitos*, como la compraventa de *censos* o la compraventa con cláusula de recompra (Pothier, *Traité de l'usure*, N° 88, 89 y 92, ps. 81 y 82).

Estas prácticas, en la medida en que fue desapareciendo la prohibición a los intereses en el mutuo, perdieron aplicación como un medio autónomo para generar obligaciones financieras, aun cuando su uso continuó mediante otras combinaciones que luego veremos. Una variante de la *mohatra*, por ejemplo, hoy día se utiliza bajo el nombre –entre nosotros– de operación de *pase*,⁷⁸⁸ *report* entre los franceses,⁷⁸⁹ y *riporto* entre los italianos.⁷⁹⁰ Es una operación bursátil originada en Europa en el siglo XVIII y afirmada en el siglo XIX, cuya diferencia con la *mohatra* radica en que se trata –a la inversa de ésta– de una compraventa contado y una reventa a término, por un precio mayor, de la misma cosa: títulos valores. La diferencia entre el precio contado y el precio a término constituye el interés de la financiación, y los títulos que quedan en poder del comprador hasta la liquidación de la segunda compraventa, funcionan como una garantía de la financiación otorgada. En las operaciones bursátiles se utiliza con el propósito de que quien tiene que hacer frente a la liquidación de una operación *a término* y no le parece oportuno o conveniente concretarla, mediante el *pase* puede diferir por otro *término* más, dicha liquidación.⁷⁹¹ En otras palabras, es una forma, para quien posee títulos valores, de procurarse dinero sin enajenar definitivamente los títulos.⁷⁹²

§ 50. Pacto reipersecutorio en la compraventa de cosas muebles a plazo (leasing)

El pacto de diferimiento del pago del precio en la compraventa empezó a ser objeto de un tratamiento particular, a partir del momento de la generalización de la práctica de otorgarle eficacia reipersecutoria a la acción de cobro del vendedor, sobre la cosa objeto de la venta, cuando esta consistía en cosas muebles. Que el vendedor tenga acción reipersecutoria sobre la cosa objeto de la venta, significa que podrá demandar el cobro del saldo de precio impago sobre el producido de la venta de dicha cosa, aún cuando el comprador la hubiera enajenado a un tercero, o en caso de quiebra del mismo. Dicho resultado, cuando la cosa objeto de la venta era un inmueble, desde antiguo podía obtenerse mediante la *hipoteca*.

La evolución de este pacto en materia de cosas muebles fue más complicada. El derecho continental europeo hacía ya mucho tiempo (y más recientemente el derecho angloamericano),

⁷⁸⁸ Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino (Parte General)*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalia - Editor, 6ª edición 1979, N° 313, p. 430.

⁷⁸⁹ Fremery, ob. cit., p. 473 y sig.

⁷⁹⁰ Messineo, ob. cit. T° V, § 141, N° 5, p. 139.

⁷⁹¹ Ver autores citados en notas 788, 789 y 790.

⁷⁹² Messineo, ob. cit., lug. cit. nota 790.

había adoptado el principio expresado hoy por el artículo 2412 del nuestro Código Civil, que basado en un criterio de seguridad en el tráfico, impedía en principio la aplicación del pacto en cuestión a la venta de cosas muebles, toda vez que aquél le niega al vendedor o financista acción reipersecutoria contra el tercero, si éste adquirió la cosa de quien la tenía en su poder y no conocía que el vendedor (o financista) tenía un derecho sobre la cosa. De este modo se evitan privilegios y preferencias creados convencionalmente, sin publicidad.⁷⁹³

La posibilidad de sortear el obstáculo creado por el citado principio mediante la adopción de registros para inscribir las preferencias, creaba problemas que no se conocían respecto de los bienes inmuebles. Piénsese en la movilidad de los *muebles* y la dificultad de relacionarlos territorialmente con un registro en particular, a los fines de que se pudiera consultar la situación de un determinado bien, así como también la de individualizar tales bienes (en particular los fungibles). La proliferación de productos mecánicos a partir de la revolución industrial, así como el desarrollo de registros destinados a identificar los derechos creados sobre estos bienes dio lugar a la aparición de la denominada *hipoteca mobiliaria*, hoy denominada entre nosotros *prenda con registro*.⁷⁹⁴

Durante la citada revolución industrial, en Inglaterra, la producción masiva de productos mecánicos y su adquisición en cuotas, mediante cláusulas que otorgaban el derecho de reipersecución al vendedor, dio motivo a que el Parlamento inglés regulara este tipo de operación, con el objeto de proteger al público de los excesos de los fabricantes–vendedores. La denominación de esta operatoria fue *hire–purchase* (locación–compra), que ponía de manifiesto que el comprador adquiriría el uso de la cosa a partir del momento mismo de celebración del contrato, pero no adquiriría el dominio pleno sino hasta el pago de cierta cantidad de cuotas del precio convenido. Los cálculos financieros a que dieron lugar estas prácticas prefiguraron el monto y número de cuotas, así como la imputación de los pagos a los distintos conceptos (capital o interés). De ello resultaba el *valor residual* por el que el comprador tenía derecho a quedarse definitivamente con la cosa. Una de las limitaciones al derecho de los fabricantes–vendedores que establecieron las sucesivas regulaciones de esta figura, fue el de no autorizar el reclamo, en caso de incumplimiento del comprador al pago de la totalidad de las cuotas pactadas, más que del valor residual del producto (*Sales Act* de 1893, *Hire–Purchase Act*, de 1938, *Hire–Purchase Act*, de 1964). La regulación de dicha cláusula en los Estados Unidos por parte de la *Uniform Sales Act* pocos años después, le dio el nombre a tal operatoria de *conditional sales*. La

⁷⁹³ Ver Sergio Le Pera, en las salvedades al *Proyecto de Reformas al Código Civil (Proyecto y notas de la Comisión designada por decreto 468/92)*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, Capítulo V (Pactos sobre cosas muebles), ps. 462 y sig.

⁷⁹⁴ Le Pera, cita nota anterior, notas 9 y 10, pág. 464.

denominación “comercial” que se le dio a esta modalidad en los Estados Unidos fue de *leasing*, con el que se popularizó internacionalmente a partir de la década de 1960.⁷⁹⁵

Lo expuesto deja en claro que el *leasing* no es otra cosa que una cláusula anexa a un contrato de compraventa, en el que se da al vendedor un privilegio sobre el pago del saldo de precio, con eficacia reipersecutoria. Y tal como funcionaba en el derecho estadounidense al momento de la difusión de dicha figura, la eficacia reipersecutoria se obtenía sin la inscripción del privilegio en ningún registro. A partir de la difusión del *Uniform Commercial Code* en los diversos estados de la unión, esta posibilidad fue dejada de lado.⁷⁹⁶

En nuestro país, la Cámara Comercial de la Capital Federal había tenido oportunidad en 1913 de pronunciarse sobre este pacto, en el conocido caso *Singer c. Chagra*.⁷⁹⁷ Allí el citado tribunal sostuvo:

«el propósito del vendedor al dar a estos actos la apariencia de contratos de locación de muebles no es otro que crearse un derecho real o privilegio que lo libre de todos los riesgos que pudieran sobrevenir por insolvencia o quiebra del comprador, contrariando las disposiciones de la ley respectiva en cuanto a la naturaleza del crédito resultante de la venta, cuando ha mediado tradición de la cosa vendida, y la consecuencia de tales simulaciones sería autorizar que por medios artificiales puedan crearse múltiples privilegios no autorizados por el legislador, con la consiguiente perturbación del régimen legal.»

Dicha solución era congruente con lo dispuesto por el artículo 1380 de nuestro Código Civil, que prohíbe el pacto de *retroventa*.

Años después de este pronunciamiento algunos autores nacionales consideraron que la doctrina sentada dejaba lugar a la siguiente distinción: el fallo se aplicaba al caso de una *locación-venta* propiamente dicha, en la cual el derecho del *comprador-locatario* a la propiedad plena de la cosa comprada recién se adquiría contra el pago de la última cuota del *precio-alquiler*. Si por el contrario, el contrato otorgaba el derecho a la propiedad plena de la cosa como contrapartida del pago de una suma de dinero correspondiente a su *valor residual* (parte del saldo de precio no amortizada por los cánones periódicos, deducido de ellos la parte imputable a intereses de la financiación y gastos), cuya posibilidad de efectuarla o por el contrario restituir la cosa era una opción del *comprador-locatario*, entonces era susceptible de ser denominado de otra forma (*leasing*) y no se le aplicaba la doctrina del citado caso jurisprudencial.⁷⁹⁸ Por otra parte, también se discutió en nuestro medio si la cláusula de alcance reipersecutorio –tanto en su modalidad de la *locación-venta* propiamente dicha como en la del *leasing* (con opción de compra mediante pago de valor residual) entrañaban un trato equitativo para las partes. En este

⁷⁹⁵ Le Pera, cita nota anterior, notas 12 a 15, págs. 465 a 466.

⁷⁹⁶ Le Pera, cita nota anterior, nota 19, págs. 466 a 467.

⁷⁹⁷ *Jurisprudencia Argentina*, T. 32, p. 373.

⁷⁹⁸ Ver Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967., Tº V, Nº 322, p.361 y sig.

punto los argumentos no resultaban claros, por cuanto la razón que se oponía a la validez de este pacto (tal como aparece formulada en el fallo transcripto de *Singer c/ Chagra*), era la referida a la inconveniencia de un sistema que permitiera la creación de privilegios y preferencias en forma convencional, sin publicidad. Y si bien este problema encontraba solución a partir de la aparición de bienes muebles susceptibles de individualización y registro, y de la sanción legislativa de regímenes equivalentes a nuestra *prenda con registro*, seguía existiendo cierto recelo sobre la justicia de que el acreedor-financista en la venta de cosas muebles pudiera contar con tal cláusula de efecto reipersecutorio, con independencia de que tal preferencia fuera o no pública.⁷⁹⁹

En la legislación comparada, en cambio, aún en países de tradición jurídica europeo-continental, se abría camino la regulación del pacto en cuestión bajo el nombre popularizado de contrato de *leasing*, permitiéndolo preferentemente en los casos en que se buscaba la financiación de bienes de capital.⁸⁰⁰ Esta excepción al requisito de la publicidad se explicaba en razón de que los activos fijos de una empresa no están destinados a circular, y la deuda por el saldo de precio de su compra financiada aparece normalmente en los estados financieros del deudor-comprador. En tales circunstancias, la excepción al principio de la prohibición de crear privilegios convencionales sin publicidad no parece una preocupación mayor. Por tal razón, este tipo de regulación del *leasing* aportaba un aspecto novedoso e interesante.⁸⁰¹

En este punto del debate, cuando en 1987 la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial creada por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación produjo su *Proyecto de Código Civil* (que unificaba los códigos civil y comercial), manifestó respecto de la solución dada al tema en cuestión en los artículos 1345 y 1346 del proyecto:

«El tráfico contemporáneo requiere que se derogue la prohibición de ciertos pactos sobre muebles. Que estos pactos no deban tener eficacia 'real' o reipersecutoria, es decir, no puedan ser opuestos a terceros de buena fe sin previa entrega de la posesión o de la publicidad que deba resultar de una inscripción registral, no implica que ellos no deban ser permitidos como una convención entre las partes, con eficacia obligacional.»⁸⁰²

Más adelante, respecto de la regulación en particular de dichos pactos, agregaba:

«Los pactos de retroventa, de reventa, de preferencia, de mejor comprador, comisorio, de reserva de dominio, y de locación con opción de compra (*hire-purchase, leasing*) son permitidos tanto sobre inmuebles como sobre muebles. Como se dijo, ellos son tratados como una venta bajo condición resolutoria, que desde la entrega de la cosa transfieren al comprador su dominio revocable. Tratándose de muebles no registrables, la revocación o resolución del dominio imperfecto no afecta los derechos adquiridos por terceros interesados

⁷⁹⁹ Zavala Rodríguez, *Código de Comercio...*, Tº V, Nº 323, p.363 y sig.

⁸⁰⁰ Zavala Rodríguez, *Código de Comercio...*, Tº V, Nº 322, p.363.

⁸⁰¹ Ver nota 21, pág. 467, de las salvedades de Sergio Le Pera al *Proyecto* citado en nota 793.

⁸⁰² Nota II, B, 12 al Proyecto de Código Civil (Elaborado por la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación), publicado por Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 35.

de buena fe a título oneroso. Se establece sin embargo, que el pacto de reserva de dominio (y, en consecuencia, la ‘locación con opción de compra’, *leasing* o *hire-purchase*, que están sujetos a las mismas reglas que aquél) es oponible a terceros cuando hubiese sido inscripto en el Registro de Créditos Prendarios y recayere sobre máquinas de valor superior a cien pesos argentinos oro.»⁸⁰³

Por su parte, el Proyecto de Reformas al Código Civil, elaborado por la Comisión creada por el decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional, al regular el tema en sus artículos 1145 a 1151 optó por definir al *leasing* como una *locación* con opción de compra a favor del locatario (art. 1145). Por lo demás siguió aquel criterio doctrinario según el cual el contrato de *leasing* encerraba, además del problema de la falta de publicidad del privilegio convencional creado por la cláusula reipersecutoria, otro referido a la equidad de sus prestaciones.

Respecto del primer problema –al igual que el Proyecto de 1987– adoptó la inscripción registral (art. 1148) en el registro correspondiente a la naturaleza de las cosas dadas en *leasing* (muebles registrables o inmuebles) y en el de Créditos Prendarios del lugar donde se encuentren respecto de los muebles no registrables. En este punto no siguió la solución del Proyecto de 1987, en cuanto limitaba la posibilidad de constituir el *leasing*, en los casos de bienes muebles no registrables, a aquellos en que estos fuesen susceptibles de funcionar como *activos fijos* para ciertas actividades empresarias (a tales fines el art. 1346 2º párrafo del Proyecto de 1987 los caracterizaba como “máquinas cuyo valor sea superior a cien pesos argentinos oro”), en cuyo caso sí eran susceptibles de registración en el Registro de Créditos Prendarios del lugar de ubicación de la cosa.

Respecto del problema de la equidad de las prestaciones y los posibles excesos a que pudiera dar lugar este contrato, el Proyecto de la Comisión de 1992 optó por una regulación autónoma. La divergencia de uno de los miembros de la Comisión en este punto estuvo basada en que el denominado contrato de *leasing* tiene el alcance de una compraventa con un pacto accesorio de alcances similares a los conocidos desde antaño como de *retroventa*, *reventa*, de *preferencia*, de *mejor comprador*, *comisorio* y de *reserva de dominio*, cuyo efecto más significativo es el derecho de reipersecución sobre la cosa objeto de la venta a favor del vendedor, y que una vez resuelto ese problema mediante el requisito de la inscripción registral, nada nuevo había que legislar sobre la cuestión. La idea subyacente pareciera haber sido que respecto de la equidad de las prestaciones en este contrato, así como sobre sus posibles abusos, no hay problemas específicos que no se puedan solucionar con las reglas aplicables a los contratos de crédito en general. Así el citado miembro disidente dijo:

«Creo que lo que corresponde es tratar de manera igualitaria a pactos que persiguen el mismo propósito sustancial, como lo hizo el proyecto de Ley de Unificación. Estos pactos deben tener las mismas

⁸⁰³ Nota II, C, 5-6 al Proyecto de Código Civil citado en nota anterior, ps. 49 y 50.

consecuencias, con independencia del nombre que las partes o cualquiera pueda darles, tenga ese nombre tradición jurídica entre nosotros, o no la tenga.»⁸⁰⁴

Nuestro legislador hubo de volver sobre la cuestión del *leasing* con motivo de la sanción, en diciembre de 1994, de la ley 24.441, promulgada y publicada en enero de 1995, que tuvo por objeto promover distintos instrumentos jurídicos destinados a la financiación de viviendas. Reguló el pacto en cuestión en los artículos 27 a 34 de la citada ley, bajo el nombre de contrato de *leasing*. Los artículos 27 a 33 de la mencionada ley son casi una adaptación, con muy ligeras variantes, de los artículos 1145 a 1151 respectivamente, del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión de 1992. La mayor novedad de esta ley consiste en la regulación expresa de una forma de *leasing inmobiliario*, en su artículo 34, con un régimen especial de lo que denomina procedimiento de *desalojo* que toma en cuenta el momento en que se produzca el incumplimiento de la obligación de pago del *comprador-deudor* (si el deudor hubiera pagado menos de $\frac{1}{4}$ de las sumas periódicas convenidas, más de $\frac{1}{4}$ pero menos del 75% de las sumas acordadas, o si el incumplimiento se produjera en momentos en que el *comprador-deudor* estuviera en condiciones de ejercer la *opción de compra*).

Respecto del nuevo régimen cabe formular el mismo comentario que se hiciera sobre el sistema de regulación del Proyecto de 1992 en general.⁸⁰⁵ La necesidad de regulación legislativa del *leasing* se justificaba en el caso en que estas recayeran sobre cosas muebles, pero no sobre los inmuebles. En efecto, el alcance concreto del contrato de *leasing* es el de otorgar un derecho reipersecutorio al vendedor de una cosa, sobre la cosa vendida (ya sea que se declare que el contrato en cuestión participa de la *naturaleza* de una *compraventa* o de una *locación*), a los fines de poder cobrarse el saldo de precio con privilegio sobre dicha cosa. Ello es así, aún cuando se diga que el contrato en cuestión, estando pendiente de ejercicio la opción de compra, es una locación, puesto que las mismas consecuencias pueden obtenerse bajo la consideración del contrato como una compraventa (§ 62 ap. f). El resultado de esta forma de regular el pacto en cuestión es establecer dos formas procesales diferentes, para el ejercicio de los derechos del acreedor del saldo de precio con pacto reipersecutorio que corresponden a situaciones básicamente iguales: una que corresponde los derechos del acreedor hipotecario, si el contrato se denominó *hipoteca* en garantía del saldo de precio, y otro el que corresponde al dador de *leasing* si al pacto se lo denominó así. No era necesario regular una nueva figura legislativa para crear un derecho reipersecutorio en materia de inmuebles, puesto que ésta ya existía (la *hipoteca*). Tampoco era necesaria la creación de una figura legislativa con un

⁸⁰⁴ Nota 22 de las salvedades de Sergio Le Pera, al *Proyecto* citado en nota 793.

⁸⁰⁵ Ver cita expuesta en nota 804.

tratamiento distinto del correspondiente a la hipoteca, para garantizar los derechos del *vendedor-financista*. Para otorgar un sistema de amortización de la financiación otorgada que contemple plazos en función de la amortización del valor de la cosa según criterios de contabilidad generalmente aceptados, o para considerar que el contrato de *compraventa* pudiera quedar sin efecto, a opción del comprador, si éste deseaba o no pagar un precio determinado en función del valor residual de la cosa, cuando ésta era un inmueble, no era necesaria una reforma legislativa. Todas estas eran posibilidades que estaban comprendidas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, y los derechos resultantes de tales acuerdos eran susceptibles de ser garantizados por el derecho hipotecario (arts. 3108 y 3116 del cód. civil). El problema de la equidad de las prestaciones y los posibles abusos de *vendedor-financista* constituye –como se dijo– una problemática común a todos los contratos de crédito.

§ 51. Las compraventas de derechos creditorios

La idea de la *compraventa* de *obligaciones financieras* pareciera que nació en la edad media, cuando –habida cuenta de la prohibición del interés en el mutuo– se generalizó la práctica antigua de los *censos* (§ 16 y nota 224) que, como vimos, eran contratos en los que una persona enajenaba a perpetuidad –en el sentido de que su restitución era inexigible– un capital (que podían ser bienes físicos –generalmente inmuebles– o dinero), a cambio de una *renta* (obligación periódica de pagar una suma de dinero o cosas fungibles).

Encontrar una forma en que se pudieran hacer fructificar los capitales, mediante un contrato distinto del *mutuo* (en el que no estaba permitido exigir la restitución de nada más que lo que había sido entregado), fue una idea creativa, que permitió que el clero y la burguesía la pusieran en práctica para obtener rentas moderadas sobre sus fondos excedentes.⁸⁰⁶ Según Troplong, la *renta* era considerada como un objeto metafísico que el comprador del *censo* adquiría mediante el pago de un precio (el capital consistente en bienes o dinero) que abonaba al vendedor, que se transformaba en propietario del capital transferido, y no le era exigible restituirlo (a diferencia del mutuario) bajo ninguna circunstancia, de la misma forma que sucede con el comprador de un inmueble.⁸⁰⁷ Por ello fue que cuando las bulas de Martín V y Calixto III sobre la licitud de estas prácticas fueron recopiladas en el libro de las *Extravagantes* (APÉNDICE 5), se lo hizo bajo el título *Sobre compra y venta*.

Sin embargo, las similitudes con el mutuo eran muchas (el código francés legisla la adquisición de rentas en los arts. 1909 y sig. en la categoría de *mutuo*), dado que aquí también hay enajenación de un capital, aunque transitoria. Y su encuadramiento como compraventa presentaba algunas dificultades. En efecto, el contrato de *compraventa* es un contrato consensual, en tanto que el *censo* (constitución de una *renta*) es un contrato real, toda vez que no hay obligación de pagar la renta hasta que el comprador pague el precio (entrega del capital). Por otro lado, la *compraventa* es también un contrato sinalagmático, en tanto que el *censo* es unilateral, puesto que el comprador que pagó el precio (entregó el capital) no contrae ninguna obligación.⁸⁰⁸

⁸⁰⁶ Troplong, *Du Prêt*, art. 1909, 1910, 1911, N° 418, p. 354.

⁸⁰⁷ Troplong, *Du Prêt*, art. 1909, 1910, 1911, N° 421, p. 360.

⁸⁰⁸ Troplong, *Du Prêt*, art. 1909..., N° 422, p. 361/2.

Siguiendo ese razonamiento, se ha dicho que si no obstante tales diferencias entre la constitución de un censo y una compraventa, la primera se puede clasificar como tal, también podría considerarse al mutuo una *venta temporal*.⁸⁰⁹

Tales cuestiones sin duda fueron las que –durante la edad media y en plena época de prohibición del interés– plantearon dudas sobre la licitud de este contrato,⁸¹⁰ y que aún a comienzos de la edad moderna continuaron siendo motivo de preocupación para teólogos y canonistas.⁸¹¹

Lo cierto es que, se ha dicho que tales cuestiones tuvieron el efecto paradójico, durante la época anterior al Código Napoleón, de poner de acuerdo en relacionar las figuras de la *compraventa de censos o rentas* con el *préstamo a interés*, tanto a los teólogos como a los economistas defensores del interés: los primeros por su aversión a la usura (dado que el préstamo a interés estaba prohibido), y los segundos por su aversión a los opiniones extremas (dado que la constitución de censos estaba permitida).⁸¹²

Otra práctica generadora de *obligaciones financieras*, originada en las costumbres comerciales medievales, que los juristas partidarios del interés calificaron como una *compraventa* de derechos creditorios, fue el caso del *descuento* (§ 19 y notas 278 y 279), aunque como vimos, dicho encuadramiento no fue una cuestión pacífica.

Los partidarios de dicha identificación argumentaban que el *descuento* era el cambio de una suma presente por una suma no vencida; que se trataba de la compraventa de un crédito, en la cual el *precio* de la compra era *descontado* por el banquero al titular del crédito cuyo importe

⁸⁰⁹ Troplong, *Du Prêt*, art. 1909..., N° 422, p. 362.

⁸¹⁰ Tal el caso, por ejemplo, del teólogo del siglo XIII Henri Legrand o Legand, citado por Pothier, *Traité du contrat de constitution de rente*, N° 6, p. 437 (§ 16). No obstante ello los citados Martín V y Calixto III se pronunciaron a favor de su licitud (ver bulas citadas en nota 811).

⁸¹¹ En efecto, cabe recordar que los contratos de constitución de rentas sobre los que se habían hecho las consultas a los papas Martín V y Calixto III antes mencionadas, eran de aquellos en los que existía una afectación especial de “bienes, dominios, fortalezas, tierras, campos, predios, casa y heredades”. Pero –según indicaba en la respuesta de los citados papas– tales contratos eran celebrados bajo condición tal que “los vendedores de ninguna manera hubieran podido atarse a un censo que incluyera las posesiones y bienes obligados, cuando estos pudieran estar totalmente destruidos y arruinados” (APÉNDICE 5). Pero en ciertos lugares como el caso de Francia, por ejemplo, tales prácticas no eran usuales, dado que los censos no se establecían sobre bienes determinados, sino sobre la totalidad de las propiedades de la persona del deudor, de modo que si los bienes perecían, la persona continuaba obligada (Troplong, *Du Prêt*, art. 1909..., N° 419, p. 356).

Por consiguiente –según se dijo– a partir de tales prácticas, los teólogos rigurosos volvieron sobre su antigua preocupación y sostuvieron que las bulas de Martín V y Calixto III que habían considerado exentos de usura los contratos de constitución de rentas (censos), lo habían hecho porque en los casos motivo de consulta las rentas eran constituidas sobre fundos productivos (§ 22). Argumentaban que en tales casos el acreedor de la renta era considerado haber comprado los fundos mismos, y el derecho a la renta lo obtenía de la productividad de tales heredades. Pero cuando las mismas faltaban tales rentas no eran sino *usuras paliadas*, toda vez que en tales casos se violaba el principio de la *esterilidad* del dinero. Tales preocupaciones, particularmente sostenidas por el ya citado teólogo y canonista Navarro, persuadieron al papa Pío V, que dictó la bula conocida como *Cum onus* (*Libro Séptimo de las Decretales*, Título XIII, Capítulo I ya comentada en § 22), y exigió la necesidad de que los censos se constituyeran necesariamente sobre cosas inmuebles y fructíferas (ver APÉNDICE 6, p. 475). Sin embargo, estas disposiciones no tuvieron efecto sino en los estados temporales del papa, pues la citada bula no fue recibida ni en Francia (Troplong, *Du Prêt*, art. 1909..., N° 420, p. 357), ni en España (*Novísima Recopilación*, Libro X, Título XV, ley 10).

Finalmente, la bula de Pío V fue modificada por su sucesor Gregorio XIII (Troplong, ob. cit., lug. cit.).

⁸¹² A ambos les parecía contradictorio que prácticas contractuales sustancialmente equivalentes, tuvieran un tratamiento normativo diferente, según el encuadramiento (préstamo o compraventa de rentas) que se les atribuyera. Para Troplong, dicha vinculación entre ambas figuras tuvo el mérito de demostrar lo que los antiguos jurisconsultos se negaban a ver: el carácter conmutativo del préstamo a interés, dado que quedó demostrado de ahí en adelante la existencia de una cosa y un precio (Troplong, *Du Prêt*, art. 1909..., N° 422, ps. 362/3).

percibía por anticipado, respecto del valor nominal del documento o crédito (valor expresado a la fecha del vencimiento). Para la determinación de dicho precio se tenía en cuenta (y aún hoy así se procede): el tiempo a transcurrir entre la fecha del descuento y la del vencimiento (la mercadería en el mar se paga menos que la mercadería en tierra decía Scaccia), la solvencia de la firma del suscriptor de la obligación cedida, y la valuación que se hacía de dicha firma en la plaza del descuento.⁸¹³ Un rasgo que separaría el *descuento* del *mutuo*, según este punto de vista, es que en este contrato no existiría la obligación de restituir, propia del mutuo: si bien hay una garantía del *cedente* por el pago (puesto que si el deudor cedido no honra su obligación, el banquero que efectuó el anticipo tiene –según las condiciones de este contrato– acción contra el acreedor originario que percibió su importe por anticipado), dicha garantía es sustitutiva de la del deudor principal (el deudor cedido), según manifiesta Troplong.⁸¹⁴ En otras palabras, dado que la cesión es *para el pago* de la deuda originada en el *descuento*, la responsabilidad del cedente sólo se hace efectiva en caso de incumplimiento del deudor cedido.⁸¹⁵

Por el contrario, esta modalidad de la *cesión* a la que da lugar el descuento, que determina que el *cedente* no se libere de la obligación de pago en caso de incumplimiento del deudor *cedido* (no es una cesión *en pago*) dio pie a otros autores a sostener la falta de sustento a la posición antes mencionada. Si al ceder el crédito a quien anticipa los fondos, el cedente dejara de ser deudor del mismo, entonces habría lugar a un auténtico *precio* que se justificaría en el riesgo asumido por la persona que compró el crédito.⁸¹⁶

Dicha respuesta era replicada por los anteriores, con el argumento que Scaccia –en su polémica con los teólogos y canonistas– denominaba el *onus mutuandi* del banquero: éste habría estado liberado de la prohibición de cobrar intereses, así como luego del límite legal que siguió a tal prohibición, por la razón que dada la índole de su profesión debía estar siempre dispuesto a prestar (o a realizar descuentos). En razón de ello el banquero debía ser indemnizado de los costos que ello le implicara: tener fondos siempre a disposición del público determinaría a veces que estos permanecieran ociosos; por otra parte, el momento del recupero de los fondos anticipados podría no concordar siempre con el momento en que fueran requeridos por nuevas operaciones. Estas circunstancias no afectaban –según este razonamiento– a los particulares que

⁸¹³ Troplong, *Du Prêt*, N° 370, p. 314.

⁸¹⁴ Troplong, *Du Prêt*, N° 370 y 371, ps. 314 y 315.

⁸¹⁵ Garrigues, ob. cit., p. 256.

⁸¹⁶ Fremery, ob. cit., p. 81.

tienen a su alcance la elección de prestar o no prestar.⁸¹⁷ Esta postura fue seguida por la jurisprudencia dominante en Francia, a partir de un caso del año 1825.⁸¹⁸

Este argumento podría haberse refutado, diciendo que la situación antes descripta no afectaba solamente a los banqueros cuando realizaban *descuentos* de documentos, sino también cuando otorgaban *mutuos* retribuidos con *intereses*, por lo que la excepción a la prohibición del *interés* (o al límite legal o tasa máxima que la sustituyó) debería también haberse aplicado en este caso. En efecto, Fremery sostuvo que en realidad el descuento de documentos de terceros era la forma de obtener crédito por parte de personas que carecían de suficiente solvencia o que no estaban debidamente acreditados en una plaza.⁸¹⁹

Recientemente se ha dicho que este contrato tiene un *sustrato económico* idéntico al del *mutuo*, aún cuando su *forma jurídica* es totalmente diversa.⁸²⁰

Pero más allá de dicha polémica, lo cierto es que aún luego de admitida la legitimidad de los intereses en el mutuo, y difundida dicha solución a partir del mencionado Código Napoleón, lo que hizo innecesario recurrir a sutilezas argumentales para hacer fructificar los capitales, todavía se siguió hablando de la *compra de derechos*, a tales fines, ya fuera que la *compra* se tratara de obligaciones emitidas por el propio *vendedor*, como en el caso de la *compraventa de censos o rentas*, o emitidas por un tercero, como en el *descuento*. Así hoy es común decir que quien suscribe títulos de deuda emitidos por una sociedad *compra* tales obligaciones, de la misma manera que *compra* títulos de participación en el capital (*acciones*). También en el *common law* es común encuadrar operaciones que en el derecho continental europeo denominamos *mutuos*, como contratos de *compraventa de derechos*.⁸²¹

Para dar por terminado el análisis de los casos en los que la *compraventa* ha sido usada como medio de dar origen a *obligaciones financieras*, cabe referirse al contrato de *cambio*. Se dijo que el mismo, en su modalidad denominada de *plaza a plaza*, era definido como la *compra* de un suma *ausente* (pagable en otro lugar), mediante el pago de un precio *presente* (§ 19, § 22 y § 24, en particular notas 257, 372 a 374 y 428 a 430).

Según esta caracterización, en principio, no hay en este contrato el nacimiento de ninguna *obligación financiera*. Si la parte que adquiere el derecho a disponer de una suma de dinero en otro lugar, o sea el que adquiere la letra de cambio (instrumento que documenta la

⁸¹⁷ Scaccia, *De commerciis*, 1648, § 1, q. 7, part. 1, N° 74 y 76, citado por Troplong, *Du Prêt*, N° 375, ps. 318 y 319.

⁸¹⁸ Ver fallos citados por Troplong, *Du Prêt*, N° 377, ps. 320 y sig.

⁸¹⁹ Fremery, ob. cit., p. 80.

⁸²⁰ Messineo, ob. cit. T VI, § 158, N° 8, p. 112. Comp. Garrigues, ob. cit., p. 255.

⁸²¹ Mariotto, Liliana Bernardita, *Contratos Civiles y Comerciales - Inglés-Castellano Castellano-Inglés*, Formularios T° I, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 231, Translator's notes 1.

obligación de pago en otro lugar a cargo de un tercero), efectúa la provisión de fondos simultáneamente con la suscripción de la letra por el librador, no hay entonces –en ese aspecto del contrato– el diferimiento de ninguna prestación, puesto que ambas se intercambiaron simultáneamente, salvo que hubiera un plazo para el pago de la letra (lo cual constituye otra cuestión).

En virtud de ello, autores como el caso de Pothier y Troplong diferenciaban el precio que recibía el banquero en este tipo de contrato, del interés (como retribución por el *mutuo*), puesto que consideraban que la retribución del banquero-cambista era la contraprestación de los riesgos del desplazamiento y del transporte.⁸²²

No obstante ello, no dejaban de señalar que tanto en el *préstamo* como en el contrato de *cambio*, quien recibe una suma de dinero, entrega un documento que instrumenta la obligación de restituirla. Pero a diferencia que en el préstamo, la *letra de cambio* (que instrumenta el contrato de *cambio*), no queda en manos del prestamista (para que él mismo reclame la restitución al vencimiento), sino que está destinada a pasar de mano en mano (mediante la circulación por endoso); además debe ser pagada por un tercero designado y en un lugar diferente de aquél donde fue suscripta.⁸²³

Tales autores señalaban, que otro aspecto en el que ambas figuras se aproximaban, era en la recepción por el suscriptor de un valor calculado en dinero. Pero agregaban a su vez que ese elemento del préstamo, en el contrato de *cambio* se combinaba con el mandato y la venta, que le daban características propias, tales como la negociabilidad del título, el envío de las sumas de plaza a plaza, la indicación de un tercero como pagador, las formalidades a cumplir por el portador para evitar el decaimiento de sus derechos. En tales circunstancias se entendía legítimo que el banquero percibiera una suma que indemnizara los riesgos del desplazamiento y de transporte, de correspondencia, de registrar operaciones y de llevar libros. El banquero, a diferencia del prestamista –se decía– está expuesto a los riesgos que amenazan la cosa durante el trayecto entre un lugar y otro, así como a gastos (tenedores de libros, patentes, etc.). Justificaban la legalidad del *salario* que el banquero exigía por la negociación solicitada, el que era conocido con el nombre de *comisión* o *provisión* y en Italia como *costo*, en tales razones.⁸²⁴ Dicha retribución se determinaba por la oferta y demanda, según la abundancia o escasez de fondos, o bien de letras, entre un lugar y otro.⁸²⁵

⁸²² Troplong, *Du Prêt*, N° 380, p. 325.

⁸²³ Troplong, *Du Prêt*, N° 381, ps. 325/6.

⁸²⁴ Troplong, *Du Prêt*, N° 381/2, ps. 326/7.

⁸²⁵ Pothier, *Traité du Contrat de Change*, N° 52, ps. 493 a 495.

Otra diferencia entre el *mutuo* y el contrato de *cambio* que señalaban tales autores, es que el primero es un contrato real, que se perfecciona con la entrega del dinero prestado, y el segundo puede ser consensual.⁸²⁶

Siguiendo tal línea de razonamiento, la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia, reconoció el derecho a percibir una comisión por encima del interés, por parte de quien prestaba este servicio.⁸²⁷

Otros autores han encarado el análisis del contrato de *cambio*, desde el punto de vista de su aplicación en la práctica. En este sentido, Fremery destaca que fue uno de los principales medios utilizados por los comerciantes italianos medievales, para eludir la prohibición del interés, mediante la falsa enunciación de la suma entregada al librador, la desigualdad entre el valor entregado y aquél a pagar, así como fraudes tales como la operación llamada *cambio con la ricorsa* (ver nota 372). Con relación a estos casos, Fremery sostenía que resulta curioso ver cómo los juristas italianos de los siglos XV y XVI anunciaban las terribles complejidades de esta materia, y se esforzaban para distinguir el préstamo a interés de todas las convenciones artificiosas donde se ocultaba (*cambio seco*, etc.), y no obstante caían en la trampa haciendo concesiones a las sutiles posturas de sus adversarios. Este estado de cosas, se agregó al cambio que significó la introducción de una cláusula nueva en este contrato (aquella por la cual el corresponsal del suscriptor de la letra podía pagar la misma al corresponsal del tomador sin exigirle otra procuración, cesión o notificación que la simple mención escrita puesta al dorso de la letra), para multiplicar la circulación de las letras de cambio, no con el propósito de instrumentar contratos de *cambio*, sino con el objeto de hacer circular obligaciones: mediante endosos sucesivos y un único movimiento de efectivo con el que se podían cancelar gran cantidad de deudas.⁸²⁸

Finalmente, el contrato de *cambio* es hoy ignorado por las legislaciones modernas.⁸²⁹

§ 52. Obtención de otros efectos “financieros” mediante la compraventa

Recientemente, la utilización de las operaciones bursátiles *a término* dio lugar o una práctica contractual que –si bien no tiene por objeto la *generación* de obligaciones financieras–

⁸²⁶ Pothier, *Traité du Contrat de Change*, N° 51, p. 493.

⁸²⁷ Troplong, *Du Prêt*, N° 382, p. 327/8.

⁸²⁸ Fremery, ob. cit., ps. 95 y 96.

⁸²⁹ Nuestro Código de Comercio de 1862 regulaba el contrato de cambio en los artículos 589 a 597, los que fueron derogados por el decreto ley 5965/63 (Cámara, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Ed. Ediar S. A., Buenos Aires, 1970, T° I, p. 20 texto y nota 30).

sí tiene ciertos *efectos* financieros, en la medida que permiten la modificación de ciertos aspectos de obligaciones ya constituidas.

Un contrato *a término* o *futuro*, es una *compraventa* cuyas condiciones (objeto de la compra, precio, plazo de cumplimiento de las prestaciones) se determinan en firme en el momento de la concertación del contrato (hoy), pero la entrega de las prestaciones se efectuará dentro de un plazo (futuro). En virtud de ello, la cosa objeto de la compraventa no se determina en el momento de concertación de la operación, sino en el momento de la entrega; por ello no es inmediatamente traslativa de la propiedad de la cosa, sino que es una *venta obligatoria*; también pueden concebirse compraventas *a término* o *futuro* en la que la cosa objeto de la obligación (títulos, mercaderías, etc.) estén determinados desde el momento de celebración del contrato.⁸³⁰

Estas modalidades permiten que la compraventa dé lugar a la posibilidad, por un lado, de concertar operaciones en las que las partes no posean en ese momento el precio de la cosa, o no posean la disponibilidad o la propiedad de la cosa, como en el caso de las operaciones de *pase* (§ 47).⁸³¹ Por otro lado, mediante complejas combinaciones de operaciones, cuya técnica ha dado en llamarse *ingeniería financiera*, las compraventas *a futuro* o *a término* permiten, o bien sustituir por certeza el *riesgo* o *incertidumbre* asumidos como consecuencia de obligaciones financieras provenientes de otros contratos, o bien eliminar solamente el riesgo perjudicial.⁸³²

⁸³⁰ Messineo, ob. cit., Tº V, § 141, Nº 2, p. 129; Galitz, Lawrence, *Financial Engineering*, Pitman Publishing - Financial Times, London (tr. castellana Rafael Aparicio y María Elena Aparicio, *Ingeniería Financiera*, Ediciones Folio S. A., Barcelona, 1994), p. 121.

⁸³¹ Messineo, ob. cit., Tº V, § 141, Nº 2 ter, p. 131.

⁸³² Galitz, ob. cit., p. 22. El citado autor arriba a la definición mencionada en el texto, luego del siguiente análisis. Define el concepto de *riesgo* como cualquier variación en un resultado, incluyendo tanto los resultados deseables como los no deseables: si el resultado de una situación o acontecimiento es absolutamente fijo y predeterminado, no hay riesgo; si se puede producir alguna variación en el resultado, la situación implica un riesgo.

Por otra parte, define a la *ingeniería financiera*, como “la utilización de instrumentos financieros para reestructurar un perfil financiero existente, y obtener así otro con propiedades más deseables” (ob. cit., p. 18). Las operaciones a plazo, futuros, swaps, son ejemplos de operaciones en las que se sustituye riesgo por certeza (ob. cit., p. 22).

Da como ejemplo el caso de una empresa de los Estados Unidos que deba realizar un pago en marcos alemanes dentro de tres meses: puede comprar hoy marcos alemanes para que se los entreguen dentro de los tres meses, a un precio fijo. Si transcurridos los tres meses el marco alemán se fortalece, la empresa se habrá beneficiado, porque obtendrá los dólares a un precio menor que el corriente a ese momento. Si por el contrario, se debilita, la empresa habrá de sentirse igualmente satisfecha, por cuanto de cualquier modo estaba dispuesta tres meses atrás a pagarlo al precio que lo hizo (ob. cit., ps. 22 y 23).

Es obvio que por este mecanismo se han eliminado la totalidad de los riesgos, tanto los negativos como los positivos (tales como la posibilidad de beneficiarse con el debilitamiento del marco). En la práctica es imposible una cobertura perfecta contra ambos tipos de riesgo, puesto que nadie querría adoptar la posición contraria, en la que solamente podría perder, sin ganar jamás. Una alternativa aproximada a tal situación -en el caso del ejemplo- sería celebrar un contrato que le permita a la empresa en cuestión comprar los marcos alemanes a un precio fijo, *sin tener la obligación de hacerlo*. Podría lograrse ello, mediante el pago de una suma adicional que le permita ejercer la *opción* de celebrar la compra o no (ob. cit., ps. 24 y 25).

Los instrumentos que permiten operaciones que tienen como resultado flujos dinerarios (o de capitales) -o sea entregas y recepciones de dinero- se denominan *instrumentos de contado*.

CAPITULO 12: OTROS CONTRATOS

§ 53. Obligaciones financieras derivadas de otros contratos

Sería una tarea prácticamente imposible la de tratar de describir la totalidad de los contratos y combinaciones de pactos con aptitud generadora de obligaciones *financieras*. No obstante, mencionaremos el caso de un contrato derivado también del derecho romano, como es el caso del *depósito*, aún cuando en principio éste no parece tener tal aptitud generadora de obligaciones financieras.

§ 54. El depósito irregular

El *depósito regular* en Roma consistía en la entrega de una cosa mueble o inmueble con el objeto de confiarle la custodia a la persona que la recibía. El depositario no adquiría la propiedad de la cosa. Era un contrato rigurosamente gratuito.⁸³³ Hasta aquí, no había ninguna dación de *crédito*.

El *dinero* y las demás *cosas fungibles* podían ser objeto de depósito, siempre que se entregaran cerradas en una caja o en una bolsa sellada, y el depositario estaba obligado a restituir las mismas cosas recibidas. Según Schulz, el Derecho Romano clásico no admitió el *depósito irregular*, o sea, la posibilidad de que las cosas fungibles y el dinero fueran dadas en depósito, atribuyendo la propiedad al depositario, con la obligación de restituir igual *cantidad* de cosas del mismo *género*, y los textos en que aparece dicha figura –afirma– están interpolados; este contrato –dice– era considerado en dicho período un *mutuo*, independientemente de la calificación que le dieran las partes. Esta figura –a la que el autor citado califica de “híbrida e innecesaria”– fue una creación del derecho bizantino, conservada por el derecho europeo posterior.⁸³⁴ Ahora bien –agrega Schulz– admitiendo que este tipo de contrato fuese reconocido,

⁸³³ Schulz, ob. cit., N° 889, p. 495. El contrato oneroso de custodia se encuadraba dentro de la locación de obra (*locatio conductio operis*): ver Söhm, ob. cit., § 79, p. 507, nota 1.

⁸³⁴ Schulz, ob. cit., N° 897, p. 497. En el *Digesto*, ley 9, § 9, del L° XII, Tit. I, Ulpiano dice: “Deposité diez monedas en tu poder, y después te permití usar de ellas; Nerva y Próculo dicen, que también antes que sean utilizadas puedo reclamártelas por la condición como dadas a ti en mutuo; y es verdad, como también le parece a Marcelo, porque empezó a poseer con la intención, y por consiguiente pasó el riesgo al que solicitó el dinero en mutuo, y podrá reclamársele por la condición.”

el depositante podía reclamar al depositario el pago de los intereses convenidos, mediante un pacto *no formal*, que daba lugar a la *actio depositi in ius concepta*, en lugar de la acción *ex mutuo*.⁸³⁵

Por su parte, Messa procuró conciliar los distintos textos que las fuentes romanas han dejado.⁸³⁶ Para ello formuló tres condiciones que –en su opinión– caracterizaban en virtud de tales textos, el depósito *irregular*: a) en primer lugar, que la suma no hubiese sido entregada en caja o bolsa cerrada o sellada; b) que la entrega hubiese sido hecha bajo la condición expresa o implícita de la restitución de una *cantidad igual*; y c) que la facultad de uso fuese solo una consecuencia natural del modo como la entrega fuera hecha, y no consecuencia de una concesión explícita, contemporánea o posterior al depósito. De otra forma, el contrato se convertiría en un

⁸³⁵ Schulz, ob. cit., N° 897, p. 497. En el *Digesto*, la ley 24 del L° XVI, Tit. III, Papiniano dice: “Lucio Ticio saluda a Sempronio. Te hago saber por esta carta escrita de mi mano, para que lo tengas entendido, que están en mi poder las cien monedas que en este día me has encomendado por entrega hecha por el esclavo Stico, administrador; las cuales te entregaré al momento, cuando quieras, y donde quieras. Pregúntase por causa del incremento de los intereses. Respondí, que tiene lugar la acción de depósito; porque ¿qué otra cosa es encomendar, que depositar? Lo que es verdad de este modo, si se hizo esto, para que se devolviesen las mismas monedas; porque se convino que se diese en pago otra tanta cantidad, el negocio excede de los conocidísimos términos del depósito. En cuyo caso, si no hubiera la acción de depósito, porque se convino que se devolviera otra tanta cantidad, no las mismas monedas, no se ha de decir fácilmente que se tenga cuenta de los intereses. Y se halla ciertamente establecido, que en los juicios de buena fe, por lo que atañe a los intereses, pueda tanto el oficio del árbitro, como la estipulación; pero es contra la buena fe y la naturaleza del depósito reclamar intereses, antes de incurrir en mora, de aquél que hizo beneficio en recibir el dinero; mas si desde un principio se convino sobre la prestación de intereses, se observará la ley del contrato.”

⁸³⁶ Además del texto citado en la nota 834, ver la ley 9, § 10, del L° XII, Tit. I, del *Digesto*, en la que Ulpiano dice: “Pero si desde un principio, al depositante, te hubiere yo permitido usar de él, si quisieras, no hay préstamo, antes que haya sido utilizado, porque no es cosa cierta si se constituirá la deuda.”

Además, en la ley 25, del *Digesto*, L° XVI, Tit. XIII, se dice: “El día de los esponsales o después, recibió el padre las cosas ofrecidas a una doncella, que fue de propio derecho; para que las exhiba, con razón será demandado su heredero también con la acción de depósito. § 1. El que invirtió en sus propios usos el dinero depositado en su poder en paquete no sellado, para que devolviese otra tanta cantidad, ha de ser condenado después de la mora también a los intereses por la acción de depósito.” En la Ley 26, id. L° y Tit. se dice: Publía Mevia, al ponerse en camino para ir adonde estaba su marido, encomendó a Cayo Seya un arca cerrada con vestidos e instrumentos, y le dijo: cuando yo volviere salva y sana, me la restituirás, pero si verdaderamente me hubiera sobrevenido la muerte, la restituirás a mi hijo, que tuve del otro marido. Habiendo fallecido ella sin testar, pregunto, ¿a quién deberán restituirse las cosas encomendadas, al hijo, o al marido? Paulo respondió: al hijo. § 1. Lucio Ticio se obligó de este modo: recibí, y tengo en mi poder a título de depósito los sobrescritos diez mil denarios de plata y prometo y confieso que los entregaré a todos al tiempo prefijado, habiéndose convenido que hasta que se devuelva toda la plata, yo te suministre a título de intereses cada mes y por cada libra cuatro óbolos. Pregunto, ¿pueden pedirse los intereses? Paulo respondió, que este contrato, de que se trata rebasa los límites de un depósito de dinero; y que por esto, conforme a lo convenido pueden pedirse también los intereses con la acción de depósito.” En la ley 28, id. L° y Tit. Scevola dice: “Quinto Cecilio Cándido escribió a Paccio Rogaciano una carta en los siguientes términos. Cecilio Cándido saluda a su amigo Paccio Rogaciano. Te hago saber por esta carta, que las veinticinco monedas que quisiste estuvieran en mi poder, ingresaron en mi cuenta, las que cuanto antes miraré que no te estén ociosas, esto es, que procuraré que percibas intereses de ellas. Se preguntó, ¿podrán pedirse en virtud de esta carta también los intereses? Respondí que se deben intereses por acción de buena fe, ya si los percibió, ya si empleó el dinero en negocio propio.” en la ley 29, Paulo dice: “Si yo hubiera depositado una bolsa o plata sellada, y aquel en cuyo poder se depositó hubiera usado de ellas contra mi voluntad, me compete contra él tanto la acción de depósito como la de hurto. § 1. Si con mi permiso usara del dinero depositado aquel en quien se depositó, está obligado a pagarme por razón del mismo intereses, como en los demás juicios de buena fe.”

Finalmente, la ley 31, L° XIX, Tit. II del *Digesto*, se dice: “Habiendo mezclado muchos su trigo en la nave de Saufeyo, Saufeyo había devuelto a uno de ellos su trigo de la masa común, y había perecido la nave; se preguntó, ¿acaso pueden los demás ejercitar contra el patrón por su respectiva parte de trigo la acción de reiteración de la carga? Respondió, que hay dos géneros de cosas dadas en arrendamiento, o para que se devuelva lo mismo, como cuando se dan al lavadero vestidos para que los cuide, o para que se devuelva cosa del mismo género, como cuando se diese a un artífice plata copelada para que se hicieran vasos, u oro, para que anillos; por la primera causa la cosa permanece del dueño, por la segunda se constituye en crédito. Que el mismo derecho hay en el depósito; porque si alguno hubiese depositado dinero contado, de suerte que no le entregarse ni encerrado, ni sellado, sino que lo contase, aquel en cuyo poder hubiese sido depositado no debe ninguna otra cosa, sino pagar otra tanta cantidad; según lo que, parece que el trigo fue de Saufeyo, y que fue bien entregado. Pero que si encerrado por separado con tablas, o en cestos, o en otra cualquier barrica, el trigo hubiese sido de cada cual, de manera que pudiera reconocerse cuál fue de cada uno, no pudimos hacer la permuta, sino que entonces aquel de quien hubiese sido el trigo, que el patrón hubiese entregado, podía reivindicarlo; y que por esto desaprobaba él las acciones de retiración de la carga. Pero que si se hubiese dado la cosa de suerte, que pudiera hacerse pago con otra semejante, debe el arrendatario solamente la culpa; porque respecto a lo que por causa de uno y de otro se contrata, se debe la culpa, y absolutamente no hay culpa en que hubiese devuelto a uno sólo su parte de trigo, porque habría sido necesario que se la devolviese primeramente a alguno, aunque hiciera mejor la condición de éste, que la de los demás.

mutuo propiamente dicho, a menos que se tratara de una concesión secundaria que no impidiera que el contrato surja igualmente y continuara en interés principal del depositante.⁸³⁷

Existe otro antecedente sobre el particular en las *Decretales gregorianas*, Libro IV, Título XX, Capítulo VII (APÉNDICE 3, p. 453), que menciona el caso de un marido que recibió una dote de la esposa –a quien había repudiado–, se encontraba en situación de pobreza y no podía por ello garantizar la restitución de dicha dote. Al respecto el Papa Inocencio III (año 1213) resolvió que dicha dote fuera enviada a algún comerciante para que el nombrado pudiera sustentar las cargas del matrimonio a partir de un lucro honesto, de modo que por ocasión del deterioro de la dote, la esposa abandonada por el marido, o el marido, que abandonó a su esposa, no cometiera el delito de adulterio. Dicho mecanismo ha sido considerado como un supuesto de *depósito irregular* en el derecho canónico, que admitía la legitimidad de los intereses.⁸³⁸

El *Diccionario* de Escriche da referencias de antecedentes del *depósito irregular* en el derecho eclesiástico americano, a propósito de diversos concilios celebrados en Méjico en 1585 y 1771.⁸³⁹

Otro caso de prácticas contractuales que luego la doctrina ha venido a identificar como *depósito irregular*, es –en España– el referido por la ya citada (§ 23 nota 414) Real Cédula del 4 de julio de 1764 dada bajo Carlos III, por el Supremo Consejo de Castilla, que se expidió por la legalidad de aquellas en que los cinco “gremios mayores de Madrid” acostumbraban a tomar dinero de particulares (particularmente viudas, pupilos, y personas cuyo principal medio de vida eran los intereses pagados por los Gremios) con el interés de tres por ciento. Dicha Real Cédula aparece recogida en la *Novísima Recopilación*, Libro X, Título I, Ley XXIII (APÉNDICE 12, p. 501), y determina –luego de haber requerido opinión a expertos de la corte– que la práctica era legítima y no había motivos para reproches a la misma. Dado que tal práctica –según se deduce de la citada disposición– contiene todos los elementos de un mutuo a interés, en momentos en que dicho contrato estaba prohibido en España, ha venido a sostenerse que ello constituía un *depósito irregular*.⁸⁴⁰

En definitiva, la figura del depósito *irregular* pasó al derecho europeo moderno. Sin embargo, la justificación de un tratamiento normativo autónomo –separado del correspondiente

⁸³⁷ Messa, ob. cit., N° 241, pág. 385 y sig.

⁸³⁸ Escriche, *Diccionario...*, edic. citada, voz “Depósito irregular”, p. 546.

⁸³⁹ Se señala aquí el caso del canon 4º, título de la Institución y derecho del Patronato, del Concilio Mejicano III, celebrado en el año 1585, donde se manda que el dinero y bienes de las Iglesias se entreguen a alguna persona que quede obligada a pagar réditos anualmente. En el Concilio Mejicano IV, celebrado en 1771, se volvió a tratar la cuestión en la sesión del 27 de abril de ese año, y todos los teólogos y juristas presentes aprobaron el *depósito irregular*. Escriche, *Diccionario...*, edic. citada, voz “Depósito irregular”, p. 546.

⁸⁴⁰ Escriche, *Diccionario...* edic. citada, voz “Depósito irregular”, p. 547.

al mutuo— fue, a poco de andar, motivo de opiniones encontradas.⁸⁴¹ La razón práctica de la distinción se encontraba —en el contexto de la prohibición de la *usura*— en la justificación que facilitaba el *depósito irregular* (como distinto del mutuo) para dar derecho al cobro de intereses por una causa distinta de la que podía resultar del contrato de *mutuo*: así se decía que el *lucro usurario* era propio del contrato de *mutuo*, y que por ende estaba prohibido por el derecho natural, divino, canónico y civil, mientras que el *lucro compensatorio* era el que resultaba de una justa compensación al acreedor, y que por lo tanto nada tenía de reprochable. En ese contexto se entendía que el *depósito* aún *irregular* era una justa causa de compensación al acreedor.⁸⁴²

Algunos establecen que la distinción radicaría en que el *mutuo* se celebra en interés del prestatario, que tiene necesidad del dinero que recibe, y es quien lo solicita. En cambio el *depósito irregular* sería efectuado en interés del depositante, razón por la cual el depositario debe estar siempre dispuesto a devolverlo.⁸⁴³ Aunque para esta misma opinión, si las partes hubieran acordado un plazo para la restitución de la cosa (*fungible*) dada en depósito, esta circunstancia, unida al hecho de que la devolución no habrá de ser de la misma cosa entregada, sino otro tanto de la misma especie y calidad, convierten a este contrato en un *verdadero* mutuo.⁸⁴⁴ Evidentemente que este criterio de distinción —además de tener base subjetiva (será difícil sostener que *siempre* el contrato se realice en interés de una u otra parte)— desaparece directamente cuando se añade el plazo.

Nuestro Código Civil argentino mantiene la regulación separada de ambas figuras en los artículos 2189 y 2220 a 2223. No obstante, no resulta clara la diferencia de tratamiento normativo, puesto que la obligación de restituir la cosa entregada se cumple mediante la entrega de “otro tanto de la cantidad depositada” o de “otro tanto de la cantidad de cosas depositadas” (art. 2220: obligaciones de dar sumas de dinero o bien de dar cantidades de cosas, respectivamente), habida cuenta de que la propiedad de la cosa depositada pasa al dominio del depositario (art. 2191 cód. civil). Nada dice el código sobre la posibilidad de que las partes pacten intereses por el uso de la cosa que haga el depositario en el depósito *irregular*. En la definición del depósito en general del artículo 2182 se dice que éste consiste en la guarda a título *gratuito* de una cosa; cabe aclarar que en la nota a dicho artículo Vélez Sársfield aclara que no es de la esencia del depósito que sea gratuito. Curiosamente, el Código de Comercio establece que

⁸⁴¹ Messa, ob. cit., N° 242, pág. 388.

⁸⁴² Ver opiniones citadas por Esriche, en *Diccionario...* edic. citada, voz “Depósito irregular”, p. 547.

⁸⁴³ Troplong, *Du Dépôt et du Séquestre et Des Contrat Aléatoires*, Paris, Charles Hingray, 1845, art. 1932, N° 117, p. 99.

⁸⁴⁴ Troplong, *Du Dépôt et du Séquestre*, T° XV, art. 1932, N° 119, p. 100.

si el depósito fuere comercial y consistiese en una suma de dinero, el depositario no puede usar de ella (art. 575).

Finalmente, el Código Civil italiano de 1942, si bien mantiene conceptualmente la individualidad de esta figura, remite para su tratamiento normativo a las reglas del mutuo (art. 1782 cód. cit.).⁸⁴⁵

⁸⁴⁵ El artículo 1782 del Código Civil italiano dice así: “*Deposito irregolare*.- Si el depósito tiene por objeto una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, con facultad para el depositario de servirse de lo depositado, adquiere la propiedad y está obligado a restituir otro tanto de la misma especie y calidad. En tal caso se observan, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al mutuo.” Messineo, ob. cit., T° I, p. 319/320; y T° V, § 149, N° 4 bis, p. 276 y sig.

PARTE IV: DELIMITACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO

CAPITULO 13: UBICACIÓN DEL NUEVO CONCEPTO

§ 55. Plano en el que se insertará

Luego de haber pasado revista en la PARTE III a los contratos que han servido para instrumentar relaciones crediticias –esto es, las obligaciones que se propondrá (ver CAPITULO 16) reunir bajo el nombre de *financieras*–, se puede concluir que existen problemas con la forma en que los mismos han sido y son definidos, porque es fácil observar –cuanto menos– ciertas superposiciones y ambigüedades en tales definiciones (tal el caso con los problemas para distinguir las figuras de *mutuo* y la de *depósito irregular*; o la distinción entre *mutuo* y ciertas variantes de la compraventa, como es el caso de la *mohatra*, o la compraventa de *censos*, o de *derechos creditorios*, entre otras; o el *mutuo* del *contrato trino*: sociedad, aseguramiento del capital y canje de utilidades inciertas por utilidades ciertas; o el *leasing inmobiliario* de la *hipoteca*, etc.).

En otros casos tampoco está demasiado claro el alcance del término “contrato”. Así se pueden ver las dificultades con el caso de la *sociedad* en el derecho continental, en cuanto a su inclusión o no dentro de dicha categoría (§ 3).⁸⁴⁶

En virtud de ello se sugiere la conveniencia de que el reagrupamiento del material de trabajo, a los fines de obtener un mejor punto de vista para el análisis del fenómeno financiero, se efectúe en el plano de las *obligaciones* y no en el de los contratos. Los criterios jurídicos formales usados para separar los contratos, y las relaciones exclusivamente de tipo *jerárquico* que vinculan los conceptos correspondientes a sus respectivas figuras, dejan escapar relaciones de otro tipo que son relevantes desde el punto de vista de la función económica. Tal función económica (la generación de situaciones de *crédito*), será más fácil de reconocer en las obligaciones, cualquiera que haya sido el contrato que las genere.

⁸⁴⁶ Le Pera, *Cuestiones...*, p. 97.

CAPITULO 14: EL SISTEMA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

§ 56. Las definiciones de los contratos clásicos

Para poner de manifiesto las dificultades antes apuntadas, será conveniente comenzar por analizar desde un punto de vista lógico, el sistema formado por los contratos que en el derecho romano clásico permitían generar relaciones de crédito. Esto nos habrá de llevar también, a precisar la noción de *sistema*.

§ 57. El concepto de sistematicidad de los “sistemas normativos”

En primer lugar debe distinguirse que el concepto de “sistematicidad” se aplica unas veces al conocimiento jurídico y otras a ciertos conjuntos de normas jurídicas.

En este segundo sentido y expresando los siguientes conceptos en un lenguaje no formalizado, se puede definir *sistema normativo* como un conjunto de enunciados tales que correlacionan *casos* (circunstancias de hecho) con *soluciones normativas*⁸⁴⁷ (prescripciones).

Se entiende por *casos*, a su vez, las “circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida, por un determinado sistema normativo”.⁸⁴⁸ El conjunto de todas las *circunstancias* o *propiedades* relevantes desde el punto de vista del *status* normativo de la acción en cuestión, que pueden estar presentes o ausentes en el estado de cosas que rodea a dicha acción, se denomina *universo de propiedades*.⁸⁴⁹ En principio, se denomina *universo de casos* (correspondiente a un *universo de propiedades* determinado) al conjunto de todos los casos elementales⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 92.

⁸⁴⁸ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 52.

⁸⁴⁹ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 34.

⁸⁵⁰ Se denomina “caso elemental” a todo caso que resulte de la conjunción de todas las propiedades de un *universo de propiedades* o sus negaciones, pero no ambas (Alchourrón y Bulygin, ob. cit. p. 34).

Además de definirse el *universo de casos* sobre la base de *universos de propiedades* que, definidos en la forma expuesta suponen necesariamente que habrán de estar constituido por un número finito de propiedades, también es posible dar una definición para *universos de propiedades* constituidos por una cantidad *infinita* de propiedades, recurriendo al concepto de *división*. Ello permite resolver la situación creada por los *universos de casos* constituidos por *propiedades* (esto es hechos normativamente relevantes) que consisten en valores numéricos: tal el caso de las leyes impositivas cuando establecen impuestos cuyo monto depende de un cierto valor económico, que puede adquirir infinitos valores (Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 54 a 57). Pero los *universos de casos* de este tipo constituyen una complejidad innecesaria para

Una *solución normativa* es un enunciado que predica de cierta conducta su *status* normativo: esto es si dicha acción o conducta está ordenada, prohibida, o permitida.⁸⁵¹

En consecuencia, si nos preguntamos por el *status* normativo (prohibición, permisión o prescripción de una orden) de la acción de *caminar* (la *solución normativa* o aspecto normativo del problema), los *casos* habrán de estar formados por el conjunto de las *circunstancias* o *propiedades relevantes* (desde el punto de vista del cambio o no de solución normativa) que rodean a dicha acción, tales como que la acción de caminar se lleve a cabo en una plaza o no, y a su vez que esta acción se realice sobre el césped o sobre veredas, etc.). El enunciado (*norma*) que correlaciona el caso con la solución normativa podría ser: “Está prohibido, en las plazas, caminar sobre el césped”.

Por otra parte, un aspecto importante de los *sistemas normativos* son sus propiedades formales. Tales propiedades son, entre otras, la *completitud* y la *coherencia*. Decir que un sistema normativo es completo, es sostener que carece de *lagunas*: o sea que todos los *casos* de un conjunto dado tienen correlacionada, dentro de ese *sistema normativo*, al menos una *solución normativa*. Y sostener que un sistema es *coherente* es decir que el mismo correlaciona sólo una solución para cada caso.⁸⁵² Cuando un sistema normativo presenta defectos respecto de las características mencionadas, los mismos sólo pueden ser resueltos por el legislador, quien deberá formular nuevamente los enunciados normativos.⁸⁵³ Para evitar que los nuevos *enunciados normativos* contengan estos defectos, habrá de tenerse en cuenta en la formulación de los mismos, que los *casos* a los cuales se le correlacionan consecuencias normativas, han de cumplir ciertos requisitos.

Así, para que ciertas *circunstancias* o *propiedades* constituyan un *caso* se deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Cada una de las situaciones o estados de cosas que rodean a la acción sobre cuyo *status* normativo nos preguntamos (el *universo de discurso*),⁸⁵⁴ deberán poseer alguna de las propiedades.⁸⁵⁵

desarrollar los aspectos de los sistemas normativos relativos a nuestro tema. Por ello en lo sucesivo habremos de referirnos siempre a *universos de casos* formados por *universos de propiedades* siempre finitos.

⁸⁵¹ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 32 y 36. Ver igualmente Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo A., *Lógica proposición y norma*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1983, p. 119 y sigs.; y Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987, p. 66 y siguientes.

⁸⁵² Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 100 y sigs.

⁸⁵³ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 126 y 127.

⁸⁵⁴ *Universo de discurso* es el nombre que, en un lenguaje técnico, los estudiosos de los sistemas normativos le dan al conjunto de “situaciones” o “estados de cosas” que rodean a una acción sobre cuyo *status* normativo (prohibición, permisión u obligación) nos preguntamos (Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 32).

b) Cada par de propiedades deberá ser *lógicamente excluyente*, o sea incompatible por razones lógicas.

c) Ninguna de las *propiedades* podrá ser *lógicamente vacía* (o sea, lógicamente imposible).⁸⁵⁶

Por otra parte, para que los *casos* –el conjunto de circunstancias relevantes– no sean imposibles (contradictorios) ni tautológicos (o sea circunstancias que se verifican siempre, o que no se verifican nunca), deben cumplir ciertos requisitos, tales como que sean *lógicamente independientes*: esto significa que “la presencia de una *característica* o *propiedad* en un objeto ha de ser compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo objeto”.⁸⁵⁷ La *independencia lógica* de las *propiedades* ha sido llamada *hipótesis del atomismo lógico*,⁸⁵⁸ y se la plantea como “un modelo simplificado, sin pretender que la realidad responda siempre a este modelo”.⁸⁵⁹

En efecto, la posibilidad de encontrar *características definitorias* o *propiedades* que sean *lógicamente independientes*, es un modelo simplificado de la realidad, en la medida que no siempre es posible elegir elementos en los que se dé esta particularidad. La compatibilidad de una propiedad con la presencia o ausencia de cualquier otra en el mismo objeto, se ve asegurada, siempre que podamos tomar como tales, situaciones susceptibles de ser divididas en sólo dos estados, como por ejemplo: “estar dormido” o “estar despierto”.⁸⁶⁰ No todos los casos pueden resultar sencillos como éste, más allá de que aún este mismo supuesto podría dar lugar a la distinción de estados psicológicos intermedios entre ambos. Adoptar este “modelo simplificado” supone descartar aquellas situaciones intermedias que en un contexto determinado, y según cuál fuera el grado de interés, un lenguaje más refinado podría encontrar.⁸⁶¹

⁸⁵⁵ Este requisito se expresa diciendo que las propiedades habrán de ser *lógicamente disyuntas* (exhaustivas del *universo de discurso*).

⁸⁵⁶ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 56.

⁸⁵⁷ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 52.

⁸⁵⁸ La expresión *atomismo* alude a la existencia de elementos o entidades indivisibles (ver Ferrater Mora, José, voz “Atomismo”, en *Diccionario...*, Tomo I, p. 241). Los átomos *lógicos* son “lo que queda como último residuo del análisis lógico”, expresión que es debida a Bertrand Russell, y alude a la búsqueda de un “lenguaje perfecto”, mediante hechos no analizables en términos de otros (Ferrater Mora, voz “Atomismo lógico”, en *Diccionario...*, Tº 1, ps. 247 y 248. Ver también Russell, Bertrand, “Atomismo lógico”, en *El positivismo lógico*, compilado por Ayer, A. J., México, Madrid, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 37 y sig.). La aplicación de *hipótesis del atomismo lógico*, como requisito de las *propiedades* que definen los *casos*, supone la exigencia –en tanto ello sea posible– de que tales *propiedades* sean los constituyentes últimos en que se puede analizar el *caso*, y que no existan otras más específicas que lo definan.

⁸⁵⁹ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 52.

⁸⁶⁰ Hierro S. Pescador, José, *Principios de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, Tomo 2, ps. 224 a 235.

⁸⁶¹ Este “modelo simplificado de la realidad” que permite satisfacer el llamado principio del *atomismo lógico*, supone dejar de lado por cierto las objeciones del matemático Luitzen Egbertus Jan Brouwer respecto del concepto de “continuo”, que lo llevaron a construir una matemática que deja de lado el principio del “tercero excluido”, que es el que establece que para toda proposición P, o bien P o la proposición no-P es verdadera (citado por Tasic, Vladimir, *Mathematics in the Roots of Postmodern Thought*, traducción castellana de Guillermo Martínez, *Una lectura matemática del pensamiento posmoderno*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2001, ps. 72 a 74), así como las del matemático Jules Henri Poincaré, respecto del concepto de “identidad”, que sostenía que la identidad de un objeto requiere ser continuamente motivada por la intuición y es a su vez dependiente de la totalidad de los objetos del sistema del que forma parte ese objeto (Tasic, ob. cit., ps. 101 a 106).

§ 58. Las definiciones como casos genéricos

Cabe ahora volver sobre el otro sentido mencionado en el párrafo anterior, de la expresión “sistematicidad”: aquél en que se refiere al conocimiento jurídico.

Es sabido que la labor de los juristas se relaciona –además de hacerlo con normas jurídicas y en forma paralela a dicha problemática– con “conceptos” y con las relaciones que éstos guardan entre sí.

Por “conceptos” –en este particular enfoque de la cuestión– se ha aludido en algún caso a “grupos o conjuntos (clases) de preceptos unificados en función de un ámbito de aplicación común”: así, “el concepto hipoteca” en el derecho argentino sería el conjunto de preceptos que se refieren a tal institución (fundamentalmente, artículos 3108 a 3202 del Código Civil”, aunque “no se considera que todos estos preceptos forman parte (constituyen) el concepto hipoteca, sino solamente algunos de particular importancia.” De esta forma cabe “considerar que ‘concepto’ equivale (en el uso a que nos referimos) a ‘definición’... Así identificados ‘concepto’ y ‘definición’ las (demás) reglas de la figura pasan a ser consideradas ‘propiedades’ de ésta, y la figura (‘concepto’, ‘definición’) en sí misma el *ente* que soporta tales propiedades...”⁸⁶²

Asimismo, en aquellos contextos del discurso jurídico antes aludidos, se considera que tales conceptos guardan ciertas *relaciones* entre sí: ya fuera de “superioridad” o “inferioridad” (o bien “generalidad” – “especialidad”).

Más aún, durante el siglo pasado, la escuela de la “genealogía de conceptos” consideraba que una vez establecidas las mencionadas relaciones entre los “conceptos”, eran aplicables a la especie o concepto *inferior* todas las propiedades o atributos (consecuencias normativas) de la especie o concepto *superior*, con lo cual, mediante estos instrumentos – también llamados “construcciones jurídicas”– se llenaban las “lagunas” del derecho.⁸⁶³

Es sabido que esta visión de los juristas de fines del siglo XIX, respecto del método jurídico, hoy ha dejado de ser pacíficamente compartida.⁸⁶⁴ No obstante, si se evita la identificación de *sistema* con *sistema axiomático-deductivo*, entonces es posible seguir

⁸⁶² Le Pera, *La naturaleza jurídica*, ps. 76/77 y nota 6.

⁸⁶³ Le Pera, *La naturaleza jurídica*, ps. 71/72.

⁸⁶⁴ “La actividad teórica de los científicos de derecho no consiste, sin embargo, en la modificación del derecho, que es tarea propia del legislador. En este sentido está justificado el reproche que solía formularse contra la jurisprudencia de conceptos, en la medida en que pretendía ella sacar nuevas normas (nuevas consecuencias normativas) por medio del método de la construcción jurídica, que no va de suyo más allá de la definición y el análisis de los conceptos jurídicos. Semejante pretensión de la jurisprudencia de conceptos o es vana, si no se trata más que de la formulación explícita de las normas que ya están contenidas implícitamente en el sistema, o transgrede los límites de la función cognoscitiva de la ciencia, al invadir el terreno de la creación del derecho, que es función política que compete al legislador.” (Alchourrón y Bulgín, ob. cit., p. 128).

considerando este otro aspecto del saber de los juristas (el referido a los conceptos y a las relaciones que éstos guardan entre sí) como “sistemático” (aunque no en sentido de “inferencia axiomática”).⁸⁶⁵ Esta “sistematicidad”, a la luz de los enfoques metodológicos actuales, tiene por el contrario un carácter “heurístico”, según manifestáramos antes (§ 4), al hablar de los *sistemas expertos* como “espejos de la mente” (nota 52) que nos permiten reconstruir aproximadamente el pensamiento de los juristas, y sus elementos (los datos, la teoría que representa el conocimiento de un área y la estructura de control que resuelve el procedimiento a aplicar en cada etapa). Allí se dijo que la técnica más usada para la “representación del conocimiento”, es la de las llamadas “redes semánticas”, que no son otra cosa que los conceptos jurídicos y las relaciones a las que hemos venido aludiendo (ver notas 43 a 45). Esta teoría que representa el área del conocimiento es la que le sirve al jurista a la hora de seleccionar los datos (las normas de derecho) que habrá de elegir para resolver un caso.⁸⁶⁶

Aclarado entonces que los “conceptos” son definiciones (especificaciones de un término, características definitorias) que “soportan” (se le aplican) propiedades (esto es prescripciones jurídicas), cabe precisar otra idea más, antes de aplicar estos conceptos de sistematicidad a las definiciones de los contratos.

La primera caracterización que hicimos de *sistema normativo* fue la de “conjunto de enunciados tales que correlacionan *casos con soluciones normativas*”. Una análisis algo más profundo del problema, nos lleva a aclarar que en realidad es más apropiado caracterizar aquél concepto como conjunto de enunciados entre los cuales hay *alguno* que correlaciona casos con consecuencias normativas. Ello no implica considerar que *todos* los enunciados que forman parte de un *sistema normativo* correlacionan *casos con soluciones normativas*, sino tan sólo *algunos*.

⁸⁶⁵ Le Pera, *La naturaleza jurídica*, ps. 60/61.

⁸⁶⁶ Comp. Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 122: “Si bien la elección de la materia es arbitraria en el sentido de que depende enteramente del interés del jurista, la selección de los enunciados que han de integrar la base no lo es, pues está determinada por dos factores: 1. Los enunciados de la base deben ser enunciados de derecho válidos y 2. La base debe contener todos los enunciados que tengan consecuencias normativas para la materia elegida”. Luego en nota 14 los autores citados aclaran: “De hecho, como que el derecho se formula en el lenguaje ordinario, las inferencias de los juristas rara vez son rigurosamente formales, y la cuestión de saber si un determinado enunciado tiene o no tales consecuencias y si ha de figurar, por lo tanto, en la base, no puede resolverse a veces por medios puramente racionales. En esas situaciones todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas, dejando a la decisión de la autoridades competentes la elección de una u otra...”

Antes del párrafo transcrito, los autores citados ya daban otras razones para sostener que la determinación de la totalidad de los enunciados de derecho válidos que contengan consecuencias normativas sobre una cierta materia elegida, no es posible realizarla por procedimientos totalmente racionales: “...La noción de validez es, por lo tanto, *relativa* a un criterio o un conjunto de criterios de identificación. Los criterios de identificación comprenden dos clases de reglas: a) *reglas de admisión*, que estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido, y b) *reglas de rechazo*, que establecen cuándo un enunciado de derecho, válido de acuerdo con las reglas de admisión, deja de serlo. Las reglas de admisión señalan las distintas fuentes de producción del derecho: legislación, jurisprudencia, costumbre, etcétera... Muchas de las controversias entre distintas escuelas jurídicas no se refieren a problemas metodológicos (sistematización), sino a la elección de los criterios de identificación y, por ende a las fuentes del derecho. Así, por ejemplo, gran parte de la polémica entre jusnaturalismo y el positivismo jurídico tiene su origen en la discrepancia acerca de las fuentes admisibles...” (ob. cit., p. 119). Comp. igualmente lo manifestado en nota 4 y la opinión de los mencionados autores referida por dicha nota.

Sobre el problema de identificación de las fuentes de derecho, fundamentalmente en el marco del derecho continental-europeo, y de cómo dicha tarea dista de ser posible resolverla según procedimientos puramente racionales, ver: Merryman, ob. cit., capítulo IV, ps. 43 a 53 en cuanto al conflicto ley escrita – costumbre; y Warat, Luis Alberto, *Semiótica y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Eikon S. A. (e. f.), 1972, capítulos V y VI, ps. 121 a 150, sobre los aspectos ideológicos del conflicto *equidad – seguridad jurídica*.

Este punto de vista permite dar cuenta de aquellos enunciados que forman parte de los *sistemas normativos*, tales como las definiciones, que frecuentemente encontramos en leyes y códigos (elementos éstos que dentro del “conjunto” del que forman parte, podremos decir que conforman *sistemas normativos*).⁸⁶⁷

Apuntado lo expuesto, aparece ahora a la luz la relación que existe entre la sistematicidad de los *sistemas normativos* y la de los *conceptos* o *definiciones* jurídicas, toda vez que éstas, en tanto términos *técnico-jurídicos*, o sea pertenecientes a la teoría jurídica, permiten que se le apliquen relaciones específicas (provenientes de leyes o sea de enunciados *normativos*) que los ligan a otros términos teóricos.⁸⁶⁸ En otras palabras, las definiciones en la legislación, cumplen la función de especificar el sentido con que ciertos términos son usados por el legislador a los fines de establecer las prescripciones normativas (prohibiciones, permisiones u obligaciones). Y puesto que los problemas normativos fueron definidos como correlaciones entre *casos* y *soluciones normativas*, y que dicha correlación no tiene que darse necesariamente dentro del mismo enunciado, se entiende que las *características definatorias* de los *conceptos* puedan actuar como las *propiedades* determinantes de los *casos*. No hay entonces ningún problema en considerar a las definiciones de los conceptos como *casos genéricos*.⁸⁶⁹

Y en ese sentido, habrán de serles aplicables a las definiciones (casos) todas las propiedades formales antes descritas respecto de los casos (§ 57). Y lo que es aplicable a las definiciones legislativas, desde el punto de vista formal, también es aplicable a las definiciones formuladas por la doctrina.

Resta por último insistir en que la “sistematicidad” de las definiciones habrá de ser analizada no en el sentido “axiomático” que corresponde a la inferencia de las consecuencias normativas a obtener de un sistema normativo determinado, respecto de una acción en particular, sino a las relaciones que habrán de encontrarse entre los conceptos.

⁸⁶⁷ Este punto de vista permite prescindir de la solución de Kelsen, que consideraba normas “incompletas” a las definiciones (Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 96 y siguientes). Comp. Martino, Antonio, *Le definizioni legislative*, Torino, Giappichelli, 1975, p. 21, citado por Atienza, Manuel, *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 275.

⁸⁶⁸ Martino, *Le definizioni legislative*, p. 42, citado por Atienza, ob. cit., p. 276.

⁸⁶⁹ Sobre el concepto de *caso genérico* y *caso individual*, y sobre los *casos genéricos* que como subclases de *universos de discurso* y *casos genéricos* que son simplemente propiedades, ver Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 57 y siguientes.

§ 59. Las definiciones de los contratos consensuales y el concepto de sistematicidad

a) *La clasificación según los romanos:*

Recordemos ahora a las definiciones de los contratos de *compraventa*, *locación* y *donación* (ver nota 42). Se dijo que eran “acuerdos de voluntades”, que reunían además una combinación de ciertas características, cuya presencia o ausencia daba como resultado los conceptos correspondientes a cada uno de los citados contratos. Tales *características* o *propiedades* –se dijo– eran: que se tratara de un *objeto comerciable*; que hubiera una *transferencia*, o bien a *título de dueño*, o bien a título de transferir un *derecho de uso*; y por último que la causa de dicha transferencia fuera, o bien por un *precio cierto*, o bien a *título gratuito*.

Los tres expresados contratos comparten la propiedad común, definatoria del *universo de discurso* al que pertenecen y que denominamos la “familia” de los contratos *consensuales*, de perfeccionarse por el simple consentimiento. Se diferencian entre sí por la combinación dada por la presencia o ausencia de las tres *propiedades* o *características definatorias* que acabamos de ver (objeto comerciable o no comerciable, transferencia de la propiedad o del uso, por un precio o a título gratuito). Más adelante habremos de ver que otros contratos (tales como el *mutuo*, el *comodato*, el *depósito*, la *sociedad* y sus distintos *tipos*) no comparten las mismas propiedades que definen a la familia de los *consensuales*. Por lo tanto, no es posible integrarlos en un sistema único.⁸⁷⁰

Pero volviendo a las *propiedades* de los contratos *consensuales*, para que éstas conformen los *casos*, y formen una *división* del universo de elementos, dijimos (§ 57) que –entre otros requisitos– debían ser *lógicamente excluyentes* (incompatibles por razones lógicas). O sea, que las *propiedades* deben ser tales que estén presentes o ausentes.⁸⁷¹ Si *objeto comerciable* es una propiedad, habrá que considerar la ausencia de ella como *objeto no comerciable* (o fuera del comercio).

Así podemos identificar a cada propiedad con un conjunto de letras, y a su ausencia con la tilde “~” delante de las letras identificatorias, de la siguiente manera: objeto comerciable: OC; la ausencia de tal propiedad, o sea objeto fuera del comercio: ~OC; transferencia en propiedad: TP; su ausencia, o sea transferencia del uso: ~TP; precio: P; la ausencia de esta, o sea que la

⁸⁷⁰ El *universo de propiedades* y el *universo de discurso* tienen que ser dos universos correspondientes, “en el sentido de que cada uno de los elementos del UD puede tener cada una de las propiedades del UP.” (Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 54). En el caso será necesario considerar como *universos de discurso* diferentes a los de los contratos *consensuales*, los *reales* y los *parciarios*, dado que no comparten propiedades comunes.

⁸⁷¹ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 34.

transacción será a título gratuito: $\sim P$. La combinación de la presencia o ausencia de las tres propiedades da lugar a ocho casos posibles.⁸⁷²

La definición de *compraventa* corresponde al primer caso, la de *locación* al segundo, la de *donación* al sexto. El cuarto caso podría corresponder a la definición de *comodato*, salvo que dicho concepto para nuestro artículo 2255 del Código Civil supone la existencia de dos propiedades no vistas hasta ahora: *entrega* de la cosa y *cosa fungible* o *no fungible*. El quinto y el séptimo caso encierran una contradicción, puesto que una cosa fuera del comercio no puede ser cedida en propiedad, ni por un precio, ni gratuitamente. Los casos tercero y octavo, si bien no corresponden a contratos tipificados en nuestro Código Civil, podrían encuadrar dentro del concepto de *concesión*, puesto que los bienes fuera del comercio, podrían ser cedidos en uso, tanto en forma onerosa como gratuita.

Los casos quinto y séptimo citados, ponen de manifiesto que la propiedad del carácter *comerciable* o *no comerciable* de la cosa objeto del contrato, no cumple con el requisito de la *independencia lógica*, puesto que dijimos (§ 57) que la presencia de una propiedad en un objeto debía ser compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra propiedad en ese mismo objeto. Aquí la *no comerciability* es incompatible con la transferencia a título de propiedad, por definición (art. 2337 del Cód. Civil).

Tampoco elimina el problema considerar que las propiedades relevantes sean sólo dos: transferencia a título de propiedad (y su ausencia a título de uso) y por un precio (y su ausencia a título gratuito). De la combinación de estas dos propiedades (y de la ausencia de las mismas) resultarían cuatro casos.⁸⁷³

El primer caso correspondería a la definición de *compraventa*, el segundo a la de *locación*, el tercero a la de donación y el cuarto podría describir una situación similar a la del *comodato*, con la misma salvedad ya efectuada, en cuanto a que la definición legal incluye propiedades distintas (*cosa fungible* o *no fungible*, así como la *entrega* de la cosa con obligación de restituir) que no aparecía en este conjunto o universo de propiedades. El problema de esta

⁸⁷² La cantidad de casos posibles, es el resultado de la fórmula 2^n , donde n es la cantidad de propiedades (Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 35). En el supuesto que se considera tales casos son los siguientes:

OC . TP . P	OC . \sim TP . P	\sim OC . \sim TP . P	OC . \sim TP . \sim P
\sim OC . TP . P	OC . TP . \sim P	\sim OC . TP . \sim P	\sim OC . \sim TP . \sim P

⁸⁷³ Los casos mencionados son los siguientes:

TP . P	\sim TP . P	TP . \sim P	\sim TP . \sim P
--------	---------------	---------------	----------------------

solución, radica en no considerar como *relevante*⁸⁷⁴ la propiedad correspondiente a que el objeto de la transferencia sea una cosa *comerciable*. De no considerar esta propiedad de las cosas a transferir, la división producida dentro del conjunto de casos, dejaría comprendida dentro del concepto de *compraventa*, situaciones a las que la propia ley declara que no les puede ser aplicada tal denominación (arts. 1327 y 2337 del Cód. Civil).

b) *Evolución de los contratos consensuales y las obligaciones financieras*

La evolución de los contratos *consensuales* (*compraventa, locación, donación*), relacionada con el nacimiento de *obligaciones financieras* se ha verificado sin duda respecto del contrato de *compraventa*. Este había sido definido por la concurrencia de las características de objeto comerciable, transferencia de propiedad y precio (OC, TP y P).

Las posibilidades de que este contrato se adaptara a la finalidad financiera, se produjo en la medida de que al elemento *precio* se le adicionara un plazo (§ 48); o si el *objeto comerciable* consistía en un derecho (§ 51); o mediante el agregado de ciertos pactos accesorios: tales como la cláusula de *recompra* o *reventa* § 49); el pacto *reipersecutorio* § 50); u otros mecanismos de *ingeniería financiera* (§ 52).

No es posible en realidad hablar de una “evolución lineal” dentro del grupo de los contratos *consensuales*, en cuanto al desarrollo de las distintas variantes con efectos *financieros*. Los distintos casos recién mencionados se deben más que a una evolución, al propósito de satisfacer distintas necesidades económicas, que se han ido desarrollando en distintos momentos y lugares, siempre bajo el marco de la problemática de la prohibición del interés en el mutuo de dinero.

La adición de un plazo de diferimiento para el cumplimiento de una de las prestaciones § 48), en un contrato de prestaciones recíprocas en que una de ellas ha sido íntegramente cumplida por una de las partes, constituye una antigua forma de generar crédito, cuando el mismo no versa sobre la entrega de dinero, sino sobre la de bienes o servicios “en especie” que se entregan antes de recibir su contraprestación.

La idea de que la obligación de pagar una suma de dinero fuera objeto de *compraventa*, nació en primer lugar con el propósito de eludir la prohibición del interés en el *mutuo*, dándole a dicha *renta* el nombre de *censo*, cuya adquisición la realizaba el dador de crédito mediante una *compraventa*. Luego, recientemente, a la par que se difundía la práctica de la circulación del crédito mediante *títulos valores*, se hacía más natural la práctica de denominar *compraventa* a la

⁸⁷⁴ Sobre el concepto de *relevancia* ver Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 152 a 157).

cesión de los derechos comprendidos en tales títulos. Esta situación comprendía tanto el caso en que los títulos documentaran obligaciones emitidas por el propio *vendedor* (así sucedía en la citada *compraventa de censos o rentas* y sucede hoy con la emisión de títulos representativos, ya de deuda, ya de participación en el capital del emisor, propio de las modernas técnicas de financiación de los llamados *mercados de capitales*), como de obligaciones emitidas por un tercero (supuesto del *descuento*). Por otra parte, el derecho angloamericano utiliza también la figura de la *compraventa* de una obligación, para describir lo que en el ámbito del derecho continental europeo se encuadra en el concepto de *mutuo* (§ 51).

En otros casos, cuando el otorgamiento de crédito requería de la existencia de garantías, y en épocas o lugares en que otros mecanismos jurídicos –como es el caso hoy de la *hipoteca* o la *prenda*– no estaban suficiente o satisfactoriamente desarrollados, la *compraventa* con el pacto anexo de *retroventa* o *recompra* daban estructura legal adecuada a esta otra necesidad (§ 49).

Una variante específica de dicha necesidad de garantía tuvo lugar –a partir de la revolución industrial– en los casos en que era necesario financiar el saldo del precio de venta de los productos generados por el naciente industrialismo a nuevos consumidores, y que no tenían otra garantía a constituir que el propio bien comprado. En este caso, la garantía se otorgaba mediante el agregado de una cláusula de efecto *reipersecutorio* (que no se publicaba en ningún registro, por tratarse de bienes no registrables) a favor del comprador, quien retenía la propiedad de la cosa vendida hasta el cumplimiento del pago de un número determinado de cuotas del precio de venta. Esta práctica se difundió primero con el nombre de *locación venta* y finalmente la gran difusión en los Estados Unidos se dio bajo el nombre de *leasing* (§ 50).

Finalmente, la combinación de distintos pactos asociados al *plazo* de cumplimiento de las obligaciones de entrega de la *cosa* y el pago del *precio* han dado lugar, por un lado al nacimiento de compraventas “no traslativas de la propiedad”, sino meramente “obligatorias”, que viabilizan compraventas de cosas que no se poseen al momento de la concertación de la operación, sino que podrán ser adquiridas al momento de la entrega de la cosa; por otro lado a operaciones que, mediante un amplio menú de alternativas y combinaciones, permiten modificar el perfil de ciertos riesgos considerados indeseables, mediante su distribución entre las partes (§ 52).

§ 60. Los contratos reales y su sistematicidad

a) *Los contratos reales según los romanos:*

A los contratos *reales* (§ 32), conforme lo expresado (nota 870), deberemos considerarlos como formando parte de un *universo de discurso* propio: el de los contratos que comparten la propiedad común de perfeccionarse solamente contra la *entrega* de la prestación. Esta situación se da en el *mutuo*, *comodato* y *depósito* (arts. 2190, 2246 y 2256 del Cód. Civil). Pero dado que en estos contratos la entrega de la cosa no se produce como contrapartida del pago de un precio (como en la compraventa), ni de ninguna otra prestación, dicha entrega lleva implícita la *obligación de restituir*.⁸⁷⁵

Además, entre otras particularidades que se observan en las definiciones legales de los citados contratos, tenemos por un lado, la referida a la distinción respecto de la cosa objeto del mismo, en cuanto a si es o no *fungible*⁸⁷⁶ (art. 2324 Cód. Civ.). Aquí es interesante advertir que en el caso de las cosas *fungibles* la entrega de éstas autoriza siempre a quien las recibe a su *consumo* (tal como se verifica en el *mutuo*: art. 2240 Cód. Civ.); y en el de las *no fungibles* la entrega autoriza a quien las recibe sólo a su *uso* (tal como ocurre en el *comodato*: art. 2255 Cód. Civ.). No podemos por lo tanto considerar a *fungible* / *no fungible*, por un lado y a *consumo* / *uso* como dos *propiedades* que sean *lógicamente independientes* (puesto que la presencia de una *propiedad* en un objeto no es compatible, tanto con la presencia como con la ausencia de la otra, en el mismo objeto: ver nota 857).

Veremos entonces el sistema formado por los contratos reales. Según se dijo al definir estos contratos (§ 56), el universo de propiedades, cuya combinación por presencia o ausencia forma las definiciones de esta clase de contratos, está formado por las siguientes: que la cosa objeto de la entrega sea fungible (CF), y la ausencia de tal propiedad será el caso en que la cosa sea no fungible (~CF); que la entrega se efectúe como condición de un precio (P), y la ausencia de la propiedad será a título gratuito (~P); y por último que la entrega se efectúe con obligación de guarda por parte del que la recibe (G), y la ausencia de tal característica (~G) comprenderá los

⁸⁷⁵ No se debe confundir esta propiedad definitoria del *universo de discurso* de los contratos *reales* (la de entregar la prestación bajo obligación de restituir), con la propiedad del *universo de propiedades* de los contratos *consensuales* identificada como *precio*, puesto que en estos contratos la contrapartida de la entrega del precio es la transferencia de la propiedad de la cosa, y la ausencia de la propiedad en cuestión es la *transferencia a título gratuito*.

⁸⁷⁶ En realidad, la definición de mutuo dice respecto de las cosas objeto del contrato, que deberán ser restituidas “igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad” que las recibidas (art. 2240 Cód. Civ.). Pero habida cuenta de la definición de cosa *fungible* que da el artículo 2324 del Código Civil (“...aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad”) puede entenderse que las cosas aludidas en dicha definición, son *fungibles*.

casos en que la entrega se efectúa sólo en beneficio del que la recibe (lo que los autorizará al consumo cuando las cosas sean fungibles o sólo al uso en el caso de las cosas no fungibles).⁸⁷⁷

Uno de los casos resultantes de la combinación de tales características –CF . P . G–, puede ser considerado como un *depósito regular* de dinero o cosas consumibles, a título oneroso. Si bien no está regulado como *tipo* de contrato autónomo, esta posibilidad está contemplada por el juego de los artículos 2188 inciso 2º (que establece que si la cosa objeto del depósito fuera dinero o consumible, las mismas deberán entregarse en saco o caja cerrada con llave sin entregarse ésta) y 2209 del Código Civil (que le prohíbe al depositario el uso de la cosa, bajo pena de deber los intereses de ley como mutuario a título oneroso) y 573 del Código de Comercio (que establece la posibilidad de pactar una comisión a favor del depositario, como retribución por sus servicios).

Otro de los casos –(CF . P . ~G)– es un supuesto de *mutuo oneroso* (con intereses). La entrega de *cosas fungibles* sin *obligación de guarda* constituyen típicamente un *mutuo*, dado que en este caso el *mutuario* está autorizado al *consumo* de la cosa. En el *mutuo* no es *relevante* el hecho de que la entrega de la cosa (que habrá de ser restituida) se haga o no por un precio, puesto que nuestra ley admite que éste pueda ser gratuito u oneroso (art. 2243 Cód. Civ.). Pero para otros contratos la presencia o ausencia de esta característica, sí es definitoria.

Un tercer caso –CF . ~P . G– es un supuesto de *depósito regular* de dinero o cosas fungibles a título gratuito. Tampoco este caso constituye un contrato típico autónomo, y surge (al igual que el oneroso) de la combinación de lo dispuesto por los artículos 2188 inc. 2º y 2209 del Código Civil.

Un cuarto caso –~CF . P . G– es un *depósito regular oneroso*. Si bien la definición de este contrato en el Código Civil (art. 2182) establece la gratuidad, el artículo 573 del Código de Comercio admite el pacto de un precio que llama comisión.

Un quinto caso –CF . ~P . ~G– supone un *mutuo gratuito* (sin intereses), posibilidad contemplada expresamente por el artículo 2243 del Código Civil.

Un sexto caso –~CF . ~P . G– coincide con la definición de *depósito regular gratuito* de los artículos 2182 y 2188 del Código Civil.

La combinación de propiedades ~CF . P . ~G dan lugar a un séptimo caso que no corresponde a un contrato típico de nuestra legislación, puesto que tanto la propiedad de ser *cosa*

⁸⁷⁷ Ello forma los siguientes casos:

1º CF . P . G
2º CF . P . ~G

3º CF . ~P . G
4º ~CF . P . G

5º CF . ~P . ~G
6º ~CF . ~P . G

7º ~CF . P . ~G
8º ~CF . ~P . ~G

no fungible como la *no obligación de guarda* (o sea la autorización para usar de la cosa) que definirían en principio un *comodato*, no alcanzan para caracterizarlo, puesto que es requisito esencial para su existencia la gratuidad (art. 2255 Cód. Civ.). Sería por tanto una especie de *préstamo de uso oneroso* no regulado expresamente. El ámbito práctico de este contrato está cubierto por el de *locación de cosas*, aunque pertenece al grupo de los contratos *consensuales*.

Un octavo caso —CF.~P.~G— corresponde exactamente a la definición de comodato del artículo 2255 del Código Civil.

b) *Otras obligaciones financieras generadas por contratos reales*

Las variaciones de los contratos reales (según el esquema clásico de los romanos), a los fines de generar obligaciones financieras —en la mayor parte de los casos con el propósito de eludir la prohibición de los intereses en el préstamo de dinero— generaron “nuevas” figuras contractuales.

Así vimos el surgimiento del *préstamo a la gruesa* (§ 33), la *promesa de préstamo o apertura de crédito* (§ 34) y el *mutuo instrumentado mediante documentos* (§ 35). También se vio que el *depósito irregular* (§ 54) resulta una derivación del *mutuo*.

Desde el punto de vista sistemático, la variación del mutuo ordinario en *préstamo a la gruesa* consistió en la elaboración de una distinción: que el préstamo se otorgara sobre una cosa sometida al riesgo marítimo, de modo tal que si la cosa llegaba a buen puerto el que había recibido el dinero en préstamo debía restituir el préstamo y en caso contrario se veía liberado de ello. La razón de la distinción radicaba en que en este caso el interés no se debía como *causa* del mutuo (lo cual estaba prohibido por las leyes civiles y canónicas), sino por una *causa* distinta, como era el *riesgo* a que estaba sometido el acreedor (ver nota 557). En otras palabras, la distinción en cuestión suponía establecer que *debía* ser relevante la *propiedad* de que el préstamo se otorgara sobre una cosa sometida al riesgo marítimo a los fines de su tratamiento normativo, por cuanto la solución correspondiente a este caso *debía* ser la permisión del interés en dicho préstamo, y en los casos de préstamos en los que estuviera ausente dicha propiedad, *debía* prohibirse el interés.⁸⁷⁸ La cuestión valorativa sobre la conveniencia de que los préstamos en los que estuviera presente esta propiedad (la relativa al riesgo marítimo) tuvieran o no un tratamiento normativo diferenciado, acarrea algunas complicaciones sistemáticas.⁸⁷⁹ Si por el

⁸⁷⁸ Sobre el concepto de propiedades *relevantes* e *irrelevantes*, la tesis y la hipótesis de la relevancia y la distinción entre los conceptos de lagunas normativas y axiológicas, ver Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 152 a 161.

⁸⁷⁹ En efecto, el supuesto de considerar relevante desde el punto de vista valorativo, a la distinción en cuestión, supone dos alternativas. La primera y la más plausible, es tomar a los contratos de mutuo o préstamo como un nuevo *universo de discurso* dentro del cual la división se

contrario, nos situamos en la hipótesis en que el *riesgo marítimo* no es una circunstancia que justifique un tratamiento normativo diferenciado para el *mutuo*, porque se acepta universalmente que en cualquier caso es legítimo pactar intereses en este contrato, toda la complejidad sistemática que crea esta propiedad resulta totalmente innecesaria.

En la *promesa de mutuo o apertura de crédito* la variación, desde el punto de vista del sistema de definiciones, consistió en transformar a este contrato de *real* en *consensual*.⁸⁸⁰ De acuerdo con la definición que vimos (§ 34), se puede considerar que en el fondo, este contrato encierra un intercambio de un *derecho* (el derecho del beneficiario de la *apertura de crédito* a exigir la entrega del *mutuo* o la forma de crédito acordada, también llamado *disponibilidad*) por un precio (la comisión a la que tiene derecho el banquero por el mantenimiento de la *disponibilidad*). Y esta estructura no es distinta que la que corresponde a la *compraventa*, puesto que la *cosa* objeto de la transferencia de propiedad, se acepta que sea un *derecho* (§ 47). En este caso, el contenido del *derecho* que adquiere el titular de la *disponibilidad* es el de obtener un *mutuo* (o alguna otra forma de crédito, como una fianza, etc.): si dicha obligación se cumple, la

formaría por la presencia o la ausencia de la *propiedad* de que el préstamo en cuestión estuviera o no sometido al *riesgo marítimo*. En este nuevo *universo de discurso*, el *universo de propiedades* forma solamente dos *casos*: los mutuos o préstamos corrientes y el *préstamo a la gruesa*.

La otra posibilidad, que se desarrolla al solo efecto de ilustrar sobre su falta de plausibilidad, es considerar que la nueva *propiedad* se suma al *universo de propiedades* del *universo de discurso* de los contratos *reales*, lo que genera un *universo de casos* (el conjunto de todos los casos resultantes de un *universo de propiedades*) de un nivel de mayor amplitud. Si la cantidad de *casos* definidos por las *propiedades* es el resultado de la fórmula 2^n donde n es igual al número de *propiedades*, y para un universo de casos resultante de 3 propiedades –como en el caso de los contratos *reales*– se obtenían 8 casos, para un universo de casos de 4 propiedades se obtienen 16 casos. Muchas veces la ampliación del número de propiedades daría lugar a la formación de demasiados casos “vacíos”.

En el supuesto de un universo de 4 propiedades, estas serían: *cosa fungible* (CF) y su ausencia *cosa no fungible* (~P); entrega por un *precio* (~P) o su ausencia, a *título gratuito* (~P); entrega con obligación de *guarda* (G) o su ausencia entrega en interés del que recibe –ya sea con autorización de consumo o uso– (~G); y por último entrega de cosa sometida al *riesgo marítimo* (RG) o su ausencia cuando no lo sea (~RG). Pero habremos de ver que la mayor parte de los nuevos 8 casos obtenidos, la combinación de *propiedades* definitorias no corresponden a la definición de ningún contrato conocido o útil:

1° CF . P . G . RG	5° ~CF . P . G . RG	9° ~CF . P . G . ~RG	13° CF . ~P . ~G . ~RG
2° CF . P . G . ~RG	6° ~CF . ~P . G . RG	10° ~CF . P . ~G . RG	14° ~CF . P . ~G . ~RG
3° CF . P . ~G . RG	7° CF . ~P . ~G . RG	11° CF . ~P . G . ~RG	15° ~CF . ~P . G . ~RG
4° CF . ~P . G . RG	8° CF . P . ~G . ~RG	12° ~CF . ~P . ~G . RG	16° ~CF . ~P . ~G . ~RG

Como se ve, los casos 1°) y 2°) corresponden a lo que se definió como un depósito regular de dinero (o cosas consumibles), oneroso, con más la característica –totalmente *irrelevante* para este contrato (habida cuenta de que esta *propiedad* no determina la conveniencia de atribuir al caso resultante de ella un tratamiento normativo diferente)– de tratarse de cosas sometidas o no al riesgo marítimo. El 3°) caso corresponde a un mutuo oneroso sometido al riesgo marítimo, o sea precisamente lo que se denominaba *préstamo a la gruesa*, en el cual (según la *hipótesis de relevancia* que estamos considerando) la onerosidad (cobro de intereses) precisamente está permitida; el caso complementario del anterior respecto de la *propiedad* en cuestión (RG) –o sea el 8°)– da lugar a un mutuo oneroso en el que no existe cosa sometida al *riesgo marítimo*, y que según la *hipótesis de relevancia* que estamos considerando, debería estar prohibido, por lo cual este supuesto sería contradictorio. El 4°) y el 11°) son supuestos de un depósito regular de dinero (o cosas consumibles), gratuito, con el agregado *irrelevante* de la presencia o la ausencia del *riesgo marítimo*. El 5°) y 9°) casos son depósitos regulares onerosos (válidos como depósito comercial), con el agregado de que se trata de cosa sometida o no (respectivamente) al *riesgo marítimo* y que –como se ve– resulta *irrelevante* en ambos casos para este tipo de contrato. El 6°) y el 15°) casos corresponden a un depósito regular gratuito, con el agregado igualmente *irrelevante* de la presencia o la ausencia del *riesgo marítimo*. Las propiedades de los casos 7°) y 13°) definen a sendos mutuos gratuitos, con la diferencia de que en el caso 7°) se agrega la condición del *riesgo marítimo* y en el 13°) está ausente: puesto que la distinción correspondiente a esta propiedad se había introducido para justificar el cobro de intereses, es innecesaria en ambos casos. La combinación de propiedades que da lugar a los casos 10°) y 14°), como se vio antes con los contratos *reales*, no corresponde a un contrato típico de nuestra legislación, puesto que sería una especie de *préstamo de uso oneroso* no regulado expresamente, con el agregado igualmente *irrelevante*, en ambos casos, de la presencia o la ausencia del *riesgo marítimo*. Los casos 12°) y 16°) corresponden a la definición de comodato, con más el agregado de la presencia o la ausencia del *riesgo marítimo*, que en este caso resultan también *irrelevantes*.

En conclusión, en este esquema, para justificar la distinción de un caso en el que sí es adecuado permitir la percepción de intereses en el mutuo (el *préstamo a la gruesa*), se agregan siete casos más en los que la nueva propiedad agregada resulta innecesaria.

⁸⁸⁰ Como vimos, este contrato no da derecho a exigir la entrega de la cosa prometida, sino a reclamar, en caso de incumplimiento, los daños y perjuicios (art. 2244 del Código Civil).

apertura de crédito se extinguirá y habrá nacido en cambio un *mutuo*; en caso contrario, dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios. Como se ve, esta estructura puede ser igualmente descripta como *promesa de mutuo* (art. 2244 del Código Civil), salvo que se le ha dado un nombre distinto.

En cuanto al *mutuo instrumentado mediante documentos*, puesto que esta característica no pretende introducir un diferente tratamiento normativo al contrato de *mutuo* en sí mismo, sino que se refiere a la forma de circulación de los derechos emergentes del mismo, no parece necesario –a los fines de no complicar excesivamente el análisis de la cuestión– considerar a esta alternativa como una *propiedad* que genere nuevos *casos*.

En la evolución del *mutuo al depósito irregular*, se han visto las dificultades existentes para encontrar un criterio que justifique la diferenciación entre ambas figuras.⁸⁸¹

§ 61. Los contratos parciarios (sociedad) y su sistematicidad

a) Orígenes de la sociedad

El contrato de *sociedad* en el sistema romano, formó parte de la clase de los contratos consensuales (§ 36). Con relación a dicho esquema (el *universo de discurso* de los contratos que se perfeccionan por el solo consentimiento) pudo haberse construido el universo de *propiedades* o *características definitorias* del mencionado universo de discurso, incluyendo las propiedades necesarias para la definición del mismo en ese marco.

Sin embargo, la evolución posterior del mismo, que habremos de ver a continuación, hace innecesaria dicha tarea.

b) Evolución de los contratos parciarios

Tal evolución de los aspectos sistemáticos del contrato de *sociedad*, habremos de seguirla según sucedió en el sistema de derecho continental–europeo, habida cuenta de que en el derecho anglosajón –como ya se ha dicho y es sabido– este aspecto tuvo una evolución diferente.

Las reglas sobre los negocios asociativos cambiaron en Europa respecto de las que rigieron bajo el derecho romano, según vimos, en ese período oscuro de su historia que medió

⁸⁸¹ Recuérdese la opinión de Schulz § 54 y nota 834) acerca de la falta de diferenciación de estas figuras, originada en el derecho bizantino, de donde pasó al europeo. La única justificación de la subsistencia de un contrato distinto del *mutuo*, con idéntica estructura obligacional, pareciera haber sido la de permitir la existencia de un contrato generador de intereses, en épocas de vigencia de la prohibición de la usura (ver § cit., nota 842). En la doctrina francesa (ver § cit., notas 843) se intentó buscar una diferenciación fundada en el interés de quién se constituía el contrato (si el interés era de quien entregaba los fondos, sería un depósito y si era del tomador se denominaría *mutuo*), pero esta distinción quedaba de lado si existía un plazo para la restitución, en cuyo caso la distinción no era posible (ver nota 844). En ordenamientos más modernos, el régimen legal aplicable al depósito irregular es directamente el del *mutuo* (ver § cit. y nota 845).

entre la caída del Imperio Romano y el renacimiento de la vida urbana, a partir aproximadamente del siglo X (§ 37). Simultáneamente, durante ese mismo período se produjo también un importante cambio respecto de la concepción que los europeos tuvieron sobre el derecho: se suponía que éste era algo que pertenecía al pueblo, que era conocido por todos, y que sólo cuando había dudas sobre su contenido requería una formulación explícita.⁸⁸² En este marco de situación, habida cuenta de dicha concepción así como de los drásticos cambios en la economía y la sociedad producidos en este período, la cuestión de las reglas sobre las sociedades quedó relegada y hubo de pasar mucho tiempo antes de que fueran objeto de nueva formulación.⁸⁸³ Ello recién se produjo con el desarrollo del derecho comercial en las comunas italianas a partir del siglo XII (nota 255), conocido también como período estatutario. Uno de los aspectos más característicos de este período fue que la producción normativa comenzó solamente con la creación –por parte de los mencionados estatutos comunales– de un fuero especial para los comerciantes.⁸⁸⁴ Recién en un proceso posterior tales pautas de comportamiento resultaron

⁸⁸² Los pueblos “bárbaros”, invasores del Imperio Romano, llevaron consigo su derecho, el cual consideraban atributo personal de cada uno de sus miembros. A la población residente en los territorios ocupados consideraban aplicables las costumbres, hábitos y leyes que habían tenido hasta entonces (el derecho romano). Entre los siglos VI y VIII los ostrogodos, lombardos, borgoñones, visigodos y las diversas ramas de francos fueron poniendo por escrito –en latín– sus antiguas costumbres germánicas (el primer ejemplo de ello fue el *Código de Eurico* para los visigodos), a la vez que intentaban con frecuencia formular, para los habitantes romanos, recopilaciones de este derecho (tal el caso del llamado *Breviario de Alarico* o de *Aniano*). De esta forma se aplicaban distintas reglas a los habitantes de uno y otro origen: el derecho germánico de carácter personal, y el romano de carácter territorial.

No obstante, con el tiempo se fue produciendo una amalgama de los pueblos romanos y germánicos y la concepción germánica del derecho como atributo personal fue cediendo terreno al principio territorial. Así en el siglo VII, en el reino visigodo de España se produjo el primer código de derecho común para godos y romanos (conocido como *Codex wisigothorum*).

Así es como el derecho evolucionó de práctica tribal a atributo personal, y luego a costumbre local (puesto que siguieron existiendo diversidades territoriales, aún dentro de un mismo reino. Aunque los procesos mediante los que se produjo este cambio son imposibles de reconstruir.

Pero la concepción subyacente a todos estos cambios era que el derecho no consistía en algo que fuera realizado o elaborado por una voluntad concreta, sino que “era más bien una atmósfera circundante que se extendía del cielo a la tierra y penetraba en todos los rincones y fisuras de las relaciones humanas” (Sabine, George, *A History of Political Theory*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1937 –tr. castellana de Vicente Herrero, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, 2ª edición 1963, 6ª reimpression 1979-, p. 157). Era una concepción generalizada la creencia en el *derecho natural* como algo real, y eternamente válido. Por lo tanto el derecho no era objeto de “promulgación” en el sentido moderno de la expresión, sino que la cuestión era –cuando los lentos cambios sociales producían ajustes en las costumbres inmemoriales– no hacer un nuevo derecho, sino “descubrir lo que significa en realidad el antiguo” (Sabine, ob. cit., lug. cit.). En este marco, no resultaba propio decir que el derecho fuera objeto de formulación por parte de alguna autoridad, sino que este era “descubierto” (mediante mecanismos de encuesta o consulta a las personas entendidas) y que luego esa autoridad lo exponía al pueblo para su conocimiento y cumplimiento. Ello sin embargo, no implicaba ningún mecanismo definido de *representación* en el sentido moderno: “no había, ni hay en realidad, nada esencialmente incongruente en la idea de que una localidad, un burgo o aun todo un pueblo, pudiera tomar decisiones...” (Sabine, ob. cit., p. 159).

Ver sobre el particular: de la Cámara Alubilla, Marcelo M., “Fuero Juzgo o Libro de los Jueces (Codex wisigothorum: liber iudicum)” en *Códigos antiguos de España*, ed. cit. vol. I, p. 5; Ortolan, M., *Explicación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano (Precedida de la historia de la legislación romana y de una Generalización del derecho romano)*, 9ª edición traducida al castellano por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Madrid, Librería de D. Leocadio López Editor, 1887, ps. 478 a 491; Brunner, Heinrich, *Historia del derecho germánico* (según la 8ª edición alemana de Claudius von Schwerin, tr. castellana de José Luis Álvarez López), Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1936, ps. 39 a 56; Sabine, ob. cit. ps. 155/6.

⁸⁸³ Al respecto dice Brunner en *Historia del derecho germánico*, ed. cit.: “El contenido de las *Leges* es en gran parte de naturaleza jurídico-penal y procesal; constituyen un núcleo importante las determinaciones de las penas pecuniarias. Por lo demás, los Derechos populares no aspiran a ofrecer el estado del Derecho de un modo exhaustivo, dan por conocido no poco del Derecho vigente y se limitan a aquellas normas jurídicas cuya fijación ofrecía un interés especial.” (§ 13, p. 39) “En comparación con la madurez del desarrollo del Derecho de cosas, el Derecho de las relaciones de obligación aparece algo postergado hasta el desenvolvimiento del Derecho comercial entre las ciudades. Situación que se explica por el predominio que en la vida económica tuvo la posesión inmobiliaria. En la baja Edad Media, mucho antes de la recepción de los Derechos extranjeros, se advierte la influencia de los principios del Derecho comercial italiano en el círculo de la regulación jurídica de las sociedades y de las obligaciones mercantiles.” (§ 49, p. 208).

⁸⁸⁴ Esta jurisdicción concedida a los burgos y a las corporaciones, por los señores feudales, los monarcas o el emperador, según el caso, era ejercida según la prudencia del funcionario encargado, sin sujeción a ninguna regulación. Fremery, ob. cit., p. 13; Sclopis, Frédéric, *Histoire de la*

“objetivadas en usos y costumbres, luego recopiladas y ordenadas, y finalmente asumidas y promulgadas por el poder central”.⁸⁸⁵

En estas circunstancias, sin una objetivación de la costumbre en textos escritos de algún modo (directamente o por su recepción indirecta en otras fuentes), no es posible hablar de sistematizar reglas, ni hablar de “sistemas normativos”.⁸⁸⁶ Por lo tanto durante este período de formación de los “tipos especiales” de sociedades, habida cuenta de la dificultad de su reconstrucción, apenas podemos señalar con relativa seguridad ciertas circunstancias en torno de las cuales luego se regularon expresamente los citados “tipos” (§ 36 a § 46). En consecuencia, habremos de considerar la situación de tales contratos, tal como se encuentran hoy legislados en nuestro país, sin detenernos en las numerosas vicisitudes históricas previas.

c) *La regulación actual de las sociedades en nuestro país*

Podríamos considerar como *propiedad definitoria* del *universo de discurso* de esta clase de contratos, la característica de que en ellos la entrega de ciertos bienes (cosas, derechos, u obligaciones de hacer), se efectúa con el objeto de participar entre los aportantes del resultado o provecho obtenido de tales bienes (§ 36). En virtud de ello denominaremos a este grupo como *contratos parciarios*.

Las *propiedades* que sirvieron para definir a los contratos *consensuales* y *reales* tampoco sirven para la formación de los *casos* dentro de este grupo. Ni siquiera comparten todos ellos entre sí propiedades comunes (ver nota 870). Por lo tanto resultará conveniente agruparlos dentro de distintos subgrupos o *universos de discurso*.⁸⁸⁷

Los contratos parciarios en el derecho argentino, obviamente, son susceptibles de distintas clasificaciones. Comencemos con una que considere la propiedad de producir, como resultado de tal contrato, un “ente” titular de los bienes que se aportan (ET) a los fines de la actividad generadora de las utilidades a repartir, o no (~ET): dentro del primer grupo quedarían comprendidas las *sociedades*. Dentro del segundo grupo cabe establecer una distinción basada en la circunstancia de poseer o no los requisitos establecidos por el artículo 367 de la ley de sociedades comerciales para considerar a un determinado contrato como *unión transitoria de*

legislation italienne, (tr. francesa de Charles Sclopis, Paris, Didier et Cie. Libraires-Éditeurs, 1861), Tº I, ps. 130 a 133 y 185; Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, ed. cit., p. 27.

⁸⁸⁵ Le Pera, ob. cit., lug. cit.

⁸⁸⁶ Martino, Antonio, artículo citado en ob. cit., III, p. 168.

⁸⁸⁷ El intento de establecer relaciones entre conceptos que poseen distintas propiedades entre ellos, de modo tal que se pueda llegar a la propiedad común, generalmente eleva exageradamente el número de casos, dando lugar a la formación de casos “vacíos” que carecen de interés (ver nota 879).

empresas (RU), o no poseerlo (~RU), en cuyo caso dicho contrato sería una *sociedad accidental* o *en participación*.⁸⁸⁸

Considerando ahora a las *sociedades*, es posible subdividir las según la presencia o la ausencia de la *propiedad* consistente en que la sociedad esté o no constituida de acuerdo con uno de los *tipos especiales* (TE). El caso en que esta *propiedad* esté ausente (~TE) será una *sociedad general*. Estas a su vez cabe que sean subdivididas según el objeto de su actividad: si éste es la realización de actos civiles (OC) se denominará *sociedad civil*; si dicha propiedad está ausente (~OC) se considerará una *sociedad comercial de hecho*.

La presencia de la propiedad consistente en que la sociedad esté inscrita en el Registro Público de Comercio (IR) o de la ausencia de la misma (~IR), da lugar a subdividir a las sociedades constituidas como *tipos especiales*, en sociedades *regulares* o *irregulares*.

El subgrupo de las sociedades *regulares*, es susceptible de ser subdividido nuevamente a su vez en dos nuevos subgrupos, según que posean o no la propiedad de que las participaciones en el capital sean divisibles en partes alícuotas (PA) o no (~PA).⁸⁸⁹ Dicha subdivisión quizás podría coincidir con la conocida clasificación de sociedades de *capitales* para el primero subgrupo, y de *personas* para el segundo.

En este punto habrá que considerar diferentes y sucesivas subdivisiones para ambos subgrupos. Comenzando por el subgrupo de las *sociedades* constituidas según *tipos especiales*, *regulares*, cuyo capital es *divisible en partes alícuotas* (las llamadas sociedades “de capital”), podemos a su vez establecer una nueva subdivisión según que posean la propiedad (FC) de estar constituidas según la *forma corporativa* (§ 44) o no (~FC): dentro de este subgrupo (las sociedades que carecen de forma corporativa) quedan comprendidas las *sociedades en comandita por acciones*. El subgrupo de las sociedades que constituidas según la forma corporativa puede ser subdividido, desde el punto de vista jurídico-formal, por la circunstancia que posean la

⁸⁸⁸ En realidad, nuestro régimen legal exige, además de la propiedad común a todos los contratos *parciarios* (de la participación de las utilidades de un negocio), y el específico de no dar lugar a la formación de un sujeto de derecho (~ET) por realizarse los aportes a nombre personal de un socio *gestor*, nuestro régimen legal exige otro requisito que es el que la sociedad tenga por objeto la realización de “una o más operaciones determinadas y transitorias” (art. 361 ley 19550).

⁸⁸⁹ La propiedad de la no divisibilidad de las participaciones sociales (~PA) está asociada en nuestro régimen legal a la propiedad de que todos los socios, o al menos una categoría de ellos, respondan solidariamente por las obligaciones sociales. No puede ser considerada una *propiedad* distinta de la “no divisibilidad de las participaciones” en virtud de que no se cumpliría en el caso con el requisito de la *independencia lógica*, esto es que “la presencia de una *característica o propiedad* en un objeto ha de ser compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo objeto” (ver nota 857). Por lo tanto, habrá de considerarse que dentro de las consecuencias normativas asociadas por nuestro régimen legal a la *propiedad* en cuestión (~PA), habrá de estar la señalada de la responsabilidad solidaria de todos los socios o alguna clase de ellos.

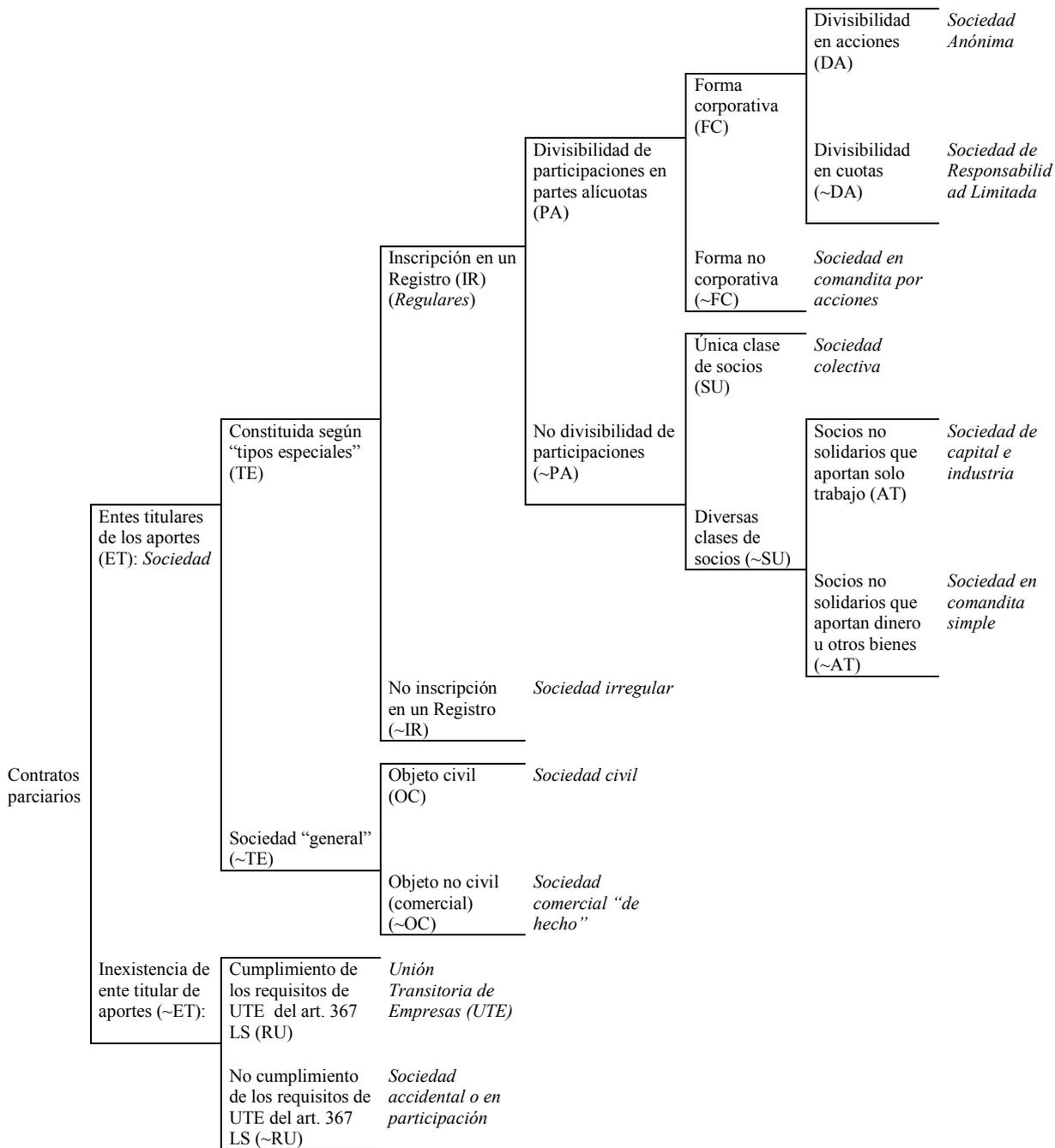
propiedad de que las participaciones sociales sean divisibles en *acciones* (DA), o por la ausencia de tal propiedad (\sim DA), o sea que las participaciones sean divisibles en *cuotas*.⁸⁹⁰

Por su parte, el subgrupo de las *sociedades*, constituidas según *tipos especiales, regulares*, cuyo capital *no es divisible en partes alicuotas* (las llamadas sociedades “de personas”), podrían ser subdivididas a su vez entre aquellas que tienen la propiedad de poseer socios de una sola clase (SU), y las que carecen de tal propiedad (\sim SU) por poseer diversas clases de socios. En el primer subgrupo se encuentra la *sociedad colectiva* y el segundo subgrupo es susceptible de ser subdividido a su vez en dos, según que posea la propiedad de que la clase de socios no solidarios realice aportes sólo de trabajo (AT) o carezca de ella (\sim AT) por aceptar aportes dinerarios o de otro tipo: el primer caso comprende a la *sociedad de capital en industria* y el segundo a la *sociedad en comandita simple*.

La situación de los contratos *parciarios* que acaba de ser descripta se resume en un cuadro como el que sigue.⁸⁹¹

⁸⁹⁰ Más allá de la obvia diferencia de nombre entre las *acciones* y las *cuotas*, podrían señalarse diversas distinciones entre dichos conceptos, que el tiempo ha ido en general borrando. En un primer momento las *acciones* siempre se instrumentaban en *documentos* y las *cuotas* no, aunque hoy no es una característica esencial de las acciones la instrumentabilidad. Podría decirse por otro lado que las primeras tienen un régimen jurídico tal en el que la regla es la libre transferibilidad (sujeta a restricciones estatutarias) y las segundas están sometidas a un régimen de transferibilidad restringida (arts. 91 y 152 ley 19550). Sobre la tenue línea divisoria entre *acciones* y *cuotas*, ver Le Pera, Sergio, “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”, en *La Ley* 1980-A-745, cap. V; dicho trabajo ha sido publicado como apéndice a *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p. 253 y siguientes.

⁸⁹¹ En virtud de lo expuesto, cada categoría jurídica puede ser definida agregando a las *propiedades* que definen a los contratos *parciarios*, las distintas propias de cada una de ellas. Así una *sociedad anónima* es un contrato *parciario* que da lugar a un *ente titular de los aportes* (ET), constituido según un *tipo especial* (TE), que fue inscripto en un registro (IR), cuyas participaciones sociales son divisibles en *partes alicuotas* (PA), que posee una *forma corporativa* (FC) y que su capital se divide en *acciones* (DA). Así sucesivamente podemos enumerar las propiedades de las demás categorías analizadas, que se agregan a las comunes de los contratos *parciarios*. *Sociedad de responsabilidad limitada*: ET, TE, IR, PA, FC, \sim DA. *Sociedad en comandita por acciones*: ET, TE, IR, PA, \sim FC. *Sociedad colectiva*: ET, TE, IR, \sim PA, SU. *Sociedad de capital en industria*: ET, TE, IR, \sim PA, \sim SU, AT. *Sociedad en comandita simple*: ET, TE, IR, \sim PA, \sim SU, \sim AT. La *sociedad irregular*: ET, TE, \sim IR. La *sociedad civil*: ET, \sim TE, OC. La *sociedad comercial de hecho*: ET, \sim TE, \sim OC. La *sociedad accidental* o *en participación*: \sim ET, \sim RU. La *unión transitoria de empresas*, \sim ET, RU.



Cuadro 1 – Los contratos parciarios

La relevancia de la compleja trama de características definitorias que da lugar a la formación de los citados casos, puede motivar reflexiones respecto de muchas de ellas: a veces la diferenciación de las mismas resulta dudosa (tal el caso de las *acciones* y las *cuotas*), a veces vaga (como puede ser la definición de *forma corporativa*), en otros casos puede dudarse de la conveniencia de mantener un régimen de consecuencias normativas diferente (como el caso de

las *sociedad civil, sociedades accidentales y uniones transitorias de empresas*) para casos que podrían englobarse en un régimen de una sociedad general o simple⁸⁹².

Desde otro punto de vista se advierte que tales figuras combinan por un lado ideas tales como la de *participación* en un negocio o actividad (tal el contenido original de *sociedad*: § 36), la de detentar o aportar bienes o trabajo para obtener un provecho o utilidad (caso del concepto de *comunidad*: § 38), y la de cierta forma particular de organización para la realización de negocios –tanto apta para la agrupación de capitales o esfuerzos como para la explotación de un empresario individual– (como sucede con el concepto de *corporación* o de *sociedad por acciones*: § 44).

La doctrina en general ha tratado de poner un orden dentro de tal conjunto de situaciones, y se dio en distinguir entre “sociedades de personas” y “de capitales”; pero también se ha señalado que cuando dos personas se asocian hoy día, generalmente lo hacen bajo la forma *corporativa (sociedad anónima)* y cuando lo hacen dos o más corporaciones (sociedades anónimas), lo hacen bajo reglas propias de las sociedades “de personas” (§ 46).⁸⁹³ Como se ha visto (§ 36 a § 46), los elementos que a través de la historia fueron delineando la noción de *sociedad* tampoco guardan estricta correlatividad con las actuales “figuras” que recepta nuestro derecho positivo.

La explicación más plausible a la pregunta del por qué de esta estructura tan compleja, parece ser el siguiente: en esta materia nuestra tendencia legislativa ha sido la de sumar y yuxtaponer figuras que han ido apareciendo con el correr del tiempo. Probablemente la falta de comprensión histórica de ciertas reglas derivadas de los derechos “bárbaros” y la legislación antiusura,⁸⁹⁴ impidió advertir que muchos de los nuevos “tipos” nacían con el propósito de atender mejor problemas que antes ya tenían una cobertura legal, por lo que habría debido substituirse a las categorías anteriores.⁸⁹⁵ En todo este complejo panorama, no es de extrañar que la función crediticia (o sea de generar *obligaciones financieras*) de la *sociedad* y sus distintos “tipos” haya quedado sumamente desfigurada.

⁸⁹² Tal como el criterio sistemático que sigue el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión de Unificación de la Legislación Civil y Comercial (año 1987) en sus artículos 1652 y siguientes (Notas Explicativas, II, C, De los Contratos Asociativos).

⁸⁹³ Le Pera, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social” en *La Ley*, 1986–B, p.972, punto 1).

⁸⁹⁴ Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, § 41 y 43, ps. 109 y 112.

⁸⁹⁵ Le Pera, Sergio, “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”, en *La Ley*, 1980–A, p. 745 y sig., punto V.

§ 62. Problemas sistemáticos en la evolución de las figuras contractuales

Es conveniente en este punto resumir y agrupar los distintos recursos técnicos que han sido usados para, a partir de los contratos “clásicos”, generar las “nuevas” figuras contractuales analizadas.

a) Recursos técnicos

A lo largo de este capítulo hemos visto, en el caso de los contratos *consensuales*, la utilización de la *compraventa* como estructura jurídica para la generación de nuevas *obligaciones financieras*, y en este caso los recursos técnicos consistieron: por un lado en la extensión del significado de una de las *propiedades* o *características definitorias* de dicho concepto (al comprender dentro del significado de *cosa* u *objeto comerciable* a ser vendida, los derechos, que pueden tener como contenido la obligación de pagar sumas de dinero); y por otro la utilización de pactos accesorios: plazo para el pago del precio, la cláusula de *recompra* o *reventa*, el pacto *reipersecutorio*, ciertos mecanismos de *ingeniería financiera*.

En cuanto a los contratos *reales*, vimos la proposición de nuevas *hipótesis de relevancia* (o sea la determinación de circunstancias que *deberían* ser relevantes desde el punto de vista de merecer un distinto tratamiento normativo, tal como el riesgo marítimo para justificar el cobro de intereses en el *préstamo a la gruesa*). El cambio de la “familia” de los contratos *reales* a los *consensuales* (en la *apertura de crédito* o *promesa de mutuo*). El agregado de nuevas *propiedades* o características definitorias (como el criterio de en *interés* de quién se entregan las *cosas fungibles* o dinero, para distinguir el *depósito irregular* del *mutuo*).

El recurso técnico mediante el cual se fue generando la intrincada red de las distintas figuras o *tipos* del contrato de *sociedad* (los contratos *parciarios*), consistió en que debió abandonarse la posibilidad de que las mismas compartieran una única propiedad común (definitoria del *universo de discurso*).⁸⁹⁶ Aquí fue necesario considerar que a la propiedad común primera, se le agregaran sucesivas propiedades definitorias de distintos subgrupos, que constituían a su vez nuevos *universos de discurso* dentro de los cuales los tipos se definen por la pertenencia de *propiedades* propias de cada subgrupo. Por esta razón, el *universo de discurso* (propiedad común perteneciente a la totalidad del conjunto de los contratos *parciarios*), sus distintos subgrupos y las *propiedades* respectivas dentro de cada uno de ellos, adoptan –cuando

⁸⁹⁶ En el caso de los *contratos reales* la propiedad común es la obligación de restituir la cosa recibida, y en los *consensuales* la de perfeccionarse por el mero consentimiento.

se los representa gráficamente— la figura de un “tronco” que se bifurca en sucesivas “ramas” (Cuadro 1, pág. 260).

Veremos ahora las consecuencias sistemáticas de la utilización de dichos “recursos” técnicos.

b) Relevancia o irrelevancia de las propiedades

En cuanto a la utilización de nuevas *propiedades* para definir los contratos, vimos que tiene como consecuencia incrementar geométricamente el número de *casos* resultantes, puesto que éste se determina según la fórmula 2^n , donde n es igual al número de propiedades utilizadas.⁸⁹⁷ Si los *casos* generados por las nuevas *propiedades* no están correlacionados con soluciones normativas diferentes para cada uno de ellos, la consecuencia obvia es que tales nuevos casos estarán basados en distinciones superfluas.⁸⁹⁸ Tal el caso de lo analizado respecto de la figura del *préstamo a la gruesa*, a partir de la generalización de la licitud del interés en el préstamo de dinero (§ 60 ap. b)). Puede darse el caso que las nuevas *propiedades* sean *relevantes* (esto es que el sistema normativo correspondiente establezca consecuencias normativas diferenciadas) para alguno de los nuevos *casos* pero no para todos, como hemos visto que sucede en la definición de los contratos consensuales (§ 59) con la propiedad *comerciable* (y su complementaria: *no comerciable*), que o bien genera nuevas figuras que no corresponden a contratos utilizables en la práctica, o de lo contrario la definición de compraventa comprende situaciones indebidas, como las compraventas de cosas fuera del comercio.⁸⁹⁹

c) Falta de univocidad de los criterios de formación de las clases

Otro de los recursos analizados, con consecuencias sistemáticas complejas, es el que resulta de la utilización de *propiedades* definitorias de las categorías o clases (*casos*), que por diversas razones, no producen *divisiones* “unívocas” del universo en cuestión. Un ejemplo particular de este problema se presenta cuando la ambigüedad se produce por la utilización de *propiedades* pertenecientes a universos diferentes.

⁸⁹⁷ Ver nota 872. Un conjunto de dos *propiedades* definitorias (de *casos* o en nuestro análisis figuras contractuales), dan como resultado cuatro casos; tres propiedades originan ocho casos; cuatro propiedades dan lugar a dieciséis casos, y así sucesivamente.

⁸⁹⁸ Alchourrón y Bulygin expresan esta idea en un lenguaje técnico, en los siguientes términos: “...sabemos... que todo UC más fino [se refieren a universos de casos que contemplen un mayor número de propiedades] que UCR [se refieren al universo de casos relevantes] tiene, en relación a todo conjunto normativo α coherente, propiedades irrelevantes (es decir, distinciones superfluas, que no inciden en las soluciones de los casos)”; autores citados, ob. cit., p. 155 (las aclaraciones entre corchetes me pertenecen).

⁸⁹⁹ Alchourrón y Bulygin distinguen tres conceptos de *relevancia*: con relación a un caso, a un universo de casos y a un universo de acciones. Pero agregan que los tres conceptos están lógicamente relacionados entre sí. Consideran que si “una propiedad es relevante para un caso, será también relevante para el UC al cual pertenezca dicho caso...” (ob. cit. ps. 152 y 153). Nuestros autores no efectúan ninguna consideración sistemática de *universos de casos* como el que se comenta en el texto, en que la nueva *propiedad* es *relevante* para un caso (a los fines de definir el contrato de compraventa), pero no lo es para todos (ver los casos 5° y 7° que resultan de la división del modelo analizado en la nota 872. Asumen que estos casos, la *propiedad* en cuestión habrá de considerarse *relevante* para la totalidad del *universo de casos*.

Se puede apreciar este fenómeno con relación al concepto de *compraventa* – caracterizada como el intercambio de una *cosa* por un *precio*– a partir del momento en que a la *propiedad* “cosa” se le asigna como contenido –entre otros diversos– el de poder comprender también un *derecho* (el que puede consistir entre otras cosas –por qué no– en la obligación de un sujeto de pagar una suma de dinero dentro de un plazo). Llegados a este punto hay que admitir que este conjunto de prestaciones puede ser la resultante tanto de las características definitorias de una *compraventa* (objeto comerciable –OC–, transferencia en propiedad –TP– y precio –P–: § 59), como de un *mutuo* (cosa fungible –C–, precio –P– e inexistencia de obligación de guarda ~G: § 60). ¿Cómo se explica esta situación?

La búsqueda de una explicación lógica de esta aparente paradoja habremos de encontrarla recordando los conceptos sobre los sistemas normativos que hemos visto más arriba en este mismo capítulo (§ 57), así como la explicación relativa a que las definiciones de los contratos pueden ser entendidas como *casos* normativos *genéricos* (§ 58). Allí se dijo que las propiedades formales de los sistemas normativos, de no contradicción (que los *casos* no fueran imposibles) y de no tautología (o sea que los *casos* no estuvieran formados por circunstancias que se verifican siempre, o que no se verifican nunca), eran la resultante de que el conjunto de las *propiedades* (*universo de propiedades*) elegidas, que conformaban el *universo de casos* (el ámbito fáctico del problema) debían cumplir ciertos requisitos. Uno de dichos requisitos era el tales propiedades fueran *lógicamente independientes* (lo que significaba que la presencia de una *característica* o *propiedad* en un objeto había de ser compatible tanto con la presencia como con la ausencia de la otra en el mismo objeto). Se dijo allí que la *independencia lógica* de las *propiedades* ha sido llamada *hipótesis del atomismo lógico*, y que se la planteaba como un “modelo simplificado”, sin pretender que la realidad respondiera siempre a este modelo (Ver notas 857, 858 y 859).

En la comparación que estamos realizando entre los *casos* o “definiciones de contratos” de compraventa y mutuo, las propiedades que los definen (OC, TP y P en el primer caso y CF, P y ~G en el segundo) no conforman un mismo *universo de propiedades*, y por lo tanto tampoco un mismo *universo de casos*: ambas definiciones se refieren a dos ámbitos fácticos diferentes. Por lo tanto, no se pueden establecer propiedades formales (la pretensión de que tales *divisiones* no den lugar a contradicciones o tautologías) entre los *casos* resultantes de ambos *universos*. Mal podemos hablar de *independencia lógica* de propiedades, de que las mismas *dividan* el universo en cuestión sin posibilidad de ambigüedades, si no forman parte de un “universo” único. No podemos pretender efectuar consideraciones sobre las propiedades formales de los *casos* que

resultan de la separación mediante propiedades tales como “objeto comerciable” por un lado y al mismo tiempo “cosa fungible” por el otro. Al no poder dichas propiedades segmentar el universo de situaciones en clases separadas donde sea posible incluir los casos individuales, sin lugar a dudas, es que resulta que los casos individuales pueden ser incluidos tanto en alguna de las categorías de una “familia” (los contratos consensuales), como alguna otra de la otra “familia” (los contratos reales).

Este análisis probablemente ayude a entender por qué la polémica entre quienes aceptaban en el *censo* (compra de una *renta*: § 16 y nota 224) –a diferencia de lo que entendían respecto del mutuo– la legitimidad de los intereses (§ 51 y notas 807 y 808), quienes sostenían que debían prohibirse en ambos contratos (§ cit., notas 810 y 811) y los que entendían que debían permitirse en ambos (§ cit., nota 812), duró tanto tiempo y parecía no concluir. Igual situación se dio con el contrato de *descuento* (§ 19 y notas 278 y 279), entre quienes lo consideraban una clase de *compraventa* (§ cit., notas 813, 814, 817 y 818) y quienes no lo aceptaban (§ cit., notas 816 y 819), por entender que se trataba de un *mutuo* con el pacto accesorio de la entrega de un crédito contra un tercero en prenda. Así recientemente, para explicar esta situación se dijo que si bien la *forma jurídica* de estos dos contratos era diferente, sus *estructuras económicas* eran idénticas (§ cit., nota 820).

Otras polémicas de secular duración, que pareció que no tendrían fin, vimos que fueron las planteadas respecto de si tanto el llamado contrato *trino* (combinación de compraventa, sociedad y seguro: § 19 y nota 283, § 21 y nota 329, § 22 y notas 376, 377 y 389; APÉNDICE 7, APÉNDICE 8), como la *mohatra* (ver § 19 y nota 286) constituían formas jurídicas distintas del préstamo a interés. Acá también parece pertinente la explicación anterior acerca de la imposibilidad de que las características definitorias de estos contratos –por no pertenecer a un *universo de discurso* (conjunto de casos que compartan una propiedad) único– produzcan una *división* de dicho *universo* carente de ambigüedades.

Es importante distinguir esta anomalía, del problema señalado por Larenz (nota 50) respecto de la dificultad de incluir los casos concretos dentro de los *conceptos jurídicos*, en virtud de la cual sostenía que era más apropiado caracterizar a éstos como *tipos estructurales*. Aquí el problema no consiste en que para establecer la subsunción de un concepto a la clase superior, no se verifique que el concepto a clasificar no posea la totalidad de las características de la clase, sino solamente algunas, no obstante lo cual la adscripción sea pertinente. Es sabido que “cada teoría científica encuentra dificultad en colocar los objetos particulares del mundo real dentro de sus clasificaciones. Se trata del habitual problema de encasillar los objetos del mundo

en la grilla teórica de la ciencia...”⁹⁰⁰ El problema que aquí se señala es otro: se trata de que un mismo supuesto es susceptible de ser clasificado correctamente en más de una de las categorías de la “grilla”, con lo cual su naturaleza es totalmente distinta de la del anterior.⁹⁰¹

d) *Consecuencias relativas a los contratos parciarios*

Las consecuencias del proceso de formación de los contratos *parciarios* han sido, sin duda, resaltar exageradamente la importancia de las *formas jurídicas*, por sobre la función económica. Así ha sucedido, por ejemplo, que la suma de *propiedades* que caracterizan hoy a una *sociedad colectiva* (ver Cuadro 1 en pág. 260: aportes cuya titularidad pertenece a un *ente* –ET– constituida según “tipos especiales” –TE–, inscribible en un registro –IR–, con participaciones no divisibles en partes alícuotas –PA–, que poseen una única clase de socios –SU–) han permitido ocultar las razones históricas que dieran nacimiento a reglas que se apartan manifiestamente del derecho común y del buen sentido. Tal el caso de la relativa a que una persona que contrae obligaciones no puede comprometer a terceros si no cuenta con un poder de representación de éstos, puesto que en el caso señalado los terceros no cuentan con ninguna expectativa respecto de los patrimonios de los terceros.

e) *Consecuencias no sistemáticas*

Lo expuesto hasta aquí pone de manifiesto que, además de las implicaciones sistemáticas de las clasificaciones, éstas poseen un importante efecto persuasivo. Recuérdese que la demostración que la relación existente entre los conceptos *arrendamiento* y el *comodato* era la misma que la existente entre los de *mutuo gratuito* y el *oneroso*, llevó a admitir (asignar idéntico tratamiento normativo a situaciones de igual función económica) que lo que era lícito en un caso debía serlo en el otro (§ 21, y nota 318). De la misma manera, pero con propósito inverso de establecer un diferente tratamiento normativo a situaciones de idéntica función económica, se advierte hoy en la regulación del *leasing inmobiliario* (§ 50), el intento de dotar de un régimen jurídico distinto al pacto reipersecutorio sobre inmuebles, en garantía de relaciones creditorias, cuando se le adjudica dicha denominación, respecto del que se le asigna a dicho pacto cuando se lo denomina *hipoteca*.

⁹⁰⁰ Martino, “Sistemas expertos legales” en *Informática y Derecho*, cit. III, 2., p. 170; comp. con Alchourrón y Buligin, ob. cit., ps. 61 a 65 y 166 en cuanto a las *lagunas de reconocimiento*.

⁹⁰¹ Ver Alchourrón y Buligin, ob. cit. y lug. cit nota en 900, sobre la necesidad de diferenciar los problemas empíricos y semánticos, propios de la inclusión de casos individuales en normas generales, de los normativos, tal como el referido en el texto a la falta de sistematicidad de las categorías propiamente dichas.

f) *Conclusión*

En consecuencia, si las definiciones de los contratos siguen tomando en cuenta propiedades o características definitorias propias del *dominio* reducido o “familia” a la cual pertenecen según la tradición del derecho romano (*consensuales* o *reales*), o la compleja tradición que dio lugar a la formación de los distintos tipos societarios a partir de la edad media, en cuyo desarrollo no han estado presentes las consideraciones sistemáticas que se acaban de exponer, no deberíamos sorprendernos de llegar a un resultado en el que idénticas relaciones económicas puedan ser abarcadas por las definiciones de diferentes contratos.

Podría sostenerse que los *conceptos jurídicos* forman parte de la *teoría jurídica*. Que la teoría jurídica “recorta” arbitrariamente ciertos *dominios* (p. ej. los contratos *consensuales*, los *reales*, los *parciarios*, etc.) del total del área que pretende abarcar (p. ej. los contratos). Y que por todo ello los conceptos jurídicos no deberían necesariamente guardar sistematicidad en la totalidad de los *dominios* que abarquen, sino que bastaría que la misma se verificara dentro de cada uno de ellos.⁹⁰² Sin embargo, no debemos olvidarnos, que además de formar parte de la *teoría jurídica*, las características definitorias de los conceptos, cuando aquellos términos son utilizados por el legislador como *definiciones legislativas*, se comportan como las *propiedades* definitorias de los *casos genéricos* (§ 58), a los cuáles habrán de correlacionárseles conjuntos de *soluciones normativas*.

De ello se sigue que siempre que nos encontremos frente a diferentes situaciones que fueran merecedoras de igual tratamiento normativo, la sistematicidad ha de ser necesaria dentro de la totalidad de dicho *dominio*.⁹⁰³

No obstante lo expuesto, la modificación de hábitos tan arraigados en la forma de definir los contratos no habrá de ser fácil. Tampoco se puede asegurar que en el intento de utilizar un lenguaje más refinado no hayamos de caer en otras inconsistencias sistemáticas similares o en otras nuevas. Por el contrario, las objeciones consideradas en la nota 861 nos hablan más bien de la imposibilidad de conseguir dicho ideal.

La propuesta de considerar como categoría jurídica a las *obligaciones financieras*, no supone que la misma esté exenta de los problemas sistemáticos antes mencionados. Toma como

⁹⁰² Umberto Ecco, en *Kant e l'ornitorrinco*, (Milano, R. C. S. Libri S. p. A., 1997 -tr. castellana de Helena Lozano Miralles, Barcelona, Editorial Lumen, 1999- p. 291): ha dicho sobre el particular: “...el constituir un sistema de *taxa* se basa precisamente en la capacidad abstractiva de agrupar lo más posible según clasificaciones muy comprensivas... mientras que ninguna semántica estructural ha conseguido constituir nunca un sistema de oposiciones total, que dé razón de todo nuestro conocimiento y de todos los usos del lenguaje... Al contrario, nos hemos limitado siempre, a título de ejemplo, a campos muy restringidos, como, precisamente, los muebles para sentarse, o las relaciones de parentesco. Esto no excluye que un día se pueda construir (en teoría) el sistema global del contenido (o que éste no exista en la mente divina), pero nos dice sólo (precisamente porque, como decía Kant, los conceptos empíricos no pueden agotar jamás todas sus determinaciones) que nosotros no podemos sino proceder por ajustes provisionales y correcciones sucesivas.”

⁹⁰³ Martino, “Sistemas expertos legales” en *Informática y Derecho*, cit. III, 2., ps. 169/170.

punto de partida una categoría de contenido más general con el modesto objetivo de no considerar al nombre que se le pueda adjudicar a cada contrato como una situación autónoma que justifica un tratamiento normativo independiente. Por otro lado, se ha buscado definir reglas y principios de interpretación comunes a un conjunto de situaciones merecedoras de muchas soluciones también comunes, como es el caso de las obligaciones generadas por relaciones de *crédito*. Entendemos que ello se verifica en los casos en que existe intercambio de una prestación *presente* por una *futura*.

El próximo paso ha de ser analizar estas obligaciones y sus características.

CAPITULO 15: CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LAS OBLIGACIONES

§ 63. Criterios usuales jurídico-formales

Se ha hablado ya (§ 3) del rol de las clasificaciones en la ciencia jurídica. Debería estar clara entonces, la idea del papel meramente instrumental de las mismas: las clasificaciones, entonces, no son –como se dijo– ni verdaderas ni falsas. Si una clasificación determinada, no resulta efectiva en cuanto a su propósito, habrá que proponer nuevas clasificaciones.

Los criterios clasificatorios pueden ser múltiples. Sin embargo –al menos en materia de obligaciones– los más corrientes entre la doctrina, han sido aquellos que tienen en cuenta las que en el § 4 (ver nota 46) se han denominado “relaciones jerárquicas” entre los términos (la relación “es un”: ser miembro de una clase). Dichas relaciones son del tipo género–especie; y permiten agrupar los elementos comprendidos en una categoría en función de la posesión o no de algunas de las características definatorias del concepto. En ese sentido cabe denominar a éstos como criterios clasificatorios “formales”.

Para dar un ejemplo, tenemos que el derecho romano clásico no definió el término *obligatio*; sin perjuicio de lo cual, se ha inferido un concepto “clásico” de dicho término, a través del uso que del mismo hicieron los juristas de la época.⁹⁰⁴ Las *Institutas* de Justiniano, luego de definir la *obligatio* como “el vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar algo según del derecho de nuestra ciudad”,⁹⁰⁵ ofrecen una primera clasificación, en función de la “naturaleza del vínculo”, en civiles o pretorianas.⁹⁰⁶

A continuación las *Institutas* de Justiniano introducen una segunda clasificación según las fuentes de las obligaciones de Gayo: *ex contractu...*; *ex delicto...* y *ex variae causarum figurae*.⁹⁰⁷

⁹⁰⁴ Schultz, Fritz, *Classical roman law*, Clarendon Press, Oxford, 1951, (tr. castellana de José Santa Cruz Teigeiro, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960), N° 786, p. 435.

⁹⁰⁵ *Institutas*, III, 13. pr.

⁹⁰⁶ El texto dice así: “Todas las obligaciones se reducen a una división principal de dos clases, y son civiles o pretorianas. Civiles, las que han sido o establecidas por las leyes o reconocidas por el derecho civil. Pretorianas, las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdicción: estas últimas se llaman también honorarias” (*Institutas*, III, 13, 1).

⁹⁰⁷ La categoría “varios” (*variis causarum figurae*) es subdividida en dos clases más: “Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasi contrato, o de un delito o de un cuasi delito. Tratemos primero de las que nacen de un contrato, y que se subdividen en cuatro especies; en efecto se forman por la cosa, o por las palabras, o por escrito, o por el solo consentimiento” (*Institutas*, III, 13, 2).

Pothier las clasifica según, “el lazo que las une”, en civiles y naturales (según que tengan su origen en un “vinculum juris”, o que sólo obliguen en mérito a un “fondo de honor o de conciencia”).⁹⁰⁸ Un segundo criterio clasificatorio, toma en cuenta la diferente forma en que puedan ser contratadas: según estén afectadas por plazo o condición, o no lo estén, se llamarán puras y simples o condicionales.⁹⁰⁹ Según las diferentes cualidades de las cosas que constituyen el objeto de la obligación, surgen los criterios tercero, cuarto y quinto. Así distingue entre obligaciones de dar y obligaciones de hacer (que podrán ser de hacer propiamente dichas, o de no hacer).⁹¹⁰ Luego divide entre obligaciones o deudas líquidas y no líquidas, según que la cosa debida sea cierta o que dicha cosa o suma debida no se haya justificado.⁹¹¹ Y por último en cuanto a este grupo, separa entre obligaciones individuales, según que la cosa debida sea susceptible de ser dividida en partes intelectuales o no, o que no lo sean.⁹¹² El sexto criterio lo dedica a la división entre obligaciones principales y accesorias, según el orden que tienen entre sí las cosas que constituyen su objeto.⁹¹³ La séptima división es entre las primitivas o principales y secundarias (aquellas que han sido contratadas en caso de inejecución de una primera obligación), lo que se deduce del orden en que fueron contratadas las obligaciones.⁹¹⁴ La octava clasificación toma en cuenta a las personas que las contratan, de lo cual surge una división entre obligaciones del comprometido en primer término, y las de la persona que se obliga por otra.⁹¹⁵ Con relación a las seguridades y a los medios de los que dispone el acreedor para asegurarse su pago, distingue a las obligaciones en privilegiadas y no privilegiadas (noveno criterio), hipotecarias y quirografarias (décimo criterio), ejecutorias y no ejecutorias –según que se disponga o no de un título ejecutorio– (undécimo criterio).⁹¹⁶ Por último –duodécimo criterio– diferencia a las obligaciones en corporales –según que el deudor pueda ser obligado al encarcelamiento de su persona– o no, en el caso contrario.⁹¹⁷

⁹⁰⁸ Pothier, *Traité d'obligations*, (tr. castellana de S. M. S., *Tratado de las obligaciones*, 3ª edición, Barcelona, Biblioteca científica y literaria, s. f.), vol. 1, N° 173, p. 152.

⁹⁰⁹ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 176, p. 155.

⁹¹⁰ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 178, p. 156.

⁹¹¹ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 179, p. 156.

⁹¹² Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 181, p. 158.

⁹¹³ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 182, p. 158.

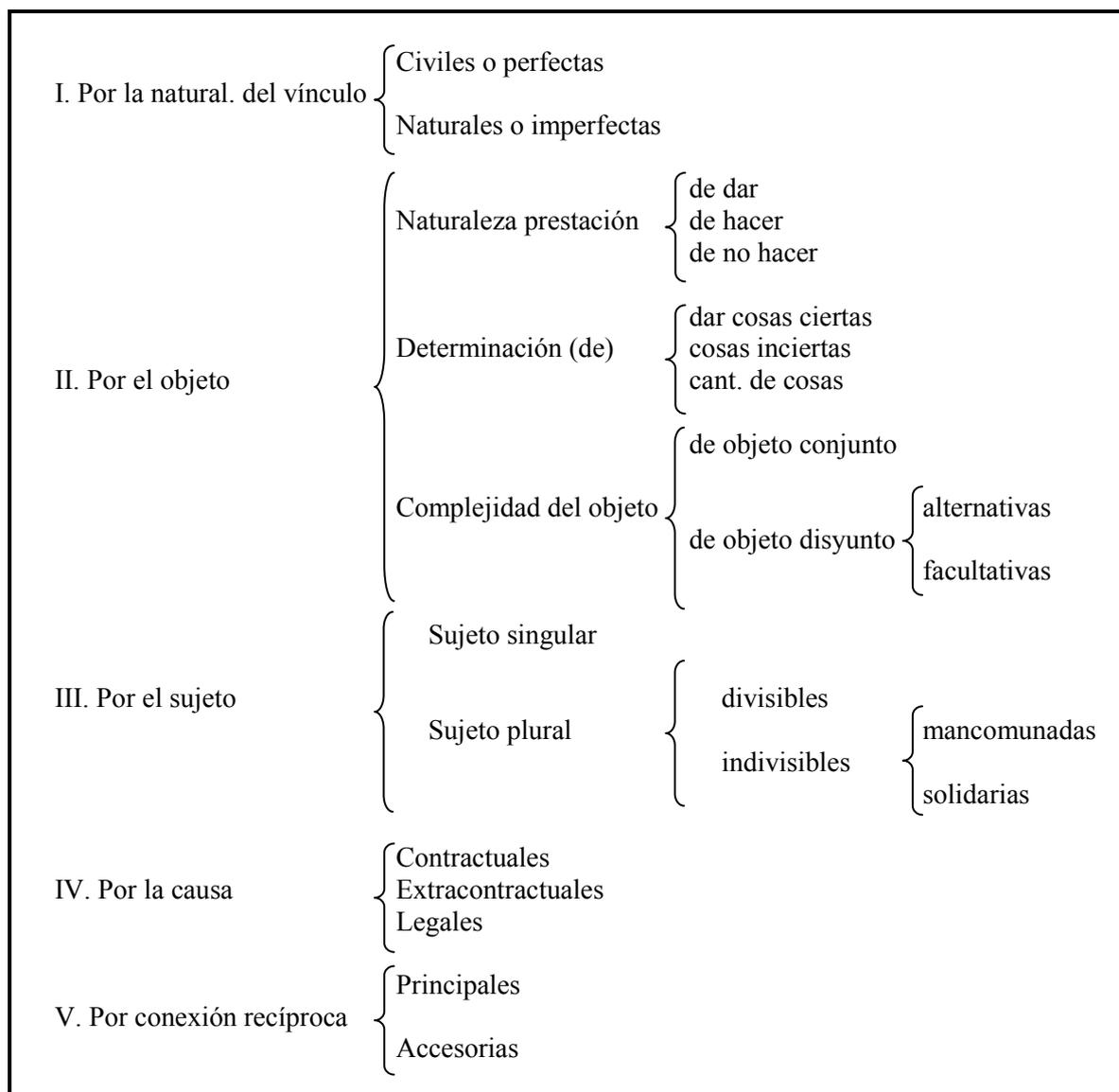
⁹¹⁴ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 185, p. 160.

⁹¹⁵ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 186, p. 165.

⁹¹⁶ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 187, p. 165.

⁹¹⁷ Pothier, ob. cit., vol. 1, N° 190, p. 166.

Para visualizar gráficamente los distintos criterios que se han venido exponiendo, es ilustrativo recordar el cuadro que expone Llambías,⁹¹⁸ según su propia versión:



Cuadro 2 – Clasificación de las obligaciones

Pero tales clasificaciones en base preponderantemente a relaciones “formales” entre los conceptos, generalmente de tipo semántico, y que agregan muy pocos elementos de la realidad, no siempre resultan sugerentes a la hora de colaborar en la solución de problemas. Sobre el particular Carrió ha dicho que:

«...si los jueces no quieren resolver a ciegas los casos de penumbra... no les basta con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes. Tienen que poseer, además, una adecuada información de hecho sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta

⁹¹⁸ Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, 2ª edición, Buenos Aires, ed. Perrot, 1975, vol. II-A, N° 726, p. 9. Ver también Cazeaux, Pedro N.-Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Editora Platense, 1969, vol. I, p. 403 y sig.

para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento.»⁹¹⁹

§ 64. Criterio económico: “Obligaciones de valor” – “Obligaciones de dinero”

En el sentido indicado, un nuevo criterio clasificatorio, ganó difusión varias décadas atrás: se trata de la distinción entre obligaciones de *valor* y de *dinero*. El criterio de división tiene en cuenta si el objeto de la obligación consiste desde su nacimiento en una suma de dinero, entendido este concepto en un sentido estricto, o si por el contrario, tal como sucede en algunas relaciones jurídicas, el objeto está constituido por un “valor” que su cuantificación en términos de dinero es sólo a los fines de su mención y luego de su liquidación.⁹²⁰ En otras palabras, la cuestión versa respecto de si el dinero funciona “in obligatione” o “in solutione”.⁹²¹

La consecuencia de tal clasificación sería que para las llamadas obligaciones de “dinero” se aplicaría el principio “nominalista” (art. 619 cód. civ. en su redacción original), mientras que para las de valor no. En estas últimas, puesto que el objeto de la deuda es un “valor”, y el dinero sólo un medio para expresarlo y liquidarlo, en caso de variaciones en el valor adquisitivo del dinero producidas entre el momento de su expresión y su liquidación, ésta deberá adecuarse de modo que represente el mismo valor expresado en la nueva cantidad de dinero.⁹²²

§ 65. Origen de la plausibilidad del criterio: un escape al nominalismo

El criterio clasificatorio en cuestión se ha abierto camino en la doctrina, seguramente, por cuanto ha permitido abrir una brecha en el principio del nominalismo para los momentos de alta inflación.

En efecto, se ha encontrado aquí una circunstancia relevante, en el plano valorativo, que no habría sido tenida por tal por el legislador. De esta manera se estaría señalando una laguna “axiológica”. Dicho en otras palabras, la clasificación pone de manifiesto un elemento –como es el hecho de que algunas obligaciones tendrían por “objeto” valores económicos indeterminados en su origen, pero valuables en términos de proporciones respecto de otros bienes– que no ha

⁹¹⁹ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, p. 60.

⁹²⁰ Ascarelli, Tullio, *Appunti di diritto commerciale - Introduzione* 3ª edición, Roma, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936 (tr. castellana de Santiago Sentís Melendo, *Introducción al derecho comercial y Parte General de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires, Ediar S. A., 1947), p. 260/1.

⁹²¹ Alterini, Atilio Aníbal, “Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 29-1975, p. 673.

⁹²² Ascarelli, ob. cit., p. 261.

sido estimado por el legislador como merecedor de una solución normativa distinta de la que corresponde a las obligaciones en general (la solución nominalista).

Pero para avalar la importancia de la distinción, y justificar el apartamiento de la letra de la ley, se dice que esta distinción –la que se refiere a los casos de las obligaciones de valor– está en la “naturaleza de las cosas”, que hay una diferencia “ontológica” en el objeto debido. No está nada claro qué se quiere decir con que algo está en la “naturaleza de las cosas”, más allá de que evidentemente el interlocutor está empleando una fuerte carga emotiva para sostener una posición mediante una suerte de “definición persuasiva”, una “verdadera definición”. Con esto se quiere decir que en lugar de limitarse a brindar los criterios de uso del concepto, o aclarar el uso particular que se le atribuirá, se pretende argumentar en favor de alguna solución en particular, persuadir al interlocutor, amparado por la resonancia favorable que despierta la palabra “naturaleza”, por cuanto sugiere que algo se acomoda a una suerte de orden pre-legal.⁹²³

No obstante la falta de rigor del argumento, lo cierto es que hay un núcleo central de situaciones –tales como el caso de las obligaciones de indemnización de daños y perjuicios– en las que se ha advertido con más intensidad la injusticia de la aplicación del principio nominalista, en épocas inflacionarias.

§ 66. Valoración actual del criterio clasificatorio

Pero resulta que las dificultades de clasificar a cada caso concreto en una u otra categoría, que se puso de manifiesto en nuestro medio en los momentos en que la inflación tomó una proporción más significativa que la que había sido habitual, parecen demostrar que algo ha cambiado respecto del momento en que ganara terreno la utilización en cuestión.

Tal vez el problema pueda explicarse así. Toda transacción económica aspira a obtener un cambio, el que es valuado subjetivamente –en la generalidad de los casos– como satisfactorio (cualquiera que fuere el interés perseguido) por cada uno de los contratantes que consintió el acto. En tal sentido no puede decirse que el dinero sea el “objeto” de la obligación nacida de esa transacción, sino en la medida que en ese caso el interesado ha utilizado el dinero como medida del valor atribuido al bien que pretende obtener en la transacción. Salvo en circunstancias muy particulares, el dinero no es sino un medio para obtener otras finalidades. No obstante ello, el criterio de política legislativa subyacente al principio del “nominalismo”, podría describirse así:

⁹²³ Garzón Valdez, Ernesto F., Derecho y “naturaleza de la cosa”. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970, tomo II, ps. 108 a 111.

aunque el interesado no quiera propiamente “dinero”, ha aceptado valuar lo que espera obtener de la transacción, en dinero. Y si en el momento del cumplimiento de la obligación, la relación de valor entre la cantidad de dinero convenida y el de la prestación se alteró, se lo obliga a recibir el número de unidades monetarias que convino, puesto que es una manera razonable de poner fin a los innumerables pleitos que traería la solución contraria (la de ajustar todas las obligaciones al valor del momento del pago).⁹²⁴

Está claro que en las obligaciones de fuente extracontractual el argumento antes mencionado no es aplicable, y en esto radicó el acierto inicial de la aludida clasificación (entre obligaciones de valor y de dinero): consistió en poner de manifiesto esta circunstancia que no había sido tenida en cuenta como justificativa de una distinta solución normativa.

Pero el argumento justificativo del nominalismo es aceptable en la medida de que la diferencia entre el valor estimado de la prestación en el momento de concertar la transacción, y el del momento del cumplimiento, no sufran una alteración de una magnitud inesperada. Cuando tal variación supera la proporción previsible, el criterio del consentimiento puede entenderse que no es aplicable.

§ 67. ¿Subsiste interés en la distinción?

En la medida que la doctrina y la jurisprudencia se empezaron a hacer cargo de la cuestión recién apuntada, que la magnitud de la inflación fue más significativa, y que las alteraciones de su ritmo previsible más frecuentes, el criterio inicial de que las obligaciones de “dinero” se cancelaban a valor nominal, empezó a sufrir cada vez más excepciones.

La más notoria es la relativa a la indexación de las obligaciones de “dinero” en caso de mora del deudor, que se generalizara a partir de la doctrina indexatoria sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1975,⁹²⁵ hasta la vigencia de la ley de convertibilidad (ley 23928).

Sin embargo, no se detuvo allí el avance indexatorio, sino que también se llegó a extender notoriamente el criterio según el cual procedía reajustar el saldo de precio de la compraventa (obligación típicamente dineraria para la doctrina clásica), aun cuando no hubiera mediado mora o culpa del deudor, si –por ejemplo– había transcurrido un largo lapso entre la

⁹²⁴ Gaibisso, Félix Ángel, “Relación entre el concepto económico y el jurídico de moneda”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1979-IV, p. 781.

⁹²⁵ C. S. J. N., “Vieytes de Fernández, Juana, suc. c. Provincia de Buenos Aires”, y “Valdez, José R. c./ Gobierno Nacional”, del 23-9-76, en *La Ley*, 1976-D, p. 241.

concertación de la operación y su pago. En algunos casos se invocó como fundamento de dicha decisión el “abuso del derecho”, en otros la “imprevisión contractual”.⁹²⁶

En el sentido inverso se empezó a delinear con posterioridad una tendencia antiindexatoria. Quizás un comienzo de dicha tendencia pueda fijarse en la respuesta judicial a la crisis financiera de los años 1981–82. La cuestión tuvo que ver con los casos en que las partes habían pactado el ajuste de sus obligaciones en función de la variación de índices basados en la variación de las tasas de interés. Cuando tales variaciones resultaban muy superiores a las que observaban los índices que medían la evolución de los precios de los bienes y servicios, los jueces tendieron a reajustar en menos a las obligaciones resultantes de dichos pactos, impidiendo que superaran este último parámetro.⁹²⁷

En este contexto, poco lugar quedaba para la correlación entre obligaciones de “valor” y obligaciones indexables, por un lado, y obligaciones de “dinero” y obligaciones no-indexables, por el otro. Hay que reconocer, sin embargo, que un fondo de razón tenían quienes defendían el carácter “ontológico” de la clasificación. En efecto, la utilización del aludido criterio clasificatorio sólo resulta justificable si existe algún elemento o característica distintivo entre ambas categorías. Si bien la base de la distinción radicaba en ciertas características del “objeto” de la obligación, también es cierto que había una correspondencia en cuanto al régimen aplicable a una y otra clase; y aquí radicó la plausibilidad de la propuesta. Pero en un marco en que las obligaciones de una y otra categoría podían resultar indexables, aun cuando podría seguir manteniéndose la clasificación, ello no presentaba interés práctico por no agrupar los elementos en clases acordes con las soluciones normativas aplicables: esto no evoca soluciones para los posibles problemas; no tiene valor heurístico.

Hoy la ley de convertibilidad N° 23928 vigente aún en este aspecto, ha prohibido toda forma de indexación (art. 7°), restableciendo la plena vigencia del principio “nominalista”. En la medida que se mantenga razonablemente acotada la inflación, seguramente no surgirá la necesidad de echar mano del antiguo recurso; pero si renace, podría seguir siendo útil.

Pareciera que los problemas con las obligaciones de dar sumas de dinero no se agotan en estas consideraciones.

⁹²⁶ Ver por ejemplo Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en “Zavalía, H. C. c. Formaget, Constante J.”, del 1-7-80, en *La Ley*, 1981-B, p. 133, etc.

⁹²⁷ Ver más adelante § 87 ap. g-4°) y fallos allí citados: Cám. Nac. Civ., Sala A, “Argos S. A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c. Oteiza, Justo O.”, del 4-10-79, en *Jurisprudencia Argentina*, 1980-III, p. 4; Cám. Nac. de Com., Sala A, “Pearson, Carlos M. c. Cosmos S. A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, del 13-7-82, en *La Ley*, 1982-D, p. 182 y sig.; Juzgado Nacional de Comercio a cargo de Enrique M. Butty, (1ª instancia firme “Redelico, Francisco y otra c. Fondo Popular Hipotecario de Ahorro y Préstamo”, del 16-4-84, en *La Ley*, 1985-D, p. 355; y muchos otros.

CAPITULO 16: NUEVO CRITERIO CLASIFICATORIO

§ 68. Necesidad del mismo

Se ha dicho ya (§ 4 y nota 46) que la lingüística moderna ha determinado y clasificado los tipos de relaciones que pueden establecerse entre los términos. Dichas relaciones permiten construir, a partir de las palabras, la “red de relaciones semánticas” o “campo de referencia semántico” de un dominio de conocimiento. También se dijo (§ 5) que tales redes de relaciones son útiles a la hora de construir teorías que sean útiles para buscar soluciones a problemas prácticos.

Los campos de referencia semánticos pueden ser segmentado –y de hecho lo son– de modo diferente por una cultura respecto de otra; y dentro de una misma cultura, tales segmentaciones también varían con el transcurso del tiempo.

Un ejemplo de distinta segmentación a través del tiempo dentro de una misma cultura, la vemos con el término *obligatio* que en el derecho romano clásico estuvo limitado al *ius civile*. Cuando una persona estaba vinculada *iure pretorio* para hacer algo a favor de otra, no se designaba esta situación como *obligatio*. Más tarde, en el derecho romano “post-clásico”, desapareció esta distinción, a la par que se ensanchó el campo de aplicación de *obligatio* para abarcar no sólo el *ius civile*, sino también el *ius honorario*.⁹²⁸

Dentro de distintas culturas jurídicas se puede también ejemplificar la situación, reparando en que el derecho anglosajón emplea dos conceptos diferentes –*partnership* y *corporation*– para referirse a dos figuras que nosotros englobamos dentro de la voz *sociedad*.

Los ejemplos podrían repetirse.

Pero la utilización de las técnicas clasificatorias por la ciencia jurídica, no supone que una vez desplegado el campo de referencia semántica de un dominio de conocimiento, nuestra disciplina se ocupe de proponer nuevas acepciones para los términos. Obviamente no es ese el motivo por el cual se ha propuesto esta metodología. Por el contrario, ello se ha hecho para poner de manifiesto cómo, a partir de dicho despliegue, y con las *relaciones* a la vista, se pueden

⁹²⁸ Shultz, ob. cit., N° 787 y 788, ps. 436 y 437.

proponer nuevas clasificaciones o agrupamientos. Ello sin perjuicio de que sus términos mantengan o no sus acepciones actuales.

Es aquí donde entonces es oportuno recordar cómo las clasificaciones corrientes que se analizaron (CAPITULO 15), hacían hincapié en las relaciones de significado entre los términos (jerárquicas). De ahí quizás el relativo valor sugerente de tales clasificaciones, a la hora de buscar soluciones creativas para problemas complejos. Cabe pues incursionar en las restantes relaciones, particularmente aquellas que incorporen elementos de la realidad social (p. ej. las de afinidad).

Partiendo de esta clase de relaciones –que como se dijo son de tipo subjetivo y basadas en la experiencia– parece importante reconstruir la forma en que ha sido estructurado el campo semántico relativo a las nociones económicas de *capital e interés* (o sea –expresándose ahora en términos jurídicos–, aquellos casos en los que hay un diferimiento voluntario del cumplimiento de una prestación). En efecto, hemos visto cómo este fenómeno económico ha desgajado –en el plano jurídico– una pluralidad de “figuras” que hasta el presente no han sido suficientemente relacionadas (han sido mantenidas dentro de familias o *naturalezas jurídicas* supuestamente distintas). Y esa excesiva segmentación ha impedido advertir muchas semejanzas y vinculaciones en todo este ámbito.

Pero el hecho de plantear la propuesta de un nuevo *concepto*, nos lleva al punto de la justificación del mismo. Por cierto que una justificación tal ha de retrotraernos al viejo problema debatido por la filosofía medieval: ¿a cuántas y a cuáles “entidades” debemos reconocerles derecho de “existencia”?.⁹²⁹

No obstante lo dudosa que pueda resultar la cuestión de la *existencia* que quepa reconocerles a los *conceptos*, sabemos también que no podemos prescindir de ellos para el conocimiento del mundo que nos rodea. Lo cierto es que no observamos la realidad sino a la luz de un “cuadro conceptual” o de una “teoría” que le dé sentido a tales observaciones, más allá de

⁹²⁹ Este problema que se origina prácticamente con la *teoría de las ideas* de Platón (ver *La República*, Libro VII y el famoso mito de la caverna), se discutió arduamente durante la Edad Media como la *disputa de los universales*. Los *universales* han sido denominados tradicionalmente como “nociones genéricas”, “ideas”, y “entidades abstractas”. La cuestión ha estado referida al tipo de existencia que debe reconocerse a tales *universales*. El *realismo extremo* supone que existen realmente y su existencia es anterior y previa a la de las cosas, y su primer sostenedor fue Platón. En el extremo opuesto, el *nominalismo* supone que los *universales* no son reales, sino que están después de las cosas. En esta posición se distinguió Guillermo de Occam (aprox. 1298–1349), quien sostuvo que no debemos admitir más entidades que las necesarias, de donde se ha dicho que para *afeitar las barbas de Platón*, es necesaria la *navaja de Occam* (ver Ferrater Mora, *Diccionario...* voces “Universales”, T. 4, p. 3344, “Realismo” T. 4, p. 2794, “Nominalismo”, T. 3, p. 2377, y sus respectivas remisiones).

El mencionado problema es más complejo aún, cuando se trata de *conceptos* cuya existencia no nos consta, o sabemos positivamente que no existen (p. ej. los centauros, las hadas, etc.). Gottlob Frege (1848–1925) contribuyó significativamente a la aclaración de esta controversia, cuando distinguió dos formas del significado: la *denotación* (o *extensión*) y la *designación* (o *intensión*, o *connotación*). La *denotación* alude a aquél aspecto del significado que se refiere a los individuos que quedan comprendidos dentro de una palabra (Buenos Aires, Córdoba, París, respecto de la palabra “ciudad”). Los criterios de uso de una palabra, esto es las circunstancias en las cuales estamos dispuestos a aplicar el concepto (características definitorias) se llama *designación* de la misma. Según ello, el concepto “cíclope” tiene *designación*, pero carece de *denotación*. Por su parte los nombres propios sabemos a quién aplicarlos, pero no lo hacemos por las características de la persona (Guibourg y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, cit., 1.4.4., ps. 56 a 60).

que en algunos casos las observaciones puedan dar lugar a una reformulación de dicho “cuadro conceptual”, y de que dicho nuevo “cuadro conceptual” haya de influir a su vez en la forma en que se lleven a cabo nuevas observaciones de la realidad.⁹³⁰ Numerosos ejemplos ilustran esta tensión entre “categorías conceptuales” y observaciones de la realidad, como la perplejidad de Marco Polo frente a los desconocidos rinocerontes (que los consideró *unicornios*) o el complejo proceso de clasificación de los ornitorrincos.⁹³¹

Por lo tanto, lo que surge de esta rápida revisión es que, más allá del conflicto entre la postura de la admisión de cualquier idea por el solo hecho de ser pensada tiene existencia, y la posición opuesta (la *navaja* de Occam: restringir las ideas aceptadas al mínimo indispensable), habremos de concluir en la conveniencia práctica del reconocimiento del nuevo concepto propuesto (nota 929). Habremos de abordar, en consecuencia, dicha cuestión de la justificación.

⁹³⁰ Ecco, ob. cit., p. 287; el mismo autor agrega al respecto, que la tensión entre la importancia de las categorías conceptuales por sobre las observaciones de la realidad o viceversa, está representada por las diferencias entre los puntos de vista de Hjelmslev y Peirce: “El primero nos enseña cómo nuestra competencia semántica (y, por lo tanto, conceptual) es de tipo categorial, basada en una segmentación del *continuum* en virtud de la cual la forma del contenido se presenta estructurada en forma de oposiciones y diferencias. Una oveja se distingue de un caballo por la presencia o ausencia de algunas marcas diccionarias, como OVINO y EQUINO, y se deja comprender que esta organización del contenido impone una visión del mundo. Esa organización del contenido, o adopta esas marcas como primitivos no interpretables ulteriormente (y, entonces, no nos dice cuáles son las propiedades de un equino o de un ovino), o exige que también estos componentes sean interpretados a su vez. ¡Pobres de nosotros! Cuando se entra en la fase de la interpretación, la rígida organización estructural se disuelve en el retículo de las propiedades enciclopédicas, dispuestas a lo largo del hilo potencialmente infinito de la semiosis ilimitada. ¿Cómo es posible que las dos perspectivas puedan coexistir? El resultado de las reflexiones precedentes es que *deben* coexistir, porque, si se quiere elegir una sola, no se da razón de nuestro modo de conocer y expresar lo que conocemos. Es indispensable hacer que coexistan en el plano teórico, porque, en el plano de nuestras experiencias cognitivas, procedemos efectivamente –si la expresión no parece demasiado reductiva– matando dos pájaros de un tiro. El equilibrio inestable de esta coexistencia no es (teóricamente) sincrético porque es sobre este equilibrio felizmente inestable sobre el que procede nuestro conocimiento. He aquí, pues, que el momento categorial y el de la observación no se oponen como modos inconciliables de conocimiento, y ni si quiera se yuxtaponen por sincretismo: son dos modos complementarios de considerar nuestra competencia, precisamente porque, por lo menos en el momento «primigenio» del conocimiento (cuando el Objeto Dinámico es *terminus a quo*), se implican mutuamente.” (ps. 290/1).

⁹³¹ Uno de tales ejemplos lo constituye el relato del encuentro por parte de Marco Polo, en sus viajes a China, con un animal hasta entonces desconocido por él (hoy sabemos que eran rinocerontes) de las siguientes características: un cuerpo, cuatro patas y cuerno; el único animal cuyas características concordaban con las mencionadas y su existencia se admitía en ese entonces, era el *unicornio*, aunque otras características del animal observado no coincidían con tal concepto entonces corriente. Dentro de las opciones posibles, Marco Polo optó por reformular las propiedades atribuibles al concepto “unicornio” (Ecco, ob. cit., p. 69). El mismo autor comenta al respecto en el mismo lugar citado: “Ante el fenómeno desconocido, a menudo se reacciona por aproximación: se busca ese recorte de contenido, ya presente en nuestra enciclopedia, que de alguna manera consiga dar razón del hecho nuevo”. Luego, continuando con el análisis del ejemplo de Marco Polo, dice: “Como su cultura ponía a su disposición la noción de unicornio, precisamente como cuadrúpedo con un cuerno en el hocico, Marco Polo designa a esos animales como unicornios. Luego, puesto que es un cronista honrado y minucioso, se apresura a decirnos que, sin embargo, esos unicornios son bastante extraños, quisiéramos decir poco específicos, dado que no son blancos y esbeltos [esa era la creencia que se tenía de los unicornios en la edad media], sino que tienen «pelo de búfalo y pata de elefante», el cuerno es negro y poco agraciado, la lengua espinosa, la cabeza parecida a la de un jabalí: «Trátase de bestia muy repulsiva a la vista. No es, como decimos nosotros, que se deje capturar por la doncella, sino lo contrario» (Milione, 143). Marco Polo parece tomar una decisión: en vez de volver a segmentar el contenido añadiendo un animal nuevo al universo de los vivos, corrige la descripción vigente de los unicornios que, si existen, son, por consiguiente, tal como él los ha visto y no como narra la leyenda. Modifica la intensidad dejando intacta la extensión. O por lo menos, eso parece que quería hacer –o de hecho hizo– sin excesivas preocupaciones taxonómicas.”

El segundo es el caso del descubrimiento del ornitorrinco: “... es un animal extraño, que parece concebido para eludir cualquier clasificación...: suele medir unos cincuenta centímetros, pesa dos kilos más o menos, tiene el cuerpo plano recubierto de pelaje marrón oscuro, no tiene cuello, y tiene una cola de castor; tiene un pico de pato, de color azulado por arriba y rosa o jaspeado por abajo; no tiene pabellones auriculares, las cuatro patas acaban en cinco dedos palmeados, pero con garras; permanece lo suficiente bajo el agua (donde come) como para considerarlo un pez o un anfibio, la hembra pone huevos, pero amamanta a sus cachorros, aunque no se ve ningún pezón (por otra parte, en el macho no se ven ni siquiera los testículos, que son interiores)” (⁹³¹ Ecco, ob. cit., p. 70). Este animal, que habita en la zona de Australia, fue descrito por primera vez a finales del siglo XVIII. Su clasificación dentro de las especies conocidas fue muy complicada, dado que las propiedades que el animal resultaba tener, a la luz de las observaciones, no coincidían –según el estado de la ciencia de entonces– con ninguna de las especies conocidas. En particular resultó difícil decidir si era o no un *mamífero*, dado que todos los mamíferos conocidos hasta ese entonces tenían mamas con pezones (que en este caso no se observaban) y ninguno nacía de huevos (como se determinó en el caso de los ornitorrincos). La verificación de estas dos propiedades (la existencia de mamas sin pezones: los recién nacidos no chupan, puesto que tienen pico, sino que lamen la leche que surgen de especies de poros; y la existencia de huevos), llevó a la necesidad de establecer una especie poseedora de dos propiedades que se creían incompatibles (la de ser “mamíferos” y de ser “ovíparos”): tal es el caso de los “monotremas” (Ecco, ob. cit. ps. 279 a 287).

§ 69. Ámbito y función del concepto obligaciones financieras

Hemos visto en el § 62, ap. f) que la nueva categoría propuesta para superar las dificultades sistemáticas de las clasificaciones usuales de los contratos, debía reunir a las obligaciones generadas por relaciones de *crédito*. Y que esta situación se encuentra siempre que se intercambia una prestación *presente* por una *futura*.

Se llama a aquí prestación *presente*, a la que entrega el dador de crédito. En el ámbito de un mercado de dinero (en sentido amplio, comprensivo tanto del “financiero” como del llamado “de capitales”), la prestación presente es la que entregan las unidades económicas superavitarias. Con esta expresión se alude a aquellas que tienen excedentes de recursos monetarios.

Por su lado se llama prestación *futura*, a la que tiene como contenido la restitución de dicho *capital*, más el pago de una *renta* o *interés* (§ 30). En los mercados de dinero a que se hacía referencia, esta prestación la asumen las unidades económicas deficitarias (las demandantes de medios de pago). Esta segunda obligación (la prestación futura) encierra consecuencias “financieras”, dado que el *crédito* implica (por definición) algún lapso de tiempo mayor o menor de disponibilidad del *capital* por parte de su beneficiario.

Tenemos entonces en esta materia de la dación de *crédito* y su retribución, un conjunto de situaciones de hecho que, desde el punto de vista de su función económica fueron reconocidas inicialmente sólo bajo el nombre de *préstamo*, aunque luego se identificó el mismo fenómeno en operaciones con otras denominaciones (§ 30), las principales de las cuales ya las hemos analizado (CAPITULO 9 a CAPITULO 12). Por el otro lado, en ese mismo análisis hemos visto enunciados normativos que correlacionan consecuencias, tanto a las situaciones englobadas bajo la denominación de *préstamos*, como a otras también generadoras de *crédito*. Pero en primer lugar, las relaciones *jerárquicas* (de pertenencia a una clase) entre los conceptos de la teoría jurídica, no siempre permiten relacionar fácilmente los enunciados normativos aplicables a esas otras situaciones, con el fenómeno económico del *crédito*: la compraventa, y la sociedad, por ejemplo, si bien tienen relación funcional con dicho fenómeno, dicha relación no surge de la pura *forma* jurídica que caracteriza a las clases o *conceptos*. En segundo lugar, por las razones sistemáticas ya analizadas (§ 62), las soluciones que correlacionan estos enunciados normativos a los casos de *daciones de crédito* no son siempre homogéneas.

Por tales razones, es evidente que esta materia del *crédito* es un caso en el que las “relaciones” que estableció la teoría jurídica entre las situaciones de hecho con sus soluciones

normativas, no es satisfactoria. He aquí entonces, la justificación del nuevo concepto jurídico, propuesto bajo el nombre de *obligaciones financieras* y su alcance. Veremos ahora la perspectiva que surge del nuevo concepto, y las relaciones con otros que pone a la vista.

PARTE V: VISIÓN DEL CRÉDITO A TRAVÉS DEL NUEVO

CONCEPTO

CAPITULO 17: DISTINCIONES ENTRE LA PRESTACIÓN “PRESENTE” Y LA “FUTURA”

§ 70. La prestación presente

Se ha dicho ya en varios pasajes que el objeto de estudio de este trabajo es el fenómeno de las obligaciones emergentes de los contratos que dan origen a relaciones de *crédito*. Y que el fenómeno del crédito se verifica cuando se intercambia una prestación *presente* y una prestación *futura* (§ 69).

Ahora bien, es del caso que normalmente la obligación de entregar la prestación *presente* tiene una duración muy breve (la que importe la negociación de la operación),⁹³² y hasta puede suceder que la prestación se entregue sin obligación previa. Desde el punto de vista técnico jurídico es posible que la entrega de esta prestación no llegue a constituir una *obligación* propiamente dicha, como sucede con los contratos *reales*. Pero desde el punto de vista de su función económica, en el contrato que constituirá el origen de la obligación *financiera*, esta prestación constituye la causa (motivo) de la misma, y además es un *capital* (un bien –muchas veces– con capacidad reproductiva).

En efecto, cuando se habló de los orígenes del *mutuo* (§ 32), se analizaron las razones históricas por las cuales a dicho contrato se lo ha considerado como un contrato *real*, en el sentido que no genera obligaciones hasta el momento de la entrega de la cosa objeto del contrato por parte del *mutuante*, tal como lo hace nuestro artículo 2242 del Código Civil.

⁹³² “Se ha señalado con acierto que una vez cerrada la transacción, las expectativas de la empresa tomadora de fondos están sustancialmente cumplidas. La perspectiva de los acreedores es diferente: su expectativa se basa en hechos futuros: la promesa del deudor de devolver el capital y pagar los intereses acordados” (Paolantonio, Martín Esteban, “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006, capítulo X, p. 221).

No obstante ello, en el CAPITULO 11 se ha visto la posibilidad de que los mismos hechos que generan un contrato de *mutuo* (esto es la entrega de una parte a otra de una suma de dinero con el pacto de que la misma será restituida dentro de un cierto plazo) se acuerden bajo las formas jurídicas de un contrato *consensual*, tal como las diversas formas en que se vio que la *compra venta* puede servir para tal finalidad (por ejemplo, entre otras variantes, cuando alguien compra un *derecho* u *obligación* en la que otro se obliga a pagar una suma de dinero: § 51).

También un contrato de *suscripción de acciones*, puede constituir una obligación de entregar la prestación *presente*, propia de un contrato generador de relaciones de *crédito*, mediante un contrato clasificado habitualmente como *consensual*.

Pero lo cierto es que la calificación técnica del contrato que da origen a la prestación *presente* en un contrato generador de una relación de *crédito*, como *real* o *consensual* es poco importante. Las particularidades de esta prestación presente, habrán de derivarse en todos los casos, de las particularidades del contrato que le dé origen.

En cualquier caso los aspectos “financieros” de las obligaciones se van a manifestar –por su duración– en la prestación futura. La prestación *presente* tiene una vida necesariamente breve; por definición (§ 69), es la que se entrega sin que medie plazo, una vez perfeccionado el consentimiento. Cuando en un contrato de *suscripción de acciones* el futuro proveedor de *capital*, cuenta con un plazo para entregarlo, este es en sí mismo un contrato de *crédito* en el cual la prestación *futura* es la que asume el suscriptor, y la prestación *presente* la otorga la sociedad emisora, que le confiere ciertos derechos provisorios al accionista que adeuda la integración de su acción. Le dedicaremos a la prestación *presente* el siguiente CAPITULO 18 sobre el capital.

§ 71. La prestación futura

Por lo antes expuesto, el análisis de las obligaciones *financieras* se habrá de centrar sobre la prestación *futura*, que es la que está sometida a un plazo de duración, y es la que genera las obligaciones de restituir el *capital* recibido, así como la *renta*. A ello nos referiremos en el CAPITULO 19 sobre la renta o interés.

Cabe aclarar, sin embargo, que esta escisión en dos planos de las perspectivas de los dadores de *crédito* por un lado, y de los tomadores por el otro, en función de los objetos intercambiados en estos contratos (los de crédito) –esto es la prestación presente

y la futura— se debe entender como un recurso meramente analítico, para desentrañar la función económica de estos contratos. En el plano jurídico estas dos perspectivas las vamos a encontrar permanentemente entrelazadas. En efecto, al lado de las obligaciones monetarias del tomador del crédito (la *obligación financiera* propiamente dicha, o prestación *futura*), existen otras condiciones jurídicas “no monetarias” que condicionan el análisis tanto de una como de otra parte de la relación crediticia. Con esto se quiere significar que por un lado el dador de crédito tiene un menú de alternativas, desde el punto de vista jurídico, para elegir qué tipo de inversión realizar: por ejemplo, si la inversión la desea realizar mediante la modalidad de “renta variable” (más adelante § 83), dicha elección traerá aparejada una serie de situaciones jurídicas, según las cuales el inversor tendrá ciertos derechos de control (habida cuenta de la extensión y tipo de riesgos que asume: más adelante § 79, que en la jerga del derecho societario se suelen denominar “derechos políticos”). Y si opta por una inversión de “renta fija” (§ 83), tendrá eventualmente otro conjunto de condiciones legales que, en razón de su vinculación con el mayor o menor riesgo del inversor (que pueden estar relacionadas a su vez con el plazo y/o con el monto de la operación, p. ej. Alternativa entre empréstito colectivo o mutuo individual), se traducirán en un mayor o menor costo de la tasa de interés (más adelante § 78 ap. a) nota 966). Como contrapartida de ello, esas condiciones jurídicas también conforman otro menú de alternativas para el tomador del crédito, que decidirá también la forma de financiar sus necesidades de funcionamiento, en función de todas las circunstancias (tanto las propiamente monetario-financieras, como las que hacen a las distintas posiciones jurídicas de cada una de ellas).

CAPITULO 18: EL CAPITAL

§ 72. Prestaciones con aptitud para funcionar como “capital”

En esta nueva aproximación al problema de los contratos de crédito, desde la perspectiva que nos da el concepto de *obligación financiera*, habremos de recordar lo ya dicho (§ 30) en cuanto a que el fenómeno de la *renta* o *interés* tenía como antecedente la cesión por parte de su dueño, a un tercero, de un *capital originario*; y que tal cesión podía producirse por distintos mecanismos jurídicos, tales como compraventas, préstamos, aportes a una sociedad, etc.

Esa aptitud reproductiva de ciertos bienes y bajo ciertas circunstancias, es sin duda un fenómeno económico significativo y digno de atención. Estas relaciones “relevantes” en el expresado sentido, sin embargo, no aparecen vinculadas –como se dijo– por los conceptos que engloban a cada uno de los contratos generadores de obligaciones de tal *renta* o *interés*. Y puesto que una *teoría jurídica* tiene como función representar un dominio o campo determinado del conocimiento jurídico (§ 5), es una tarea de la ciencia jurídica, reelaborar la teoría de modo que ponga en contacto esos aspectos de interés, que hasta ahora habían estado desconectados.

También tienen aptitud para funcionar como “capital” (en el sentido de prestación *presente* en un contrato de concesión de *crédito*), los bienes entregados por el dador de crédito a un sujeto que destine tales bienes al consumo. Indudablemente que en este caso, más allá de la característica intrínseca de dichos bienes, en razón del destino al que los afecta quien los recibe, no nos permite hablar de bienes con “aptitud reproductiva”. Este tipo de transacciones no son ajenas a la problemática de las *obligaciones financieras*. No obstante, presentan muy pocas variantes (se instrumentan mayormente como *mutuos* o como *compraventas con diferimiento del plazo* para el pago del precio), a diferencia de lo que sucede con la dación de crédito a sujetos que los destinan a usos reproductivos. El tratamiento de este tipo de operaciones de crédito dirigidas a financiar el consumo, será objeto de tratamiento más en detalle, cuando se hable de las prestaciones *futuras* (CAPITULO 19). En este capítulo habremos de referirnos a la dación de “capital” con destinos reproductivos.

§ 73. Acepciones diversas del concepto de “capital”

Desde el punto de vista económico, la noción de *capital* alude a bienes con aptitud reproductiva (§ 30), tal como se la ha empleado en el párrafo anterior. En este sentido, para la contabilidad, tales bienes constituyen un *activo*, y por ende se registran en el lado izquierdo del balance.

Sin embargo, es importante diferenciar esta acepción “económica” del mencionado concepto, de otra generada en el contexto societario y bajo una visión jurídica y contable que es fuente de muchas confusiones. Esta segunda noción de *capital*, se ha originado seguramente en un momento del siglo XIX en el que el desarrollo de las técnicas contables y financieras era muy incipiente. En este otro sentido, *capital* es: a) una cifra expresada en un valor dinerario, originada en el cálculo de la multiplicación del valor nominal de las acciones emitidas por una determinada sociedad, por el número de acciones en circulación; b) una cifra que se registra contablemente del lado derecho del balance, por lo que –en esta acepción– el concepto no alude a fondos, activos ni a ningún tipo de bienes “reales”; c) en el mejor de los casos, puede implicar una referencia al valor de un conjunto de activos indeterminados que fueron entregados a la sociedad por los accionistas a cambio de acciones, en un momento también indeterminado.⁹³³

Esta segunda acepción de *capital* (que se conoce habitualmente como capital “social”) debe ser entendida en un sentido enteramente distinto de la acepción económica (la cual por otra parte guarda similitud con el significado del término en el lenguaje corriente). Las leyes utilizan la expresión *capital* en esta segunda acepción, por ejemplo, en las siguientes circunstancias: a) para referirse al límite hasta el cual pueden ser responsables los socios en una *sociedad de responsabilidad limitada*, durante un cierto tiempo, cuando las valuaciones atribuidas a los bienes aportados, no estuvieran de acuerdo con los valores corrientes de realización al momento de su integración (arts. 51, 149 y 150 ley 19550); o b) para fijar un límite o “marca” respecto de los activos sociales que pueden ser objeto de distribución a los socios.⁹³⁴

⁹³³ Manning, ob. cit., ps. 34 y 35. Comp. Le Pera, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, en *La Ley*, 1986-B, p. 972.

⁹³⁴ “Por estos motivos, se ha podido definir el capital como una línea ideal trazada en el activo, sin identificar valor preciso, alrededor del círculo del valor primitivo de los aportes” Sussini, Miguel, *Los dividendos de las sociedades anónimas*, Bs. As. Depalma, 1951, p. 66, citado por Verón, Alberto, ob. cit. comentario art. 38, § 2, Tº I, p. 327. Comp. Manning, ob. cit., p. 35.

§ 74. La registraci3n contable del “capital social”

Desde el punto de vista contable, el *capital* es una cuenta cuya raz3n de ser est1 relacionada con el m3todo denominado de *partida doble*. Este m3todo se origin3 junto con el auge del comercio en las ciudades italianas en la baja edad media, y su primera formulaci3n se debe al monje italiano Luca Pacioli (1494).

Los principios de este m3todo pueden resumirse as3.⁹³⁵ Se requiere que:

- se utilicen dos series de cuentas: las *elementales* (representan los bienes y derechos que posee el sujeto o ente: las cuentas del *activo*; y las deudas que gravan a esos bienes y derechos: las cuentas del *pasivo*) y las *diferenciales* (representan el patrimonio neto del sujeto o ente: las cuentas de *capital*, m1s la de *ingresos*, menos la de *egresos*);
- las cuentas est3n divididas en dos secciones (Debe y Haber); y
- los importes registrados en el Debe (o en el Haber) de una cuenta, se registren simult1neamente en el Haber (o el Debe) de otra u otras.

Las reglas para el uso de las cuentas se pueden describir en el siguiente cuadro:

Elementales	Activo	<ul style="list-style-type: none"> Debe: activo inicial y aumentos del activo Haber: disminuciones del activo
	Pasivo	<ul style="list-style-type: none"> Debe: disminuciones del pasivo Haber: pasivo inicial y aumentos del pasivo
Diferenciales	Capital	<ul style="list-style-type: none"> Debe: disminuciones del capital Haber: capital inicial
	Ingresos	<ul style="list-style-type: none"> Debe: disminuciones de ingresos Haber: aumentos de ingresos
	Egresos	<ul style="list-style-type: none"> Debe: aumento de egresos Haber: disminuciones de egresos

Cuadro 3 – Contabilidad: Reglas para el uso de cuentas

⁹³⁵ Se sigue para esta exposici3n a Quian, Roberto J. *Contabilidad para abogados*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1969, ps. 49 y sig.

Según lo expuesto, si se constituye una sociedad con el aporte en efectivo de los socios, el ingreso del dinero se debitará en una cuenta del activo (Caja). Luego, como los importes registrados en el Debe, necesitan ser iguales a los anotados en el Haber, la contrapartida habrá de registrarse en una cuenta que se denomina “Capital”. Esta cuenta representa el aporte de los socios al momento de su realización.

Cuenta: "Caja"			
Concepto	Debe	Haber	Saldo
Aporte	100,00		100,00

Cuenta: "Capital"			
Concepto	Debe	Haber	Saldo
Aporte		100,00	100,00

Cuadro 4 – Registración en cuentas iniciales

Ahora bien, además de ello, este sistema debe representar siempre una igualdad:

$$\text{Activo} - \text{Pasivo} = \text{Patrimonio Neto}$$

o

$$\text{Activo} = \text{Pasivo} + \text{Patrimonio Neto}$$

Con lo cual, la registración contable anterior se representa, en forma de "balance", así:

Activo		Pasivo	
Caja	100,00		0,00
		Patrimonio Neto	
		Capital	100,00
Total	100,00	Total	100,00

Cuadro 5 – Balance inicial

Esto es todo lo que podemos inferir del concepto contable de *capital*.

§ 75. Registración contable de los contratos de cesión de "capital" (sentido económico)

Según lo expuesto, las prestaciones con "aptitud reproductiva" –esto es el *capital* en sentido económico (§ 30)– una vez cedidas a quien las requiere, por el mecanismo jurídico que fuere, constituyen *activos* que, desde el punto de visto contable, se registran del lado izquierdo del balance.

Pero habida cuenta del método de *partida doble*, dicha registraci3n requiere la anotaci3n de la misma con relaci3n a alguna otra cuenta. Y en esta otra registraci3n habr3 de influir la forma jur3dica adoptada para ello.

As3, si el *capital* es cedido *en propiedad* al sujeto que lo requiere, ello generar3 lo que se llama un movimiento *permutativo* (porque no modifica el patrimonio neto, aunque s3 su composici3n).⁹³⁶ Si es “bien de capital” –por ejemplo una maquinaria capaz de producir ciertos bienes– y ha sido comprada con dinero en efectivo, la registraci3n ser3 la siguiente:

Balance anterior a la operaci3n:			
Activo		Pasivo	
Caja	100,00		0,00
		Patrimonio Neto	
		Capital	100,00
Total	100,00	Total	100,00

Cuenta: “Caja”

Concepto	Debe	Haber	Saldo
Saldo anter.			100,00
Compra máq.		100,00	0,00

Cuenta: “Bienes de uso”

Concepto	Debe	Haber	Saldo
Saldo anter.			0,00
Compra máq.	100,00		100,00

Balance posterior a la operaci3n:

Activo		Pasivo	
Caja	0,00		0,00
B. de uso	100,00		
		Patrimonio Neto	
		Capital	100,00
Total	100,00	Total	100,00

Cuadro 6 – Registraci3n de movimientos en cuentas y balance resultante

⁹³⁶ Quian, ob. cit., p. 54.

Si por el contrario, el *capital* (en sentido económico –esto es *activo*–) en cuestión, es cedido mediante alguna forma de *crédito*, entonces la registración contable correspondiente habrá de tener la forma de un movimiento *modificativo positivo*, puesto que cualquiera sea la forma jurídica, habrá de generar un aumento del patrimonio neto del ente (persona física o sociedad).⁹³⁷

Un ejemplo de ello lo vimos en el aporte de bienes a la sociedad, en el momento constitutivo de la misma (ver Cuadro 5 en pág. 291). Otro ejemplo lo tenemos en el caso que el *capital* sea cedido mediante una venta a crédito otorgado por el vendedor; en tal caso, la registración será la siguiente, dando por sentado que partimos del balance inicial del Cuadro 5:

Cuenta: “Financiación de Proveedores”			
Concepto	Debe	Haber	Saldo
Compra máq.		100,00	100,00

Cuenta: “Bienes de uso”			
Concepto	Debe	Haber	Saldo
Compra máq.	100,00		100,00

Balance posterior a la operación:			
Activo		Pasivo	
Caja	100,00	Fin. Prov.	100,00
B. de uso	100,00		
		Patrimonio Neto	
		Capital	100,00
Total	200,00	Total	200,00

Cuadro 7 – Otras registraciones contables y su balance respectivo

⁹³⁷ Quian, ob. cit., ps. 54 y 55.

§ 76. El enfoque *financiero* y las acepciones de “capital”

Desde el punto de vista financiero, el concepto de “activos”, que hasta ahora lo analizamos contablemente, lo podemos entender como el conjunto de aquellas herramientas que nos permiten *obtener utilidades o beneficios*.

Una referencia a una definición legal con la que estamos familiarizados los abogados, nos puede ayudar a acercarnos a la cuestión. El artículo 8 inciso 1 del Código de Comercio, nos dice que constituye acto de comercio, “toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor”.

Sin la *cosa mueble* cuya enajenación produce un *lucro*, el comerciante no puede obtener tal ganancia. Y esa cosa mueble (que para el comerciante puede ser una mercadería), desde el punto de vista contable es un *activo*. Ello explica por qué se dijo al comienzo, que un *activo* es aquello que nos permite obtener utilidades.

Siguiendo este enfoque, al concepto contable de “pasivo”, desde el punto de vista financiero, lo podemos considerar como un *recurso* de la empresa.

Por lo tanto, si clasificamos a los *activos* según su grado de liquidez (como establece el artículo 63 ap. 4 de la ley 19.550), en *activos corrientes* (tales como el efectivo, los créditos a cobrar, la materia prima, etc.) y *no corrientes* (maquinaria, otros bienes de uso, patentes, marcas, etc.), y a los *pasivos* (según su plazo de exigibilidad inferior o superior al año) en *corriente* y *no corriente*, podemos realizar el siguiente cuadro:⁹³⁸

⁹³⁸ Ross, Stefen, Westerfield, Randolph W. y Jaffe, Jeffrey, *Corporate finance*, The McGraw-Hill Companies, Inc., 1988 (traducción castellana de la 7ª edición en inglés, 2005, de Susana Pontón Becerril, María Isabel Pérez de Lara Choy y Carlos Roberto Ramírez Fuentes, *Finanzas corporativas*, México, MacGraw Hill Interamericana Editores S. A. de C. V., 3ª edición en español, 2005), p. 3.

ACTIVOS (Aplicación de recursos)		PASIVOS (Origen de los recursos)
<u>Activos Corrientes</u>		<u>Pasivos Corrientes</u>
-----		<u>Pasivo No Corriente</u>
-----	Cap. de Trabajo	<u>Recursos Propios</u>
<u>Activos No corrientes</u>		Capital contable
Activos inmateriales		Reservas
Activos materiales		Utilidades
		Aportes irrevocables a cta. cap.

Cuadro 8 – Origen y aplicación de los recursos financieros

La columna del Pasivo representa, desde el punto de vista financiero, el *origen* de los fondos empleados en la actividad de la empresa, y la del Activo, la *aplicación* de tales fondos.

Dentro de los orígenes de fondos, nos encontramos con los Pasivos Corrientes (generalmente proveedores y otras financiaciones de largo plazo), los Pasivos No Corrientes (préstamos bancarios a largo plazo, muchas veces “sindicados”, obligaciones negociables, etc.). Por último dentro de los orígenes de fondos aparecen los llamados “recursos propios” (entre otros, el capital contable, las reservas, las utilidades, los aportes irrevocables a cuenta de aumentos de capital, etc.).

Aparte de ello corresponde aclarar la ubicación del concepto *capital de trabajo*, que se puede definir como la parte del activo corriente que está financiada con pasivo no corriente. Constituyen aquellos activos que aunque van rotando dentro del patrimonio de la empresa, están financiados con recursos permanentes, y le aseguran a ésta un margen de maniobra en el corto plazo (art. 62 párrafo quinto de la ley 199550).⁹³⁹

⁹³⁹ Ross, Westerfield, y Jaffe, ob. cit., p. 4.

§ 77. Origen del concepto técnico jurídico de “capital social”

En virtud de lo expuesto, y de la importancia que tiene en la economía moderna la organización de las actividades bajo la forma de empresas estructuradas jurídicamente como sociedades comerciales, habremos de prestar particular atención al desarrollo del fenómeno de cesión de capitales a una actividad, en los casos en que los mismos los son bajo la forma de aportes a sociedades anónimas.

Hemos visto (§ 43, ap. b) y notas 728 y 729) que en el desarrollo del proceso que diera lugar al nacimiento de la *sociedad anónima* al momento de su codificación por el legislador francés de 1807, el hecho de la limitación de la responsabilidad de los accionistas (que hasta ese momento no había sido una característica difundida de dicha figura) requirió de un mecanismo de control, acorde con los conocimientos contable–financieros de la época. Dicho control procuraba proteger a los inversores, habida cuenta de la mala experiencia habida en la especulación con acciones (ver nota 718). El control en cuestión se concretó mediante el requisito de una autorización estatal orientada al control de la legalidad de su constitución de la sociedad anónima, basada fundamentalmente en la forma de realización de los aportes.

También se dijo (§ 43 ap. c) que en la evolución de la *corporation* en el derecho angloamericano, se llegó a una idea similar acerca de la función protectora del *capital social* respecto de los terceros.

Habida cuenta del poco interés que se le ha dedicado al proceso histórico de desarrollo de concepto jurídico de *capital social* en el ámbito del derecho europeo continental, habremos de seguirlo según se dio en el derecho americano.

a) *La equidad en los aportes*

Una de las razones que en el siglo XIX parecen haber sido el origen del surgimiento de la idea que comentamos, se relaciona con la preocupación de los accionistas que consideraban participar en una nueva *corporation*, respecto del mecanismo de aseguramiento de la igualdad y equidad entre sus aportes.

Para ello debemos situarnos en el mecanismo de constitución en uso en aquellos tiempos (similar al que nuestra ley describe como “constitución por suscripción pública”, en el que un “promotor” va buscando interesados en suscribir acciones para un proyecto determinado). El contenido de estos acuerdos de suscripción en general consistía en que el suscriptor, si un número determinado de otros suscriptores aceptaba participar en el proyecto tenido en vista por el “promotor”, y si la *corporation* entonces se conformaba, ante el requerimiento del directorio

de la misma, una vez constituida, se comprometía a aportar a la misma una cierta cantidad de dinero o de otros activos, siempre que a cambio se le entregara una cierta cantidad de acciones de la recién formada *corporation*. Para este fin, parece inevitable que el contrato de suscripción haya debido establecer una relación aritmética entre la cantidad de dinero o activos a ser aportada por el suscriptor, y la de acciones a entregar por la *corporation* como contrapartida. De esta relación surgió el concepto más o menos equivalente al nuestro de *igual valor nominal*, llamado en el derecho americano *par value* (repárese en que la palabra *par* significa en inglés “igual”). De este modo, ningún suscriptor de acciones podría normalmente esperar recibir acciones por menos cantidad de dinero que el *par value*, puesto que todos los otros accionistas habrían de pagar igual cantidad por sus acciones. En tal caso, el accionista que entregaba a la *corporation* la cantidad de dinero (o valores equivalentes) convenidos por cada acción, recibía un certificado con formalidades similares a la del papel moneda o los billetes de banco, uno de cuyos caracteres más notables era el valor nominal, declarado en una cantidad cierta de dinero (generalmente cien dólares).⁹⁴⁰

Con el tiempo, se dio por entendido por parte de los tribunales y legisladores, que el valor nominal igual o *par value* correspondiente a la totalidad de acciones suscriptas por un accionista, constituían aquello que los accionistas *debían* pagar por sus acciones. Igualmente también, el número de acciones (N) emitidas por una *corporation*, multiplicado por el valor nominal igual o *par value* (\$ P) se dio en llamar el *capital social*: $N \times \$P$.⁹⁴¹

b) *Valuación del riesgo en la concesión de crédito*

Otra función que se entendió que cumplía el concepto de *capital social*, se relacionaba con el proceso de valuación del riesgo crediticio que debía efectuar un eventual acreedor de una *corporation*, que estaba considerando el otorgamiento o no de crédito adicional a dicha sociedad.

El origen de esta función, puede entenderse si se parte de la perspectiva de una *corporation* luego de su constitución, que todavía no ha iniciado el desarrollo de ninguna actividad comercial, y que sólo cuenta con los aportes efectuados por sus accionistas. En esta situación, el tercero que está considerando el otorgamiento o no de crédito a la nueva *corporation*, puede inferir que el número de acciones adquiridas por los accionistas, multiplicado por el valor nominal de cada una de ellas (que es el precio pagado por cada accionista), es la cantidad de *activos* con que cuenta la sociedad. Casualmente, la relación $N \times \$P$, acabamos de

⁹⁴⁰ Manning, ob.cit. ps. 18 y 19; Clark, ob. cit., § 17.1.1 y 17.1.2., ps.706 y 707.

⁹⁴¹ Manning. ob. cit., ps. 20 y 21.

ver que coincide con el concepto de *capital social*. Por otra parte, si algún accionista no hubiera completado la integración del precio de las acciones (o por cualquier razón el precio pagado no se considerara una contrapartida adecuada al valor nominal de las acciones), y luego de otorgado el préstamo la compañía quebrara, tal prestamista –de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales americanos– podría accionar contra el accionista deudor de dichas sumas.⁹⁴² Aquí vemos entonces, por qué en esta situación, dicho eventual acreedor, pudo considerar que es seguro prestar fondos a la *corporation*, hasta el límite de su *capital social*.

Pero, habida cuenta de que el presupuesto sobre el que se asentó dicho razonamiento era el esquema estático de una sociedad al día siguiente de su constitución y que no había realizado actividad alguna, es fácil entender por qué en cualquier otro caso (los supuestos reales en que los acreedores otorgan crédito a las sociedades) no pudo constituir la guía de acción de ningún acreedor que actuara racionalmente. En efecto, luego de un cierto tiempo durante el cual la *corporation* en cuestión hubiera realizado negocios, habrá dejado de ser un dato relevante si los accionistas integraron totalmente sus acciones. Pudo suceder que los accionistas hubieran llevado a cabo una inversión suficiente, pero la compañía hubiera perdido todos sus activos como consecuencia de malos negocios; o por el contrario, que los accionistas hubieran pagado poco o nada por sus acciones, pero que el patrimonio social se hubiera incrementado como consecuencia de las utilidades generadas por prósperos negocios.⁹⁴³

c) *Cuestiones relacionadas con el capital social y el valor nominal*

La práctica demostró que la posibilidad de que el dato del *capital social* (valor nominal por cantidad de acciones emitidas) sirviera de alguna ayuda para resolver los problemas examinados en los apartados anteriores a) y b)–si es que alguna vez realmente cumpliera tal función– estaba atada al presupuesto que sirviera de modelo para tal desarrollo (la sociedad al momento de su constitución, antes de realizar actividades). Cualquiera de las contingencias comunes de una empresa en marcha, tales como la emisión de nuevas acciones como consecuencia de aumentos de capital, fusiones, u otras no tan comunes entre nosotros como la compra de acciones por la sociedad de sus propias acciones, cambios en el valor nominal de las

⁹⁴² Como origen de esta responsabilidad suele señalarse el caso *Wood vs. Dummer* del año 1824 (30 F. Cas. 435, N° 17.944, C. C. D. Me. 1824), en el que el Juez Story elaboró la teoría de que el *capital stock* de una *corporation* constituía un *trust fund* –esto es un fondo fiduciario– (Clark, ob. cit., § 17.1.2., p. 710). Pero se ha destacado que aunque para el oído moderno suene antigua la expresión “stock” en la citada frase, el Juez Story la usó en su significado etimológico original: el origen de algo que luego se ha incrementado, el aprovisionamiento básico y central de ese algo. Pero el concepto actual de *capital stock* se ha apartado de su significado original. Para el Juez Story, significaba los *activos* entregados por los accionistas (a cambio de sus acciones); por ello en el citado fallo hablaba de la ilegalidad de restituir tales *activos* a los accionistas. En términos contables, dicho *stock* se refería a *activos*, y más específicamente, *activos corrientes* (parte superior del lado izquierdo del balance); pero para el legislador moderno, tanto *capital* como *stock*, son términos que se representan del lado derecho del balance (Manning, ob. cit., ps. 27 a 29).

⁹⁴³ Manning, ob. cit., ps. 22 a 25; y Clark, ob. cit., § 17.1.2., p. 709.

acciones, etc. tienen la posibilidad de alterar profundamente la situación ideal del acreedor o accionista que hipotéticamente hubiera confiado en el valor atribuido inicialmente a los aportes.⁹⁴⁴

Por otro lado, también influyen en tal hipotética confianza, factores tales como:

1) la *clase de bienes* entregados como contrapartida del precio de suscripción de las acciones (en el derecho americano se hizo hincapié en que la contrapartida de los aportes fueran bienes de valor económico presente y no futuro,⁹⁴⁵ mientras que en el nuestro la protección se estableció mediante el requisito que exige que los aportes a las sociedades anónimas consistan en obligaciones de dar bienes susceptibles de ejecución forzada, según surge de los artículos 38 y 39 de la ley 19550);

2) la *cantidad de bienes* entregados a iguales fines, lo que ha dado a lugar a su vez, a regulaciones en dos sentidos: el *requisito mínimo de aportes*, generalmente de escasa significación, por lo que actualmente han tendido a ser abandonados por la legislación de la mayoría de los estados americanos,⁹⁴⁶ pero que en la nuestra aún se mantiene en el artículo 186 de la ley de sociedades comerciales; y el referido al *precio a pagar por las acciones*, con relación a su valor nominal, cuestión que por su parte, ha originado la problemática de la suscripción *bajo la par*⁹⁴⁷ y *sobre la par*⁹⁴⁸; y

⁹⁴⁴ Manning, ob. cit., cap. 2, N° 7, ps. 38 y 39.

⁹⁴⁵ Naturalmente que los bienes en dinero en efectivo no trajeron problemas. La cuestión se presentó dificultosa para los tribunales y legisladores, respecto de los bienes que contenían alguna forma tal en la que su valor económico se manifestaba en un momento posterior al del aporte, tales como el compromiso de prestar servicios a la *corporation*. El ejemplo típico de las dudas que se presentaron en este terreno, entre la visión legal y la del hombre de negocios, es el caso del pagaré de John D. Rockefeller, III, o una obligación de General Motors. Pero los tribunales se pronunciaron negativamente frente a la aptitud de tales derechos, para ser tenidos como aportes válidos. Ver Manning, ob. cit., cap. 3, N° 2, ps. 40 y 41 y Clark, ob. cit., § 17.1.2., ps. 709 y 710.

⁹⁴⁶ Manning, ob. cit., cap. 3, N° 1, p. 40.

⁹⁴⁷ En el derecho americano esta situación se dio a partir del caso *Handley vs. Stutz* (139, U. S. 417, 11 S. Ct. 530, 1891), en el que se discutió el problema de una sociedad anónima que se encontraba en serias dificultades financieras y recurrió a los fines de hacerse de fondos, a la emisión de *obligaciones* que –para hacer más atractiva su colocación– otorgaban una cierta cantidad de “acciones liberadas” (sin obligación de pagar precio por la compra de las mismas) a los suscriptores de tales obligaciones. Un acreedor de la sociedad demandó, solicitando hacer responsables a los tenedores de las “acciones liberadas” por el pago del *valor nominal* de las acciones recibidas junto con las *obligaciones*. La solución de la Suprema Corte consideró que una compañía en estado de emergencia económica podía, sin generar riesgo de responsabilidad para los adquirentes de nuevas acciones, emitir las al mejor precio que pudiera conseguir, fuera éste superior o inferior al valor nominal (sobre o bajo la par). En los hechos, por las razones que a continuación veremos, el criterio del fallo vino a hacerse aplicable a cualquier caso en que el valor de mercado de las acciones fuera inferior al valor nominal (Manning, ob. cit., cap. 2, N° 4, p. 23).

En efecto, la idea de que el *valor nominal* de la acción era la medida de la inversión del accionista suscriptor, se desarrolló también bajo un presupuesto: se tomaba en consideración, en un enfoque estático, a una sociedad que acababa de recibir el precio de suscripción de las acciones emitidas, antes de comenzar sus operaciones comerciales; se daba por sentada la práctica común entre las primeras sociedades anónimas, relativas a que el precio que pagaba el suscriptor por las acciones era casi siempre el *valor nominal*; y se entendía que el accionista suscriptor estaba obligado a ingresar a la sociedad el precio convenido. Si bien este esquema no era de mucha utilidad para los acreedores, guardaba cierta coherencia. Pero en la medida que una sociedad comenzaba el giro de sus actividades, el sistema perdía la coherencia inicial, así como totalmente su utilidad (Manning, ob. cit., cap. 2, N° 4, p. 22).

En primer lugar, si bien el *valor nominal* de la acción figuraba en el frente del documento correspondiente, el mismo dependía de lo establecido en el estatuto social, que podía ser modificado por una reunión de accionistas, con las mayorías adecuadas. Por tal razón, cuando una sociedad no podía colocar nuevas acciones al precio existente en el mercado para las acciones ya en circulación, podía recurrir a la reforma del estatuto y fijarle un nuevo valor nominal inferior. El paso siguiente, lo constituyó –no obstante la preferencia generalizada por acciones con alto valor nominal, por motivos puramente irracionales– la emisión de acciones con “bajo” valor nominal, desde el comienzo, como forma de evitar la reforma posterior de los estatutos. De esta manera, el criterio jurisprudencial del caso *Handley vs. Stutz* no necesitó ponerse a prueba, puesto que este mecanismo vino a hacerlo innecesario (Manning, ob. cit., cap. 2, N° 4, ps. 23 y 24).

En el derecho argentino, el mecanismo de la emisión de acciones “bajo la par” está prohibido por el artículo 202 de la ley de sociedades, salvo para los casos de sociedades que hacen oferta pública de títulos valores, dentro del mecanismo reglamentado por la ley 19.060.

3) la *valuación* atribuida a dichos bienes a ser entregados como aporte: dicho factor influye de la siguiente manera. Si el accionista que adquiere (suscribe) las acciones de una sociedad, paga el precio (entrega el aporte) convenido en dinero en efectivo, y dicha operación es registrada correctamente, ninguna responsabilidad ulterior ha de pesar sobre él y esto no influye particularmente en el esquema considerado. Si por el contrario, el pago se realiza en alguna otra forma de bienes, la situación cambia, y aparecen los problemas de valuación de los aportes, en cuanto a si alcanzan o no el valor nominal (*par value*) de las acciones, lo cual puede influir considerablemente en el presupuesto que dio lugar a la construcción acerca de la importancia del capital social.⁹⁴⁹

⁹⁴⁸ Cuando por las razones comentadas en la nota 947, en la práctica americana de los negocios se generalizó la costumbre de emitir acciones con “bajo” valor nominal, el esquema de colocación de acciones fue el siguiente: el precio de *suscripción* de una emisión de acciones de una sociedad anónima determinada se fijaba en US\$ 50, pero el valor nominal (*par value*) se establecía en US\$ 10. Cuando el accionista suscriptor pagaba el precio de suscripción, el registro contable computaba como contrapartida del ingreso de activos por valor de US\$ 50, un aumento de US\$ 10 en la cuenta “capital social” y otro de US\$ 40 en una cuenta que los contadores calificaban genéricamente como de alguna suerte de “ganancia”: antiguamente se la solía llamar *capital surplus* y más modernamente se la dio en llamar *paid-in surplus, contributions in excess of capital* o *amount paid-in in excess of par* (Manning, ob. cit., cap. 2, N° 5, p. 37). El abandono de la identificación entre “precio de suscripción” y “valor nominal” dio lugar, por un lado, a problemas tales como determinar cuál era el importe por el que debería ser demandado el accionista que no cumplía con la obligación de pagar íntegramente el precio de sus acciones (¿debía serle reclamado sólo la diferencia hasta integrar el valor nominal o el precio total de suscripción?: la respuesta a la pregunta está influida por la caracterización que se dé a la obligación del accionista, ya sea como basada en el cumplimiento de la obligación asumida en el acuerdo de suscripción o bien en lo establecido en el estatuto social: Manning, ob. cit., cap. 3, ap. C, N° 1 a 3, ps. 46 a 49); por otro, abrió una separación entre la perspectiva de los economistas y los hombres de negocios por una parte y la de los abogados y contadores por la otra, respecto del alcance y significado del concepto *inversión de capital* (Manning, ob. cit., cap. 2, N° 5, p. 25).

En nuestro derecho la emisión sobre la *par* está regulada también por el artículo 202 de la ley de sociedades, que la permite a condición que lo autorice la asamblea extraordinaria (en las sociedades autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones, lo autoriza la asamblea ordinaria), conservando la igualdad en cada emisión. El saldo que arroje el importe de la prima, descontados los gastos de emisión, integra una reserva especial, sólo distribuible con los requisitos de los artículos 203 y 204.

Se han registrado algunas opiniones doctrinarias en el sentido de considerar obligatoria la fijación de prima para la capitalización de ajustes al capital, utilidades no distribuidas, (ver Carlos Suárez Anzorena, “La conversión de los caracteres de las acciones y el canje de los títulos que las representan”, en *La Ley*, 1990-D, 926) y otros rubros del patrimonio neto no capitalizados. También se registra algún fallo en igual sentido (“Lurie, Jorge v. Ponieman Hermanos S.A.” de la C. Nac. Com., sala B, del 19/05/1997, en JA 2001-III-síntesis, y Lexis N° 1/51474). No obstante, el criterio tradicional en esta materia ha sido el sostenido por la C. Nac. Com., sala C, en los autos “Augur S.A. s/ quiebra v. Sumampa S.A.”, del 28/12/1984, con voto del Dr. Anaya, en JA 1987-I-97), que sostiene que la emisión con prima no es obligatoria, a menos que se pruebe que exista un perjuicio concreto. Dado entonces, que la cuestión no está expresamente resuelta, y habida cuenta de la importancia del fenómeno inflacionario en nuestro país hasta los años 90, y lo inestables que resultan nuestros períodos de estabilidad monetaria, nuestro régimen deja una brecha abierta en la coherencia del sistema.

⁹⁴⁹ La jurisprudencia americana acuñó dos standards para regular los límites de la responsabilidad del accionista en la valuación de los aportes. Uno de ellos es el de la regla del “valor verdadero”, según la cual la valuación del aporte será evaluada retrospectivamente por los jueces, según un criterio prudencial. Otros tribunales optaron por la regla de la “buena fe” o “diligencia razonable”, que consiste en considerar libre de responsabilidad al accionista que aporta los bienes en cuestión, si la valuación atribuida a los mismos puede ser justificada desde el punto de vista de la que hubiera realizado un hombre diligente, teniendo en cuenta los hechos conocidos por él al momento de la valuación. No obstante ello, siguió existiendo por parte de los inversores una mayor necesidad de certeza, respecto de las responsabilidades eventuales que pudieran derivarse como consecuencia de la compra de acciones, por lo cual la legislación de muchos estados americanos estableció que, en ausencia de fraude, la valuación atribuida a los bienes aportados por los accionistas suscriptores, por parte del directorio de la *corporation* emisora de tales acciones, al momento de recibir tales bienes, sería definitiva en esta cuestión, con lo que los litigios judiciales quedaron virtualmente eliminados en la práctica (Manning, ob. cit., cap. 3, sec. A, N° 3, ps. 43 y 44; Clark, ob. cit., § 17.1.2., ps. 713/4).

En nuestro derecho, la valuación atribuida a bienes que no sean dinero en efectivo, que se utilizarán para integrar el precio de suscripción de acciones, es fijado por la autoridad de contralor (Inspección General de Justicia, Direcciones provinciales de Personas Jurídicas, etc.), sobre la base de valuaciones de plaza (cuando se trate de bienes con valores corrientes) o valuaciones periciales (art. 53 ley 19550).

d) *La distribución de “dividendos”*

A su vez, todo este conjunto de ideas acerca de la función de protección del *capital social*, a veces combinado con otros criterios, ha sido utilizado como medida para determinar el límite permitido para el retiro de “utilidades”,⁹⁵⁰ por parte de los accionistas.

Aunque el sistema federal de los Estados Unidos de América, ha dejado librada a la competencia de la legislación estadual la cuestión de la constitución de sociedades anónimas, existe una tendencia común a todas las mencionadas legislaciones: el objetivo de todas ellas respecto de la protección de los acreedores se centra en controlar el flujo de activos desde las sociedades hacia sus accionistas, no obstante que los procedimientos específicos difieren entre sí. Tales procedimientos se suelen dividir en los siguientes grupos, según que tomen en cuenta: el criterio de *insolvencia*, el cálculo del *excedente* que surja según balance, de la resta entre los activos por un lado y el pasivo más el *capital social* por el otro; el criterio de la existencia de *ganancias*; y el de los dividendos *especiales* o *ingeniosos*.

El *criterio de insolvencia* está basado en el presupuesto que dio origen a la doctrina del caso *Wood vs. Dummer* (ver ap c) anterior y nota 942), según el cual el principio de la relación jerárquica de los acreedores respecto de los accionistas no tendría ningún sentido si en los casos en que la sociedad carece de activos para pagar a sus acreedores, los administradores de la sociedad pudieran hacer pagos bajo cualquier concepto a sus accionistas, o pagos tales que colocaran a la sociedad en situación de carecer luego de activos suficientes para tales pagos. Este criterio está presente, en última instancia, en las regulaciones de casi todos los estados. Los criterios para “medir” la insolvencia varían según se trate de “equity courts” o de “law courts” (para los casos de quiebras). El primero de los criterios toma en cuenta la capacidad del deudor para cumplir con sus obligaciones en la medida de su exigibilidad (liquidez), y el segundo, considera que la suma de los activos supere o no a los pasivos (solvencia). Este criterio, por su simplicidad, prescinde del concepto de capital social y otros relacionados.⁹⁵¹

Según el criterio del *excedente* (*activo menos la suma del pasivo + capital*), una sociedad anónima (*corporation*) podrá distribuir utilidades, cuando el valor atribuido en el balance a sus activos, menos el correspondiente a sus pasivos, más el valor correspondiente al

⁹⁵⁰ Decir que la sociedad distribuyó “utilidades”, no es sino un uso figurado del lenguaje. Lo que la sociedad distribuye son “activos”. La ya aludida (§ 68) ambigüedad de la palabra “capital”, contribuye a la confusión en este aspecto. Como se dijo, con este término a veces designamos bienes afectados a una actividad productiva (sentido económico), y otras la cifra del aporte original de los socios (sentido jurídico-contable). Cuando nos referimos al capital en sentido económico queremos indicar aquellas cosas que se registran del lado izquierdo del balance, y cuando lo hacemos en el sentido jurídico-contable, a las del lado inferior derecho. Pero cuando a los acreedores les interesa recuperar aquello que le prestaron a su deudor, no les preocupa lo que hay en ese lado inferior derecho del balance, sino les interesa que haya “activos” con los cuales poder resarcirse. Y en este aspecto, no todos los activos son iguales en cuanto a su liquidez, ni tampoco les preocupa si retiraron una suma mayor que el aporte original, en tanto resten bienes suficientes en el momento del vencimiento.

⁹⁵¹ Manning, ob. cit., cap. IV, A., p. 59. Clark, ob. cit., § 14.3.4., p. 616.

capital social, arroje una suma positiva. Sigue este criterio, combinado con el anterior denominado de insolvencia, por ejemplo, la legislación del estado de New York.⁹⁵² La aparente simplicidad de este criterio resulta desvirtuada no bien se advierte que la determinación del *excedente* es enteramente dependiente de la determinación a su vez, de qué es el *capital*, y por ende a cuánto asciende. Y responder a ello, depende de cuestiones para nada sencillas como las que siguen: 1º) No obstante que los profesionales del derecho que carecen de práctica en cuestiones contables tienden a atribuirles a las decisiones de los contadores una certidumbre de la que de hecho carecen, en la realidad tales decisiones dependen de criterios como los llamados “principios de contabilidad generalmente aceptados”, cuya determinación se encuentra fuera de la competencia de las autoridades judiciales, y no se considera conveniente que suceda de otro modo. Encontramos ejemplos de esta clase de decisiones que inciden en la determinación de los *excedentes*, en los siguientes casos: la determinación de qué tipo de gastos y por qué cantidad deben ser imputados a la cuenta de “pérdidas y ganancias” y cuáles “capitalizados” como activos; cuándo y en qué proporción deben provisionarse los créditos de dudosa cobrabilidad; cuándo las obligaciones contingentes deben ser reconocidas y registradas como pasivos; etc. 2º) En cuanto a la determinación del “capital social” (que como se dijo constituye una de las “variables” para establecer los *excedentes*): en los casos sencillos resulta también sencillo de establecer, mediante la multiplicación del número de acciones en circulación por el valor nominal de las mismas (y en los casos en que las acciones carecen de valor nominal según se acepta en algunos estados americanos, por el valor atribuido mediante una resolución del directorio). Pero ello no siempre es así. Las emisiones de nuevas acciones, pueden llevarse a cabo mediante una gran cantidad de mecanismos que mejoran las posibilidades de financiación de la sociedad mediante este recurso, la mayoría de los cuales no están permitidos por nuestra legislación societaria (con lo cual mantiene la simplicidad del mecanismo del *excedente* para la determinación de las utilidades, pero impide la utilización de técnicas de financiación que en nada perjudicarían a los acreedores de la sociedad), pero que relativizan aún más la utilidad del criterio del *excedente* para establecer la razonabilidad de la distribución de utilidades. Tal es el caso de las emisiones por sobre (ver nota 948) y bajo la par (ver nota 947). A los problemas generados por tales mecanismos, cabe agregar el tratamiento a otorgar a casos tales como, por ejemplo, los que resultan de la existencia de acciones suscriptas pendientes de integración (¿en qué momento deben considerarse como parte del capital social?), la emisión de opciones por parte de la sociedad, para suscribir acciones a un determinado precio, la emisión de acciones

⁹⁵² New York Business Corporation Law, § 510 (b), Manning, ob. cit., ps. 60 y 61.

convertibles, la compra de acciones por la propia sociedad, la determinación del capital cuando la sociedad tiene una estructura compleja de clases de acciones emitidas, etc. 3º) El *capital social* puede ser reducido, mediante el simple recurso de la reducción del valor nominal de las acciones, cumpliendo diferentes formalidades según los casos, que en algunas situaciones pueden no requerir la intervención de los acreedores sociales. 4º) Las técnicas de contabilidad más modernas distinguen diferentes clases de *excedentes* que pueden generarse dentro del *patrimonio neto*, como por ejemplo las que obedecen a revalúos de activos, primas por emisión de acciones, reducciones del *capital social*, etc. Las primitivas técnicas de contabilidad daban un tratamiento uniforme a todas esas clases de *excedentes*. Dichas técnicas se han perfeccionado de modo que distinguen distintas clases de excedentes. No obstante, los estados que respecto del pago de dividendos siguen un criterio estricto de basar el control en los *excedentes* del balance, no se han actualizado, y limitan o permiten las distribuciones de activos de conformidad con los antiguos criterios contables.⁹⁵³

Atento a las dificultades prácticas que ha demostrado este mecanismo, el análisis contable se orientó en el sentido de que las regulaciones debían permitir la distribución de dividendos solamente en caso de existencia de *ganancias*. A diferencia del anterior concepto de *excedente* que supone una comparación estática sobre ciertos datos del balance entre dos momentos determinados, este otro de *ganancias*, supone una consideración dinámica de los ingresos y egresos de una empresa: de su flujo de fondos. Las legislaciones estatales que siguieron las líneas del *Model Business Corporation Act* según su versión de 1979⁹⁵⁴ adoptaron como enunciado la regla de que solamente podrían distribuirse dividendos sobre la base de *ganancias* realizadas y libres de reservas y otras restricciones (secc. 45). No obstante ello, las excepciones (secc. 46) casi desvirtúan la regla, en la medida que permiten distribuir los *excedentes* producidos por reducciones de capital, así como por imputación de pérdidas a los mismos, siempre que ello no torne insolvente a la sociedad, lo cual se puede obtener mediante la simple decisión del directorio si el estatuto lo autoriza (de lo contrario requiere aprobación de los accionistas). Una forma de lograr tales *excedentes* es a través de la reducción del capital de la sociedad, el que a su vez se puede lograr mediante la reducción del valor nominal de las acciones en circulación.⁹⁵⁵

⁹⁵³ Manning, ob. cit., ps. 61 a 72.

⁹⁵⁴ *Model Business Corporation Act* es un texto que elabora periódicamente el Comité de *Corporate Laws* de la Sección *Corporation, Banking and Business Law* de la American Bar Association (<http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf>) con el propósito de dar una guía orientadora en materia de regulación de *corporations*.

⁹⁵⁵ Manning, ob. cit., ps. 72 a 75.

El criterio de los llamados dividendos *especiales* o *ingeniosos*, corresponde a otro grupo de estados que siguieron la iniciativa de Delaware de 1927, y establecieron un criterio destinado a resolver los problemas de sociedades que han venido arrojando pérdidas en sus últimos balances, y tienen importantes pasivos a los cuales hacer frente. En estas circunstancias, indudablemente, cualquier compañía encontraría dificultades para colocar nuevas acciones que le proveyeran de fondos para atender sus obligaciones, a menos que tales acciones tuvieran el incentivo de ofrecer dividendos a los eventuales adquirentes (que frente a las pérdidas históricas de la sociedad, parecerían no poder ofrecerse en lo inmediato). En esta situación, la compañía no podrá repartir dividendos hasta que las ganancias obtenidas por los negocios de la sociedad no cubran las pérdidas acumuladas en ejercicios anteriores. El mecanismo ideado para resolver este problema consiste en permitir el pago de dividendos sobre *excedentes* (en el sentido ya antes expresado), o bien sobre utilidades netas generadas en el ejercicio en el cual los dividendos son declarados y/o el precedente ejercicio, a pesar de la existencia de pérdidas anteriores.

En nuestro derecho, los arts. 68 y 224 de la ley 19550, ratifican en esta materia la idea tradicional acerca del límite al derecho de los accionistas a percibir dividendos: dicho límite está constituido también sobre la base del *capital social* como “señal” visible indicadora del límite a partir de la cual los accionistas pueden retirar activos de la sociedad en tal concepto.

Para Zaldívar y los demás autores de los *Cuadernos de Derecho Societario*,⁹⁵⁶ la referencia que hacen las normas citadas a las “utilidades líquidas y realizadas que surjan de un balance, a los fines de la determinación de las mismas, implica que éstas dependan de lo que razonablemente pueda resultar de las cifras de un balance aprobado (conforme a las normas aplicables o a los *principios de contabilidad generalmente aceptados*), lo cual implica por supuesto de una u otra forma, tomar como eje de dicha determinación, la cifra del *capital social*. La idea de *utilidad líquida y realizada* se relaciona con la disponibilidad de beneficios compatibles con un equilibrio entre los activos inmovilizados, los realizados y el disponible por una parte, y los pasivos no corrientes y los inmediatamente exigibles por otra (en definitiva, algo no muy distinto –al menos en una de sus interpretaciones– del *standard* que la legislación americana denomina *test de insolvencia*). Los autores citados resumen su opinión al respecto, en estos términos: “el concepto de ‘utilidad’ (y por contrapartida: ‘pérdida’) debe correlacionarse con el de lucratividad (excedente o agregado económico disponible) y emerger de los estados

⁹⁵⁶ Enrique Zaldívar, Rafael Manóvil, Guillermo Ragazzi, Alfredo Rovira, y Carlos San Millán, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980 capítulo IX, N° 24.

contables confeccionados de acuerdo con las previsiones legales que se hubieren establecido, o en su defecto, en base a principios de contabilidad generalmente aceptados.”

En general, para nuestra doctrina tradicional, la relación que existe entre los *activos* y la cifra del *capital social*, como límite a la distribución de dividendos, es una manifestación de un principio de mayor alcance que se denomina “intangibilidad del capital social”, según el cual la expresada cifra representativa del valor inicial de los aportes a la sociedad constituye una forma de garantía efectiva para los acreedores de la sociedad.

El objetivo de la “intangibilidad del capital social” se infiere de las disposiciones tendientes a evitar que los accionistas retiren los bienes ingresados a la sociedad a título de “capital social”, las que prohíben a la sociedad repartir dividendos tales que impliquen reducir la cantidad de bienes aportados originalmente, las relativas a la clase, cantidad y valor de los bienes entregados por los accionistas en calidad de aporte, y las que prohíben a la sociedad recomprar sus acciones. Así hoy en nuestro derecho –a modo de ejemplo– vemos que la ley de sociedades comerciales dispone en el artículo 13 inc. 3º, la nulidad del convenio que asegura al socio su capital o las ganancias eventuales; en el artículo 31 1º párrafo la prohibición a una sociedad de participar en otra en una proporción que exceda sus reservas libres y la mitad de su capital y reservas legales; en el artículo 32 párrafo 1º la nulidad de las sociedades constituidas mediante participaciones recíprocas en el artículo 32 2º párrafo, la limitación a la participación de las sociedades controladas en la sociedad controlante o en las controladas por estas; en los artículos 38 a 54 el control de la integración de los bienes aportados, en cuanto a la valuación de los bienes no dinerarios, y clase de bienes aportables; en los artículos 68 y 224, límites a las distribuciones de dividendos; en los artículos 11 inc. 4º y 163, la necesidad de determinar la cifra del capital social en correspondencia con la del valor nominal de las acciones; en el artículo 186, la necesidad de suscribir íntegramente el capital social; en el artículo 187 3º párrafo, limitaciones a los aportes no dinerarios a las sociedades anónimas, en cuanto sólo se admite el aporte de obligaciones de dar (no de hacer), que deberán integrar en su totalidad; en el artículo 202 la prohibición de la emisión de acciones bajo la par (salvo el supuesto de la ley 19060); en los artículos 202 a 206, la necesidad de reducir el capital social en caso de pérdidas, así como los requisitos para permitir la reducción voluntaria; en los artículos 220 a 221, las condiciones para permitir la adquisición y/o amortización de sus propias acciones por la sociedad, así como la prohibición de recibirlas en garantía, etc.⁹⁵⁷

⁹⁵⁷ Verón, ob. cit., To. 1, art. 38, No. 9, ps. 335 a 337.

§ 78. Función actual del concepto de “capital social”

Como consecuencia de la inadecuación y limitaciones conceptuales ya mencionadas que demostró el mecanismo del *capital social*, la forma que en la práctica se buscó para proteger a accionistas y acreedores de las sociedades anónimas, frente a los riesgos que podían sufrir otorgándole crédito a las mismas, se puede advertir que sufrió una evolución.

a) Evolución en la práctica de los negocios societarios

En el derecho americano, en primer lugar, luego de haberse abierto camino la práctica de emitir acciones por un valor substancialmente superior al nominal (*par value*), como forma de evitar responsabilidades ulteriores de los suscriptores (notas 942 y 943), quedaron planteadas las bases para la destrucción del sistema del *par value*. En efecto, en estas circunstancias, ningún inversor podía estar seguro, al ser requerido por un promotor, que el tratamiento que recibiría respecto del precio sería igual al de otros inversores, por el sólo mecanismo de controlar el valor nominal declarado en el título (pues este dato era incompleto, si no se consideraba el precio total de suscripción o compra). Luego, los regímenes legales de varios estados permitieron directamente la emisión de acciones sin valor nominal (*no-par value shares*). Así, la función del valor nominal, desapareció totalmente de la práctica de los negocios, aún en el contexto de la colocación inicial (oferta primaria) de acciones (que era el único ámbito en el que el sistema tenía alguna coherencia).⁹⁵⁸

Para las otras funciones que se le habían atribuido al *capital social* (tal como la evaluación del eventual riesgo crediticio, y el límite en la distribución de utilidades), el desarrollo de otros mecanismos de seguridad por parte de inversores y acreedores, también contribuyó al abandono del mismo, en el plano de las decisiones prácticas, puesto que los inversores de hecho toman otro tipo de seguridades a tales fines.

Y no sólo que toman otras seguridades, sino que la perspectiva con que consideran el riesgo que asumen inversores y acreedores, no coincide con el modelo estático presupuesto por la doctrina legal tradicional, según la cual, el respaldo de los proveedores de crédito está constituido por los bienes (activos) de su deudor (entre nosotros, el principio según el cual el *patrimonio* es la *prenda común* de los acreedores). Los criterios en virtud de los cuales los inversores y acreedores conceden crédito, está basado en una visión dinámica: consideran si los ingresos (*flujo de fondos*) de su deudor, serán suficientes para atender regularmente sus

⁹⁵⁸ Manning, ob. cit., cap. 3, sec. D, N° 1, p. 53; Clark, ob. cit., § 17.1.2., p. 714.

obligaciones al momento de la exigibilidad de éstas. Sólo consideran el papel de los bienes (activos), como un recurso subsidiario, en caso de insuficiencia de los ingresos. Ningún inversor ni acreedor que sospecha que los ingresos de su deudor serán insuficientes, acepta conceder el crédito sobre la base de la constitución de garantías (hipotecas, prendas, etc.), porque sabe que esa solución solamente es operativa en caso de un juicio, y lo que él espera es un recupero espontáneo de su crédito. De la misma manera, ninguna persona que sospeche fuertemente que el tren que está por tomar corre serios riesgos de sufrir un accidente, se satisface con contratar un seguro de vida, sino que se baja del tren.⁹⁵⁹

Veamos entonces a continuación, cómo se comportan los distintos tipos de acreedores que podemos considerar al efecto, a la hora de protegerse en el momento de la concesión de crédito. Los acreedores típicos de una sociedad anónima o de una *corporation* se pueden agrupar fundamentalmente en acreedores comerciales, tales como los proveedores, que ha vendido bienes o servicios, o bien acreedores financieros o institucionales, como los bancos y otros intermediarios financieros.

El principal medio de control por parte de un acreedor comercial, respecto de su deudor, es la vigilancia: un seguimiento alerta de su evolución comercial, económica y financiera, que le permita medir el crédito extendido a cada cliente, tal como la sencilla observación de la regularidad de sus pagos. Otros mecanismos a su alcance algo más complicados, son el recurso a las empresas de información sobre morosidad, antecedentes negativos de deudores, etc. Por otra parte, la posición en que se encuentra una empresa frente a su proveedor regular, la hace estrechamente dependiente del concepto que ese proveedor tenga de la regularidad del cumplimiento de sus obligaciones a crédito, puesto que cualquier irregularidad en este aspecto le cerraría rápidamente el acceso a otros proveedores del ramo. El alcance de las preocupaciones del acreedor comercial, en la vida real, es de un alcance en el tiempo, muy breve; su mayor preocupación es obtener el reembolso de su crédito a la mayor brevedad, y no le es de ninguna utilidad el conjunto de disposiciones establecidas por el legislador respecto del *capital social*. Por cierto que si le otorgó crédito a una sociedad anónima que luego resultó declarada en quiebra, apreciará el consejo de un abogado, respecto de las posibilidades de hacer responsables a terceros, por las deudas de la sociedad, si resultó el incumplimiento de alguna disposición legal. La cuestión es que a la hora de dar crédito no lo otorga sobre esas bases.⁹⁶⁰

⁹⁵⁹ Manning, ob. cit., p. 14; ver también los trabajos del autor: “Los ‘flujos de fondos’ como garantía del cumplimiento de las obligaciones”, en *Anales – Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Año 4, Nº 37 – Nueva Serie, p. 168 y siguientes; y “Encuadramiento legal de los ‘flujos de fondos’” en *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico*, Año 2 Número 2, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2008, p. 57.

⁹⁶⁰ Manning, ob. cit., cap. 6, sec. A, ps. 91 a 94.

Los acreedores “institucionales” o “financieros”, por su parte se pueden subdividir en prestamistas de corto o largo plazo: la clásica división en prestamistas del “mercado financiero” (bancos) y del “mercado de capitales” (suscriptores de obligaciones negociables). Los bancos, en primer lugar, prestan sobre la base de una amplia investigación de la situación económica del solicitante y del origen de sus recursos.⁹⁶¹ En este sentido, desde hace ya largos años que comenzaron a prestar atención a ciertos datos de los estados contables de sus deudores, a los efectos de evaluar el otorgamiento de crédito.⁹⁶² El proceso de obtener información confiable de dichos estados contables fue lento, pero terminó por afirmarse.⁹⁶³ A ello debió agregarse la necesidad de uniformar la terminología utilizada en los estados financieros, su formato y los criterios de preparación (los “principios de contabilidad generalmente aceptados”: GAAP), así como la necesidad de cultivar el desarrollo de entidades independientes (los grandes estudios de auditoría) para asegurar la forma de aplicación de tales principios.⁹⁶⁴ El segundo resguardo utilizado por los bancos, lo constituyen las garantías, tanto reales (hipotecas y prendas), como personales (fianzas y avales). Por otra parte, cuando el solicitante del crédito sea una sociedad anónima que no tenga suficientes antecedentes comerciales, o no cuente con recursos financieros propios adecuados, o se trate de una sociedad cuyo control accionario esté concentrado en una

⁹⁶¹ Manning, ob. cit., cap. 6 sec. B, p. 94.

⁹⁶² El primer antecedente de la necesidad de presentar estados financieros como condición para el otorgamiento de crédito por parte de bancos, se atribuye a una decisión de los bancos de Nueva York de fines del siglo XIX: “Creemos que los Bancos del interior, que constituyen la mayor parte de nuestros miembros, no disponen de archivos de créditos como los que se utilizan en los Bancos de las grandes ciudades. Los clientes son conocidos personalmente por los funcionarios y directores bancarios, que generalmente son sus vecinos, y los recursos, negocios y moralidad de aquéllos son materia del conocimiento personal e íntimo del funcionario” (Quian, Roberto J., *Contabilidad para abogados*, cit., p. 212 y Le Pera, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, en *La Ley*, 1996-B, p. 972).

Luego, este criterio fue adoptado por la legislación federal estadounidense (*Federal Reserve Act* de 1914) y por la Comisión de Reserva Federal (autoridad a cargo del control monetario), que en 1915 adoptó la siguiente decisión: “Luego del 15 de enero de 1915 no será descontado o comprado por los Bancos de la Reserva Federal ningún papel que no lleve en su faz la evidencia de que es elegible para el redescuento..., y que el vendedor del papel ha entregado un estado al Banco miembro” (Quian, ob. cit., p. 212; Le Pera, ob. cit., lug. cit.).

Más tarde dicha exigencia fue extendida como requisito para la oferta pública de títulos valores por la *Securities Act* de 1933, luego modificada en 1934 por la *Securities Exchange Act*. La idea sobre la que se apoyó la regulación de la *Securities Act*, fue el de establecer la necesidad de una completa divulgación de la información relevante de la sociedad cuyas acciones habrían de ser objeto de oferta entre el público, de modo de permitir a los inversores una toma de decisiones sobre bases racionales, pero a riesgo del inversor que previamente debió ser informado: en otras palabras, la regla era la libertad de emisión, con obligación de “hacer saber” la información relevante. Esta política se impuso y demostró superioridad sobre el criterio de imponer regulaciones, restricciones o nulidades genéricas por parte del legislador, antes de que se manifieste en concreto su perjudicialidad (Le Pera, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, en *La Ley*, 1996-B, p. 972; Clark, ob. cit., § 17.2., p. 719 y sigs.).

En nuestro país las normas del Banco Central de la República Argentina sobre criterios de clasificación de deudores establecen que “el criterio básico de evaluación es la capacidad de repago del deudor en función del flujo financiero estimado y, sólo en segundo lugar, sobre la base de la liquidación de activos del cliente, dado que el otorgamiento de las financiaciones debe responder a sus verdaderas necesidades de crédito y efectuarse en condiciones de amortización acordes a las reales posibilidades de devolución que su actividad y generación de fondos le permitan” (texto introducido por la comunicación “A” 2216, Anexo I, Punto I, último párrafo).

⁹⁶³ El primer paso, a comienzos del siglo XX, lo constituyó el hecho de obtener de los estados contables, información sobre la liquidez de la sociedad, resultado de comparar los activos fácilmente liquidables con las obligaciones exigibles a corto plazo. Pasada la Primera Guerra Mundial, se empieza a tener en cuenta la importancia de la información resultante de la comparación de otras cuentas del balance entre sí, así como la de los estados financieros anteriores de la propia sociedad: por ejemplo, la relación que resulta de dividir el *capital corriente* (caja, bancos, créditos a corto plazo, mercaderías e inversiones transitorias, menos pasivo a corto plazo) por las ventas (la disminución del coeficiente, por aumento de ventas, indica problemas financieros futuros, puesto que señala falta de capital); o el de *rotación de mercaderías* (total del costo de mercaderías vendidas dividido la existencia promedio de bienes de cambio) demuestra si la tendencia de las ventas ha seguido el ritmo de las existencias, puesto que dados los costos de mantenimiento de *stocks* (intereses del capital invertido, costo locales para depósito, gastos administrativos, manipuleo, etc.) debe mantenerse el mínimo posible que, sin desatender los pedidos de los clientes, no inmovilice demasiado capital (Quian, ob. cit., ps. 234 a 235; Le Pera, ob. cit., lug. cit.).

⁹⁶⁴ Le Pera, ob. cit., lug. cit. Sobre la evolución de las normas de auditoría y de los “Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados”, en nuestro país, ver Mario Wainstein, “Normas de auditoría”, en *Jurisprudencia Argentina*, JA - 1996 -IV – 727 (Doctrina).

persona o grupo determinados, los recaudos de garantías exigidas a los accionistas, directores, etc., terminan por eliminar buena parte de las ventajas de la forma *corporativa* (§ 44). Y si el crédito bancario se extiende más allá del marco del “corto” plazo, sus condiciones se hacen cada vez más similares a las que veremos a continuación.⁹⁶⁵

En los casos de crédito a largo plazo (por lo general tenedores de *bonos* o *debentures* – entre nosotros *obligaciones negociables*– o préstamos bancarios, muchas veces sindicados), además de los recaudos antes mencionados, la protección de los acreedores se hizo corriente buscarla mediante la celebración de un contrato entre el representante de los tenedores de los títulos de deuda –el *fiduciario* o *trustee*– o el de los bancos sindicados –el Banco Agente– por un lado y el emisor de los títulos o prestamista, por el otro, que en la práctica americana se conoce como *indenture*.

Dicho contrato se divide en dos partes: en la primera, se establece con mucha minuciosidad –luego de una larga negociación– cuáles son las obligaciones asumidas por el prestatario, en cuanto comportamiento vinculado a la protección de los intereses de los prestamistas, durante la vigencia del préstamo; el conjunto de estas obligaciones “no monetarias” se denominan *covenants*.⁹⁶⁶ El incumplimiento relevante de cada uno de estos *covenants*, se denomina “evento de incumplimiento”. En la segunda parte se definen los alcances de los “eventos de incumplimiento”, que podrán autorizar al prestamista o a su representante –según los términos del contrato– desde acelerar los plazos de restitución del préstamo hasta hacerse cargo de alguna forma de la administración de los negocios del prestatario; por otra parte, para que los compromisos de la primera parte del contrato tengan alguna virtualidad, es natural que el contrato incluya un deber de información periódica por parte del prestatario y hacia el representante de los inversores.

Es interesante comparar el tipo de circunstancias que es de estilo incluir en estos contratos a modo de obligaciones a cargo del prestatario (límites al nuevo endeudamiento,⁹⁶⁷ y a las distribuciones de activos a los accionistas⁹⁶⁸), con los mecanismos de protección legal

⁹⁶⁵ Manning, ob. cit., cap. 6, sec. B, ps. 94 y 95.

⁹⁶⁶ El tipo de *covenants* que se use en una contratación financiera determinada, influye en el costo de dicha financiación, en razón de que tales *covenants* tienen directa relación con los problemas de *riesgo moral*, *información asimétrica* (que se verán más adelante § 87 ap. b) y notas 1065 y 1066 y textos relacionados) y por ende, con el riesgo, como factor determinante de la tasa de interés (ver Paolantonio, “El análisis económico del derecho y la estructura societaria” citado, secciones 7.2 y 7.3, ps. 221 a 226; y Chava, Sudheer, Kumar, Praveen y Wurga, Arthur, *Managerial Moral Hazard and Bond Covenants*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=611801>).

⁹⁶⁷ Por lo general es usual prohibir que el prestatario pueda contraer nuevas deudas garantizadas, de rango superior al otorgado por los prestamistas (aunque es común excluir las garantías reales otorgadas por saldo de precio de nuevos activos, con privilegios otorgados sobre los mismos); en cuanto al nuevo endeudamiento de largo plazo no garantizado, es corriente limitarlo al cumplimiento de una cierta fórmula que contemple la relación entre los activos y las deudas exigibles dentro de un cierto período, y el promedio de utilidades generadas por la sociedad dentro de otro período a determinar (Manning, ob. cit., cap. 6, Sec. B, ap. 2, (i) y (ii), p. 98).

⁹⁶⁸ Es corriente que con relación a este punto, se prohíba a la sociedad emisora de títulos: a) cualquier distribución de dividendos o pagos de activos bajo cualquier forma a los accionistas, salvo la distribución de “dividendos en acciones” (puesto que estos dividendos no entrañan la

basados en la llamada “intangibilidad del capital” o equivalentes. Mientras que los mecanismos legales de protección de la intangibilidad del capital (tanto en el derecho americano como en el europeo continental) dirigen su preocupación respecto del alcance (en cuanto si se verificaron o no, por qué monto, qué relación guardaron con el valor nominal de las acciones, qué valor podía adjudicarse a los activos entregados en pago del precio cuando éste no se realizó en efectivo, etc.) de los pagos hechos por los accionistas a la sociedad deudora, en concepto de compra de las acciones emitidas (o suscripción de las mismas), en los de los contratos realizados por los representantes de prestamistas a largo plazo y el prestatario, la preocupación se refiere a hechos posteriores a la emisión de las acciones (nuevo endeudamiento del prestatario –sobre todo si es garantizado o de rango superior al del prestamista– y restricciones a las distribuciones de activos a los accionistas).⁹⁶⁹

b) Evolución del derecho americano en materia de distribución de dividendos

Luego de las críticas de que fue objeto por parte de la doctrina, el criterio utilizado por la legislación de los distintos estados de la Unión a que ya se hiciera referencia –ver § 77d–, se produjeron dos modificaciones de importancia en este aspecto.

La primera de ellas tuvo lugar a partir del año 1976, cuando el estado de California modificó la “General Corporation Law” de modo tal que prescindió directamente del concepto de capital social. Dicha legislación estructuró el control a la distribución de dividendos sobre las siguientes bases. En primer lugar, una amplia definición del concepto de distribución, que en la sección 166 se caracteriza como toda transferencia de dinero o activos de la sociedad a sus accionistas, sin una contraprestación por parte de éstos, ya sea que se la califique de “dividendo”, “rescate de acciones”, o cuotas de “separación” o “liquidación”. En segundo lugar, los límites específicos a la distribución son establecidos en la sección 500, sobre la base de dos supuestos: que antes de la distribución, el monto de las utilidades retenidas de la sociedad, sean iguales o superiores al importe de las utilidades a distribuir; y que después de producida la distribución, el total de los activos de la sociedad (según se definen) sean iguales al menos a 11/4 veces los

salida de activos de la caja de la sociedad), o b) la compra, rescate o retiro de circulación bajo cualquier forma, de sus propias acciones, por una contraprestación económica (puesto que tales medidas implican entrega de activos a los accionistas), a menos que tales pagos de activos cumplan ciertas condiciones, tales como que se realicen dentro de un cierto plazo (a la brevedad posible para evitar especulaciones), luego de haber sido aprobados, y que se cumplan ciertas condiciones financieras, relacionadas con la capacidad de la sociedad deudora para producir ganancias (Manning, ob. cit., cap. 6 Sec. B, ap. 2, ps. 96 a 106).

⁹⁶⁹ Manning, ob. cit., cap. 6, Sec. B, ap. 2, c. ps. 106 y 107.

pasivos sociales (según se definen) y que otros criterios cumplan con ciertos *ratios* entre los activos corrientes y los pasivos corrientes.⁹⁷⁰

La segunda de las modificaciones tuvo lugar a partir de la reforma de la *Model Business Corporation Act* (MBCA) que tuvo lugar en 1980. Las modificaciones que propuso el Comité de *Corporate Laws* de la Sección *Corporation, Banking and Business Law* de la American Bar Association (ver nota 954) a partir de 1980 apuntaron principalmente a los siguientes aspectos: eliminar el concepto de *capital social* y de *valor nominal* de las acciones; ampliar (siguiendo la tendencia del estatuto de California ya citado) el concepto de “distribución”, comprendiendo tanto dividendos, recompra de acciones y actos similares que deberían seguir las mismas soluciones normativas; la modificación de las reglas que regulan tales “distribuciones”, la eliminación del concepto de *treasury stock*: las reformas determinan que las acciones readquiridas por la sociedad y mantenidas en cartera, deben ser consideradas automáticamente como capital autorizado pero no emitido, hasta su nueva venta, a menos que los estatutos prohíban la reemisión de las mismas (en cuyo caso, ante la compra, se reducirá el número de acciones en circulación).

En cuanto a las reglas específicas sobre distribución de dividendos del MBCA de 1980 y posteriores, se siguieron las siguientes líneas. Se mantuvo la orientación tradicional sobre la prohibición de distribuir dividendos que tornen *insolvente* a la sociedad (entendiendo por tal la imposibilidad de pagar sus deudas, en la medida en que se tornen exigibles en el curso usual de los negocios). Se introdujeron modificaciones en lo referente a la incidencia que habrán de tener los resultados del *balance* en dicha distribución: al haberse eliminado las referencias al *capital social*, ello se sustituyó por una fórmula según la cual, toda distribución estará prohibida, en la medida en que luego de realizada resultara que los activos de la sociedad fueran menores que la suma del total de los pasivos, más las sumas necesarias para pagar los derechos preferenciales (sean acciones o cualquier otro derecho no incluíble en el pasivo) respecto de los que reciban la distribución, en caso de liquidación. Completan dichas disposiciones previsiones relativas a los criterios sobre los que habrán de hacerse las valuaciones correspondientes (balances efectuados según principios de contabilidad generalmente aceptados, o una justa valuación u otros métodos que fueran apropiados a las circunstancias a juicio del Directorio), y el momento en que habrán de efectuarse tales valuaciones.⁹⁷¹

⁹⁷⁰ Ver las normas citadas en el sitio de Internet del Estado de California (www.leginfo.ca.gov); asimismo, Manning, ob. cit., Parte III, ap. I, ps. 164 y 165.

⁹⁷¹ Manning, ob. cit., Parte III, II, B, 3, ps. 171 y siguientes. Ver la versión del *Model Business Corporation Act 2000/01*, 3ª edición, en el sitio de Internet de la American Bar Association (www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca20001.pdf)

c) *Evolución en nuestro derecho*

Nuestra legislación positiva no registró ninguna modificación en este aspecto. Solamente se ha verificado una cierta corriente doctrinaria tendiente al abandono del concepto de *capital social*, como eje del sistema de protección a los acreedores. A la ya citada opinión de Le Pera en el trabajo mencionado en la nota 729, y la de Bollini Shaw,⁹⁷² se puede sumar la de Anaya,⁹⁷³ y la de Olivera García.⁹⁷⁴ Por lo demás, gran parte de la doctrina sigue insistiendo en la función de protección a los acreedores, que cumple el principio de la “intangibilidad del capital”. Aun cuando para otros autores, la adopción del término “infracapitalización” (tomado de la legislación extranjera) pareciera significar un enfoque superador de la polémica (§ 80).

§ 79. Financiadores “dueños” y “no-dueños”

Por lo demás, el concepto de *capital social*, indirectamente, ha servido para establecer un criterio de distinción entre las fuentes de financiación de toda compañía: aquellas que le otorgan al financiador el carácter de “dueño” de la misma, y las que no.

Esta distinción es en cierto modo paralela, de la que usualmente clasifica los medios de financiación de la empresa en instrumentos de “deuda” e instrumentos de “capital”.⁹⁷⁵

Tradicionalmente se ha entendido que las financiaciones registradas en la cuenta “capital” de una compañía, otorgan al acreedor de dicha financiación la calidad de *socio* de ésta (y si la compañía es una sociedad anónima el socio será un *accionista*), y por ende ello le confieren derechos llamados “políticos”, en la medida que conciernen al “gobierno” de la sociedad (elección de autoridades, participaciones en asambleas y voto en las mismas a los fines de decidir algunas cuestiones relativas a la marcha de la sociedad) y en virtud de ello se considera al conjunto de los socios (accionistas) como los “dueños” de la compañía. Asimismo se ha considerado que las financiaciones registradas en el pasivo confieren a sus titulares el carácter de mero “acreedor”, con derechos económicos relacionados exclusivamente con la

⁹⁷² Bollini Shaw, Carlos, “Acerca de un sistema ‘patrimonial’. El principio de ‘intangibilidad’. Valuación de las acciones y fallos que tratan estas cuestiones, en *El Derecho*, T° 145, p. 975 y siguientes.

⁹⁷³ “Repensar la noción de capital social, en *Derecho Empresarial Actual*, Buenos Aires, 1996, p. 33, citado por Ricardo Olivera García, “La crisis del concepto de capital social”, en *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*, 1999, p. 369.

⁹⁷⁴ Ver artículo citado en nota 973, y en “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1997-IV-721.

⁹⁷⁵ Habitualmente, se dice que los instrumentos de deuda (*debt*) suponen la obligación del pago de intereses, de restituir el capital al vencimiento, y que en caso de incumplimiento, los acreedores tienen un derecho prioritario sobre los activos del emisor de la deuda. Respecto de los instrumentos de capital (*equity*), se dice que sus titulares tienen un derecho residual (luego de desinteresados los “acreedores”) sobre los ingresos y activos de la empresa emisora, y no tienen vencimiento, sino que se mantienen durante la vida de la sociedad emisora (ver Paolantonio, “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, ob. cit., sección 4, p. 209, y Ross, Westerfield, y Jaffe, ob. cit., cap. 1.2, p., 9).

facultad de recupero del “crédito” otorgado, pero sin ninguna ingerencia en el “gobierno” de dicha compañía.

Esa conceptualización jurídico–económica tradicional y un tanto primaria de los roles de “acreedores” y “dueños” de las compañías, ha tendido a desvanecerse en el plano funcional con el correr del tiempo, aunque tal polarización siga teniendo vigencia en algunos contextos o situaciones.

Un ejemplo de la pérdida de nitidez entre tales opciones se observa en la evolución de la práctica de los negocios. Tal como ya hemos visto (§ 78, ap. a) el otorgamiento de financiaciones a mediano o largo plazo por parte de instituciones bancarias o “inversores institucionales”, ha dado lugar al desarrollo de acuerdos por parte de tales financiadores (denominados *indentures* en el derecho americano), que ponen el acento en la fijación de pautas a la compañía receptora de tal financiación, propias de materias que según la visión tradicional en la materia, correspondían al “gobierno” de la sociedad, tales como límites para nuevos endeudamientos, pautas para distribución de dividendos entre los accionistas que le estará permitida a la sociedad, etc., que se definen como obligaciones a cargo del receptor de la financiación y que su incumplimiento constituirá un “evento de incumplimiento” con la consecuencia de acelerar los plazos de restitución de la financiación, o alguna otra. Estas cláusulas también son usuales en nuestro país, en la negociación para la emisión y suscripción de obligaciones negociables.

Tales situaciones, a la luz de la nueva conceptualización de aquellos casos capaces de generar efectiva “influencia” en la marcha de una sociedad, guardan cierta similitud –por hipótesis y en determinadas situaciones– con el concepto de “control externo” de la misma (art. 33 párrafo segundo ley 19.550), sin tener en cuenta la posición jurídico formal de “dueño” o “acreedor”, y con efectos similares que la detentación de las mayorías en el capital social.

Otro ejemplo de dicha tendencia se manifiesta en la consideración como *capital*, de las contribuciones económicas efectuadas por los accionistas de la sociedad, fuera de las sumas pagadas por la suscripción de acciones. Ello se da en casos tales como sobrepuestos o utilidades extraordinarias que tales accionistas, cuando forman parte de grupos económicos, permiten obtener a sus miembros, si por circunstancias del contexto se puede considerar que tales mecanismos extraordinarios tuvieron el propósito de servir de apoyo financiero a la beneficiaria. El tratamiento contable como equivalente al “capital” de estas contribuciones, responde al criterio de una sana política de evitar que tales utilidades excepcionales transmitan una visión indebidamente optimista de la marcha de los negocios sociales; para ello, las contribuciones en

cuestión se registran en cuentas del *patrimonio neto*, que son tratadas a ciertos fines como *capital*, no obstante no haber sido recibidas como precio por suscripción de acciones.⁹⁷⁶

En el otro extremo de dicho proceso cabe apuntar la tendencia que se observa en el derecho moderno, a la transferencia de facultades por parte de la asamblea de accionistas hacia los directorios de las sociedades anónimas.⁹⁷⁷ Esta tendencia, comparada con las características antes apuntadas, contribuye a poner más de resalto el papel económico de los accionistas como “inversores”, por sobre el rol político (de dueños) que por un lado disminuye y por otro es asumido parcialmente por otros acreedores no socios.

En medio de lo expuesto, deben computarse igualmente otras formas complejas de financiación, tales como la obligaciones negociables “convertibles en acciones” (art. 5 y conc. ley 23.576), los “préstamos subordinados”⁹⁷⁸ y las “financiaciones de proyectos”,⁹⁷⁹ que se registran contablemente en el *patrimonio neto* del balance o, si bien como pasivo, se computan a los fines de integrar los llamados “recursos propios”,⁹⁸⁰ permitiendo un mejoramiento de los *ratios* de endeudamiento (relación pasivo/patrimonio neto). Ello hace que los titulares de estos derechos compartan así características tanto de los roles de “dueños”, como de “acreedores” de la sociedad.

También les cabe un lugar intermedio entre las “deudas” y el “capital”, tanto a los llamados “aportes irrevocables a cuenta de aumentos de capital”⁹⁸¹ (o denominaciones equivalentes), como en ciertos casos, a los préstamos efectuados por los socios a la sociedad.⁹⁸²

⁹⁷⁶ Le Pera, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, *lug. cit.*, N° 6.

⁹⁷⁷ Tal característica fue señalada como una tendencia de la sociedad anónima en su ingreso al tercer milenio, por varios de los expositores de la Jornada preparatoria del VII Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrada en La Plata el 14-8-98, convocada por la Cámara de Sociedades Anónimas de la Provincia de Buenos Aires, y que reuniera a varios de los redactores de las leyes 19550 y 22903, junto con otros autores y profesores de la materia. Ver una crónica y reflexiones sobre dicha jornada, en mi trabajo titulado “Acerca de las Jornadas de la Cámara de Sociedades Anónimas”, en *Diálogos de la Cámara de Sociedades Anónimas de la Pcia. de Bs. As.*, enero de 1999, p. 8 y siguientes.

Esta problemática ya era estudiada desde tiempo atrás, como la cuestión de la “separación de la propiedad y el control”, sobre todo en las grandes corporaciones. Sobre el particular, ver Fama Eugen F., Jensen, Michel C., “Separation of Ownership and Control”, en *Journal of Law and Economics*, vol. XXVI, June 1983, también disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=94034>.

⁹⁷⁸ Ver la caracterización de esta figura en § 44 y notas 743 a 747 y las referencias que allí se hacen del artículo 76 de la ley 24.441, que modificó el artículo 3876 del Código Civil y a la clasificación de este recurso en la reglamentación por parte del Banco Central de la República Argentina, dentro de la categoría de “responsabilidad patrimonial computable”.

⁹⁷⁹ Se da tal denominación a otra forma de postergación convencional, por parte de ciertos acreedores, a favor de la generalidad de los acreedores quirografarios, en los casos en que los mismos se autolimitan frente al principio de que el “patrimonio es la prenda común de los acreedores” y aceptan cobrarse solamente con la totalidad o parte de los ingresos brutos de un proyecto, sin derecho (total o parcial) a ejercer acción de cobro contra los bienes del deudor (Le Pera, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, *lug. cit.*, n° 7 in fine).

Por lo general, dicha limitación de los derechos de los financiadores del proyecto a ejercer su acción de reembolso de la financiación otorgada, contra las empresas ejecutoras y explotadoras del proyecto –los llamados *sponsors*– se logra mediante la creación por parte de éstos, de un “vehículo especial” –generalmente una sociedad de objeto especial o único de la cual son los accionistas–. En estos casos, se logra que directamente los pasivos correspondientes a tales financiaciones no aparezcan en los balances de los *sponsors*. De esta forma, al tratarse de empresas jurídicamente independientes, limitan totalmente su responsabilidad, a menos que hayan tenido que otorgar garantías, o se verifique un “abuso de la personalidad” (art. 54 ley 19.550) del vehículo especial (Gerscovich, Carlos G. y Tavarone, Marcelo R., *Financiación de proyectos – Project Finance*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, ps. 1, 20, 84 y 105).

⁹⁸⁰ Araya, *ob. cit.*, § 15, p. 116 y sig.

⁹⁸¹ Para Héctor Alegría (en “Nuevas reflexiones sobre ‘aportes a cuenta de futura emisión’”, publicado en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1995-A, p. 15), que cita al respecto doctrina extranjera, un aporte a cuenta de futura emisión de capital se configura cuando

Como consecuencia de todo lo expuesto, se pone de manifiesto una vez más, la insuficiencia del concepto jurídico–formal de *capital social*, también en el eje de la pretendida oposición entre “acreedores–dueños” de la sociedad y “acreedores–propriadamente dichos”, para generar categorías clasificatorias que agrupen situaciones susceptibles de un tratamiento normativo homogéneo dentro de los casos comprendidos en una categoría y diferenciado, a su vez, de los casos comprendidos en las demás categorías. Ello habla a las claras de la inadecuación del concepto en cuestión a los fenómenos y situaciones propias de los negocios más actuales de los que forman parte las sociedades comerciales, y las anónimas en particular. Ha habido sin duda una evolución en las formas de financiación de la empresa, desde una estructura bipartita (dueños y acreedores) con un status normativo distinto para cada una de dichas dos categorías, propia del siglo XIX, hacia una de múltiples opciones, con matices sumamente complejos y combinados, que se ha traducido en diversos status normativos, que solamente forzando los términos se pueden reducir a dos clases.

La subsistencia de dicha terminología bipolar, no obstante su falta de sustento en la conveniencia práctica, debería buscarse probablemente no sólo en la todavía marcada influencia de la escuela de la jurisprudencia de conceptos, en cuanto tiende a considerar a éstos como entes de naturaleza pre–legal,⁹⁸³ inmodificables para el intérprete, una vez que se ha reconocido su existencia, sino también en la historia de la justificación del interés en los préstamos por parte de la escolástica medieval, en tanto que el contrato de *sociedad* fue un medio que permitió la circulación del crédito en épocas de prohibición del *interés* en el préstamo de dinero. La *sociedad*, en tanto contrato que se vinculaba con el trabajo personal del socio, justificaba las ganancias que obtenía el *dueño* de la empresa (§ 15 y notas 178 y 179), aún cuando ello implicara confundir la retribución del trabajo personal del empresario, con la del capital aportado por él o por otros y administrado por él. Cuando dicha confusión se disipó, probablemente resultó un recurso útil, para permitir la circulación del crédito. Las resonancias de las categorías de “acreedores” y “dueños” parecen acomodarse a dicho esquema de cosas.

alguien entrega bienes a una sociedad, con la intención expresa o implícita, de que tales bienes queden afectados al riesgo económico de la explotación (punto 6.1). En tales casos, según el autor citado, las sumas representativas de tales aportes deben registrarse en cuentas del patrimonio neto (punto 10 ob. cit.).

⁹⁸² Varias legislaciones extranjeras le dan un tratamiento específico a la situación de los préstamos otorgados por los socios a la sociedad que integran, tal que bajo ciertas circunstancias (por ejemplo, en casos de infracapitalización) los socios –en cuanto acreedores por estos préstamos de la sociedad de la cual son socios– resultan postergados o subordinados respecto de los demás acreedores sociales. Nuestra legislación carece de una normativa específica en el sentido de la doctrina llamada de la “infracapitalización”; no obstante ello, en los casos de relaciones entre grupos de sociedades, nuestra legislación concursal, al regular el supuesto de la extensión de quiebra ha establecido casos que guardan alguna resonancia con lo expuesto, como por ejemplo los créditos entre fallidos –art. 165-9– y los remanentes de masas separadas –art. 165-7– (ver Alegría, ob. cit. nota, punto 4.1).

⁹⁸³ Ver mi publicación “Las nuevas tecnologías y el Derecho Civil” en *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, N° 6, capítulo I, apartado iii, subapartado c, en particular las citas de las notas 52 a 56.

§ 80. La financiación de la empresa y la infracapitalización

Es evidente que las razones explicadas en el párrafo anterior, que llevaron a la clasificación de las fuentes de financiación de la empresa en dos categorías (los “dueños” o socios y los “terceros” o acreedores), no reflejan adecuadamente el estado de cosas actual.

El concepto de obligación *financiera* –con el sentido amplio en que se usa en § 70, en enfocado desde la perspectiva de la prestación que recibe el tomador de una financiación (una unidad económica deficitaria) que evalúa entre las distintas condiciones bajo las cuales puede obtenerla– ofrece una más adecuada perspectiva del fenómeno de la financiación de la empresa. Este puede ser visto como el resultado de la celebración de una pluralidad de contratos por parte del sujeto financiado, con terceros, quienes luego de cumplidas sus prestaciones, adquieren una diversidad de status jurídicos, que se habrán de diferenciar por razones que no siempre tendrán que ver con su registración contable dentro de la cuenta “Capital”, o no.

Sin duda que habrá de ayudar a la percepción que se obtiene de este enfoque, el abandono (o la suspensión por momentánea) del uso del lenguaje “antropomórfico” según el cual se considera a las sociedades como *personas jurídicas*, y que está ligado a los orígenes del uso de esta expresión (nota 634) y que han generado numerosos malos entendidos (nota 628) cuando el uso de tal metáfora tiende a sobrepasar los usos aceptables de la misma.⁹⁸⁴ Por lo tanto, aunque sea solamente a los fines del análisis de las formas de financiación de la empresa, habrá de ser más útil visualizarla simplemente como un simple “nexo contractual”. En este sentido se ha dicho:

«...la sociedad es un nexo contractual de una pluralidad de acuerdos, escritos y no escritos, con factores de producción y clientes, los que especifican derechos y obligaciones, el modo en que se adoptarán las decisiones y la adjudicación de los flujos residuales (*residual claims*) de la organización.»⁹⁸⁵

Todos estos acreedores que otorgaron financiación a la empresa organizada en forma corporativa, tienen una expectativa de cobro para recuperar sus créditos, en primer lugar respecto de los ingresos que generará el sujeto receptor de la financiación,⁹⁸⁶ y en segundo lugar respecto de los activos que conforman ese conjunto patrimonial separado (§ 44). En cualquier caso resulta equívoco decir que el *capital social* o que el *patrimonio neto* del sujeto receptor de la financiación, constituyen el respaldo de su crédito. Desde la perspectiva del concepto de obligaciones *financieras* se puede ver más claramente que sus derechos se diferencian entre sí en

⁹⁸⁴ Le Pera, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, ob. citada, “Sociedades unipersonales y subsidiarias totalmente controladas”, cap. III: Sociedad unipersonal y contrato, p. 96 y sigs.

⁹⁸⁵ Paolantonio, “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, ob. cit., sección 3, p. 208.

⁹⁸⁶ Ello por las razones que se mencionaron en § 78 ap. a). Ver también Bacigalup Vértiz, Mario G. trabajos citados en nota 959.

virtud de un diferente rango de prioridad sobre tales flujos y activos, lo que da como resultado más de las dos categorías tradicionales antes mencionadas. En efecto, en primer lugar de prioridad de cobro (tanto sobre el *capital* como sobre la renta o *interés*) –a falta de acreedores con privilegio especial sobre algunos bienes– se habrán de encontrar los acreedores que cedieron *activos* por medio de *mutuos* en los que se hubiera pactado como *interés* un porcentaje (fijo o variable) del capital, así como los proveedores que vendieron mercaderías *a crédito*. Así mismo, con prioridad sólo sobre el *capital* los acreedores que hubieran cedido tales activos por medio de un *mutuo* en el que se hubiera pactado que el interés fuera una parte de las utilidades del deudor (tal el caso previsto expresamente por el art. 2284 ap. 1) del Proyecto de Código Civil de 1987). En un grado ulterior de prioridad sobre los activos del deudor, podrá presentarse una gama muy variada de situaciones, tales como por ejemplo: el derecho del mutuante sobre las utilidades del negocio (las cuales se habrán de determinar luego de descontados los créditos de los mutuantes y proveedores); o los acreedores que hubieran pactado una subordinación con relación a alguna otra categoría de acreedores, en los términos previstos por el artículo 3876 del Código Civil. En un último orden de prioridad sobre los activos de un deudor que haya adoptado la forma corporativa, se encontrarán los que hubieran efectuado aportes irrevocables a cuenta de aumentos de capital, así como los accionistas. Todo el orden de prioridades expuesto habrá de ceder con relación a ciertos activos, por cierto, si los mismos estuvieran afectados a *privilegios especiales* tanto legales como convencionales.

Si bien se ha desarrollado en los últimos tiempos una fuerte crítica relativa a la utilidad del concepto de “capital social”, lo que ha puesto también en tela de juicio la del concepto de “intangibilidad del capital social”, la doctrina en general ha sido renuente a dejar de lado el uso de tales términos. En lugar de ello, algunos autores entienden eludir las objeciones que se le señalan a los mismos, haciendo hincapié en el problema de la insolvencia de las sociedades, desde la focalización en el concepto de “infracapitalización” o “subcapitalización” (expresiones que en general son usadas como sinónimos).⁹⁸⁷

Pero es indudable que el concepto “infracapitalización” (o su equivalente “subcapitalización”) –como las propias palabras lo indican– sigue siendo dependiente de la criticada noción de “capital social”, en tanto se entienda esta expresión en el sentido contable de cuenta *diferencial* que integra el Patrimonio Neto (y por lo tanto se grafica del lado derecho del

⁹⁸⁷ Rippe, Siegbert, “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, en *Jurisprudencia Argentina* 1997-IV-725; Deya, Federico Sebastián, “Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2002, p. 813; Richard, Efraín Hugo, “Sobre el capital social”, en el libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti*, Buenos Aires, 2007, pág. 107, también publicado en el sitio de Internet de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.

balance). Si por el contrario, la falta de “capital” a la que alude la expresión “infracapitalización”, fuera entendida en el sentido de falta de *activos* (estos es rubros correspondientes a cuentas *elementales* y registradas gráficamente del lado izquierdo del balance) suficientes para el cumplimiento del objeto social,⁹⁸⁸ la perspectiva que ofrece este concepto, desvía la atención del problema de la insolvencia con relación a los acreedores. Esta acepción del término alude a un sentido económico de bienes con aptitud reproductiva, suficientes para un determinado proyecto de negocios.

Y si bien habrá de interesar a los acreedores el proyecto de negocios de su deudor, a los fines de saber que éste será capaz de generar los medios de pago suficientes para atender regularmente sus obligaciones (ver nota 986), la información relevante a tales fines no surgirá de la relación entre los activos aplicados al giro del negocio y su *objeto social*, sino de la información que se conoce como “flujo de fondos” (la correlación entre la generación de ingresos y egresos, a los fines de poder demostrar la atención regular de sus pasivos). Y en caso de falta de tales ingresos suficientes para que su deudor cumpla espontáneamente, es la existencia de activos suficientes para el cobro de su crédito contra los cuales dirigir su acción, en relación con su grado de prioridad, lo que habrá de interesar al acreedor.

Desde la perspectiva que estamos considerando (de las obligaciones *financieras*), la situación de cada uno de los acreedores antes mencionados, en caso de insuficiencia de los ingresos regulares para atender a sus obligaciones regulares, no habrá de depender de la cifra del capital social, ni de los mecanismos de “intangibilidad del capital”, sino –como se dijo– de la existencia de activos suficientes, en atención a su grado de prioridad y condiciones contractuales. Para el futuro acreedor que está analizando el otorgamiento de crédito, es un dato sin importancia el saldo de la cuenta “Capital” de su potencial deudor (§ 78 ap. a). Y para el que ya otorgó crédito, le habrá de preocupar la subsistencia de activos suficientes, en relación con los que tenía al momento de tomar la decisión de otorgar el crédito. Será un motivo de preocupación que acreedores de prioridad inferior (como puede ser el caso de los accionistas) perciban activos (a través del procedimiento comúnmente denominado “distribución de dividendos”) que disminuyan el stock de aquellos sobre los que esperaban cobrar su crédito. Y para cada una de estas distintas categorías de acreedores, con sus particulares condiciones convenidas, la cantidad de activos necesarios para considerarse protegidos, habrá de ser distinta. Este análisis se aproxima a la noción que surge del llamado “test de insolvencia” al estilo que propone la

⁹⁸⁸ Ver en este sentido la distinción entre subcapitalización “técnica” y subcapitalización “funcional” en Rippe, Siegbert, trabajo citado en nota 987, publicado en JA 1997-IV-725

MBCA, a que antes se hizo referencia (§ 78 ap. b). Serán los datos que surjan de ciertas relaciones técnico-contables entre distintos rubros del balance, los que den información útil a los acreedores. Para proteger a los acreedores de la insolvencia de la sociedad deudora, es irrelevante la noción de *capital social*. Para nada se cuestiona la idea de protección a los acreedores, sino que se propone para ello un punto de vista menos dogmático y más acercado a la realidad económica.

§ 81. Los problemas del “capital” a la luz de las finanzas corporativas

El enfoque insinuado en el § 76 habrá de agregar más luz sobre la cuestión.

Desde el punto de vista financiero, el objetivo de una empresa es “crear valor”. ¿Cómo crea valor el administrador de una empresa? De dos maneras: una de ellas, es procurar que la empresa adquiera activos que generen más efectivo que el que demande su adquisición. La segunda, consiste en obtener recursos financieros para adquirir dichos activos (financiación de los proveedores, préstamos, obligaciones, emisión de acciones), que generen más efectivo que el que demande su costo de obtención.⁹⁸⁹

La primer forma de “creación de valor”, se puede denominar como “eficiencia operativa” (vender por mayor importe que el que se adquirió, así como tratar de acelerar lo más posible el ciclo de ventas y adquisición de nuevos activos para realizar más ventas: lo que se conoce como *rotación de activos*). La segunda, como de “eficiencia financiera” (que el costo de obtención de los activos motivo de enajenación, sea inferior a la diferencia que se obtenga por dicha enajenación).

Para evaluar si las operaciones de una empresa crean o no valor, es necesario utilizar algunos conceptos técnicos. Por ejemplo, uno de ellos, es el de *rentabilidad sobre los activos* (ROA, por sus siglas en inglés, *return on assets*), y otro el de *rentabilidad de los recursos propios* (ROE, por sus siglas en inglés, *return on equity*) que se pueden definir así:⁹⁹⁰

$$\text{ROA} = \frac{\text{Utilidades antes de intereses e impuestos (Beneficio Operativo)}}{\text{Activos totales}}$$

$$\text{ROE} = \frac{\text{Utilidades Neta (Beneficio Neto)}}{\text{Activos propios}}$$

⁹⁸⁹ Ross, Westerfield y Jaffe, ob. cit., p. 6.

⁹⁹⁰ Ross, Westefield y Jaffe, ob. cit., ps. 40 y 41. En la formula del ROA expuesta en el texto, se ha prescindido del rubro *rotación de activos*, para simplificar los desarrollos y ejemplos posteriores.

 Patrimonio Neto

Para entender cómo operan estos conceptos, podemos considerar un ejemplo de una empresa que realiza sus operaciones en cuatro contextos distintos (que denominaremos Caso 1, Caso 2, Caso 3 y Caso 4). Dicha empresa, tiene distintos valores de Activos totales, de Deuda, y de Patrimonio Neto.⁹⁹¹ Los distintos valores, responden a distintas estrategias en orden a cumplir con los dos principios de eficiencia (la operativa y la financiera): en el Caso 1 se opera solamente con capital propio, en Caso 2 se contrae una deuda con un costo de intereses del 10%; en el caso 3 se amplía la deuda con la misma tasa, y en el Caso 4, por la misma deuda, el acreedor exige un interés mayor del 25%. Asimismo, en cada uno de dichos contextos obtiene determinados Beneficios Operativos, así como que los distintos costos de dicha Deuda se indicarán como Intereses. Por su lado, en cada uno de dichos escenarios, el Beneficio Neto se obtendrá de restar a los Beneficios Operativos, el importe de los Intereses.

Si le asignamos algunos valores de ejemplo, a los cuatro casos antes mencionados, podríamos formar el siguiente cuadro:

	Caso 1	Caso 2	Caso 3	Caso 4
Activos	\$ 100,00	\$ 200,00	\$ 500,00	\$ 500,00
Deuda	\$ 0,00	\$ 100,00	\$ 400,00	\$ 400,00
Patr. Neto	\$ 100,00	\$ 100,00	\$ 100,00	\$ 100,00
Ben. Operativo	\$ 20,00	\$ 40,00	\$ 100,00	\$ 100,00
Intereses	0% \$ 0,00	10% -\$ 10,00	10% -\$ 40,00	25% -\$ 100,00
Ben. Neto	\$ 20,00	\$ 30,00	\$ 60,00	\$ 0,00

Cuadro 9- Ejemplos para el cálculo del beneficio neto de una empresa

En el caso 1 la empresa comienza su actividad, financiándose exclusivamente con “recursos propios” (adquiere \$ 100 de activos con aporte sólo de capital, por lo que no registra deuda “con terceros”). En consecuencia, el beneficio operativo es el resultado de sus ventas, y el beneficio neto es igual al operativo, por no tener que pagar intereses (dado que no tiene endeudamiento).

En el caso 2, la empresa adquirió activos por otros \$ 100, pero los financió mediante deuda “con terceros”, por lo que registra una deuda por igual importe al de la adquisición de los nuevos activos. En cuanto al resultado operativo, logró duplicar sus ventas, con un resultado de \$

⁹⁹¹ Respecto de las relaciones recíprocas que guardan tales conceptos de un balance, véase lo expuesto en § 75 y los diversos cuadros correspondientes a dicho párrafo.

40. Para obtener el beneficio neto, es necesario restarle al beneficio operativo, el costo de los intereses de la nueva financiación, obtenida a un 10%. Por lo tanto el costo de los intereses es del \$ 10, que reducen el beneficio neto a \$ 30.

En el caso 3, la empresa en cuestión, alentada por la mejora de sus resultados, como consecuencia de la compra de nuevos activos mediante financiación, resuelve adquirir más activos por otros \$ 300, contrayendo más deuda “con terceros” por igual importe y a la misma tasa. Por ello su balance registra activos por \$ 400 y una deuda por \$ 400. En estas nuevas circunstancias, obtuvo un resultado operativo de \$ 100 y debió pagar intereses por \$ 40. En consecuencia, obtuvo un beneficio neto de \$ 60.

En el caso 4 resulta que la empresa, para mantener su stock de activos, se ve obligada a renovar la financiación contraída. Pero en estas circunstancias su acreedor advierte que su deudor (la empresa del ejemplo) está obteniendo un beneficio neto de \$ 60 con su negocio y él sólo obtiene \$ 40 con el cobro de los intereses de la financiación que le otorgara. Ello no obstante que el acreedor aportó \$ 400 mediante la financiación, y el empresario sólo puso \$ 100. Allí advierte que el mayor riesgo lo está corriendo él. Por eso decide, como condición para renovar la financiación, aumentar la tasa de interés para cubrirse del mayor riesgo que está asumiendo en estas circunstancias. Así sube los intereses a un 25%. En esta nueva situación, el balance de la empresa no cambia respecto del caso anterior. Pero veamos su reflejo en el cuadro de resultados. Los \$ 500 de activos puestos a funcionar en su negocio, le reportan el mismo beneficio operativo: \$ 100. Pero aumentó el costo de los intereses que debe pagar por la deuda, que ahora es de \$ 100. Por lo tanto, su beneficio neto es de \$ 0. No ganó ni perdió, pero su negocio ya no es más rentable.

Veamos ahora lo que ocurrió, a través de los *ratios* que definimos al comienzo del párrafo: los de rentabilidad de los activos (ROA) y de los recursos propios (ROE), reemplazando en las fórmulas, los datos que surgen de los cuatro casos:

$$\begin{array}{cccc}
 \text{ROA} = \frac{\text{B. Operat.}}{\text{Activos}} = \frac{\text{Caso 1}}{20,00} = \frac{20,00}{100,00} = 20\% & = \frac{\text{Caso 2}}{40,00} = \frac{40,00}{200,00} = 20\% & = \frac{\text{Caso 3}}{100,00} = \frac{100,00}{500,00} = 20\% & = \frac{\text{Caso 4}}{100,00} = \frac{100,00}{500,00} = 20\% \\
 \text{ROE} = \frac{\text{B. Neto}}{\text{Patr. Neto}} = \frac{20,00}{100,00} = 20\% & = \frac{30,00}{100,00} = 30\% & = \frac{60,00}{100,00} = 60\% & = \frac{0,00}{100,00} = 0\%
 \end{array}$$

Cuadro 10 – Ejemplos de cálculo de ROA y ROE

El caso 1 nos muestra que mientras nuestra empresa financió la adquisición de sus activos exclusivamente con “recursos propios”, la rentabilidad sobre los activos fue igual que

sobre los “recursos propios”: un 20% en ambos casos. En el caso 2, en que se contrajo deuda con “terceros”, la rentabilidad sobre los activos se mantuvo en el 20%, pero la rentabilidad sobre los “recursos propios” aumentó a un 30%. En el caso 3, luego de aumentar el endeudamiento en tres veces (a la misma tasa de interés), se mantuvo la rentabilidad sobre los activos, pero se duplicó la rentabilidad sobre los “recursos propios” (al 60%). Por último, el caso 4 nos muestra que al mantener el endeudamiento del caso anterior, pero a una tasa de interés (25%) superior a la rentabilidad sobre los activos (que se mantuvo en el 20%), la rentabilidad sobre los “recursos propios” cayó a 0.

Este análisis crea la impresión a primera vista, que a medida que nuestra empresa aumenta su endeudamiento, aumenta también la rentabilidad de los “recursos propios”. Pero ello es así, solamente en la medida en que el costo del endeudamiento (la tasa de interés de la Deuda), sea inferior a la rentabilidad sobre los activos.⁹⁹²

Estos mismos cálculos podremos evaluarlos a través de otra fórmula para calcular la rentabilidad sobre los “recursos propios” (ROE), a través del análisis de la eficiencia operativa por un lado y la financiera por otro:

$$\text{ROE} = \underbrace{\text{ROA}}_{\text{Efic. Oper.}} + \underbrace{\frac{D}{\text{PN}} \times (\text{ROA} - K_d)}_{\text{Eficiencia financiera}}$$

Donde:

ROA = Rentabilidad sobre los activos

D = Deuda de la compañía o Pasivo

Kd = Tasa de interés aplicable a la Deuda

PN = Patrimonio Neto

Luego, si reemplazamos la nueva fórmula de ROE con los datos correspondientes a los casos 1, 2, 3 y 4 veremos que se obtienen los mismos resultados que con la fórmula anterior:

⁹⁹² Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit., p., 41.

Caso 1	20%	$+$	$\frac{0,00}{100,00}$	\times	$(20\% - 0)$	$=$	20%	$+$	0,00	$=$	20%
Caso 2	20%	$+$	$\frac{100,00}{100,00}$	\times	$(20\% - 10\%)$	$=$	20%	$+$	1 x 10%	$=$	30%
Caso 3	20%	$+$	$\frac{400,00}{100,00}$	\times	$(20\% - 10\%)$	$=$	20%	$+$	1 x 10%	$=$	60%
Caso 4	20%	$+$	$\frac{400,00}{100,00}$	\times	$(20\% - 25\%)$	$=$	20%	$+$	4 x -5%	$=$	0%

La evaluación del comportamiento de la rentabilidad de los “recursos propios” a través de esta segunda fórmula que separa la evolución de la rentabilidad operativa por un lado y de la financiera por el otro, nos va a permitir –si nos focalizamos en la última parte de la fórmula: el coeficiente de eficiencia financiera– ampliar la comprensión de algunas cuestiones jurídicas sobre la forma de cesión de diversas formas de “capital”.

Este enfoque, permite adentrarnos en lo que se conoce como la cuestión del *apalancamiento financiero*. Esta noción alude a la proporción que elige el administrador de la empresa para financiar la adquisición de activos, que como sabemos puede ser (en principio y simplificando algunas cuestiones complejas: § 79) o bien mediante endeudamiento con “terceros” o bien mediante “recursos propios” (ver Cuadro 8 en § 76). Según acabamos de ver, la proporción entre una y otra fuente de financiación, también llamada *estructura del capital*, o el ratio *debt to equity*, oscila entre las alternativas de que el mayor endeudamiento tenga como resultado (siempre que su costo no supere la rentabilidad del negocio), por un lado una potenciación de la rentabilidad del accionista (puesto que él es un inversor de riesgo y se apropia de los ingresos que superen los costos (incluidos los de financiación). Por otro lado, en la medida que la proporción del endeudamiento con “terceros” aumenta, con relación a los “recursos propios”, aumenta también el riesgo de los “terceros” en recuperar sus créditos. Por lo tanto, estos “terceros” querrán compensar ese mayor riesgo cargando una “prima” a la tasa de interés. Ello, obliga a equilibrar la aludida proporción del apalancamiento, o de la estructura del capital.

En este punto, resulta muy importante para el administrador de una empresa, el análisis de los costos de financiación. Ello ha cobrado más importancia en nuestro medio, a partir de la incorporación en los considerandos del decreto 677/2001, del principio del “buen gobierno corporativo” y del concepto de “creación de valor para los accionistas” (ver este mismo

parágrafo al comienzo), dentro de la regla relativa al deber de lealtad y diligencia de los administradores societarios (art. 8 decreto citado). Para arrojar luz sobre la forma en que el administrador de un empresa (en particular el administrador societario) debe analizar la combinación ideal de “apalancamiento” para su empresa, el enfoque financiero ha desarrollado el concepto de Costo Promedio Ponderado del Capital (CPPC o WACC por sus siglas en inglés), que se calcula según la siguiente fórmula:⁹⁹³

$$\text{CPPC} = \frac{D}{D + A} \times r_D + \frac{A}{D + A} \times r_A$$

Donde:

r_D es la tasa de interés o costo de la Deuda

r_A es el rendimiento esperado sobre el capital o las acciones, también llamado *costo del capital*

D es el valor de la Deuda

A es el valor de las Acciones o capital de la empresa

Este análisis pone de manifiesto la existencia de un costo para los llamados “recursos propios”. Si bien el inversor en una sociedad anónima es lo que se conoce como “inversor de riesgo”, en el sentido que es un acreedor postergado respecto de los demás acreedores del pasivo de la compañía (§ 44), y que por ende cobra sus dividendos solamente si hay utilidades “realizadas y líquidas”, es indudable que como inversor tiene una expectativa de ganancias. Y si esas expectativas no se cumplen, procurará deshacerse de su inversión (vender sus acciones) y dirigirla hacia otro negocio más rentable.

Por ello, en la fórmula del CPPC, se suele evaluar la rentabilidad pretendida por el accionista, a partir de los siguientes componentes: a) lo que se conoce como una tasa “libre de riesgo”, b) una “prima de riesgo” general (como puede ser el llamado “riesgo país”), y c) una “prima de riesgo” particular, relativa al riesgo de la empresa específica a la cual está dirigida la inversión.⁹⁹⁴

A partir de lo expuesto, podemos dar un ejemplo del CPPC, reemplazando los datos de la fórmula de más arriba, con los valores asignados a los ejemplos utilizados antes e individualizados como Casos 1, 2, 3 y 4, asumiendo que el *costo del capital* (r_A) tendrá los mismos valores que la *rentabilidad del accionista* resultante para cada uno de dichos casos:

⁹⁹³ Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit., p. 417.

⁹⁹⁴ Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit., p. 322.

$$\text{Caso 1: } (0 \times 0\%) + (1,00 \times 20\%) = 20\%$$

$$\text{Caso 2: } (0,50 \times 10\%) + (0,50 \times 30\%) = 20\%$$

$$\text{Caso 3: } (0,80 \times 10\%) + (0,20 \times 60\%) = 20\%$$

$$\text{Caso 4: } (0,80 \times 25\%) + (0,20 \times 0\%) = 20\%$$

En los cuatro casos se obtienen el mismo *costo promedio ponderado del capital*, pero por diferentes circunstancias. En el Caso 1, con una estructura de apalancamiento cero (sin financiación de “terceros” o sea con activos financiados en su totalidad por los accionistas, que en esa instancia pretendían una rentabilidad del 20%), el CPPC es igual al *costo del capital*. En el Caso 2, con un apalancamiento del 50%, igual proporción de activos está financiada con “deuda con terceros” que con “recursos propios”, con la diferencia que el costo en el primer caso es del 10% y en el segundo del 30%. En el Caso 3, con un apalancamiento del 80%, 20% de activos financiados con “deuda con terceros” al 10% y un 80% con “recursos propios” al 60%. En el caso 4, con el mismo apalancamiento del 80%, pero con una variación en los costos de financiamiento: la “deuda con terceros” está financiada al 25% y los “recursos propios” al 0%. Es evidente que esta situación del Caso 4 no es sostenible en el tiempo, puesto que los accionistas en algún momento van a requerir obtener una rentabilidad. En ese momento, tendrán que optar entre otras alternativas, por reducir el endeudamiento mediante liquidación de activos (lo que reducirá la rentabilidad de la empresa) o mediante el aumento del capital propio, etc.

La situación expuesta pone de manifiesto que los “recursos propios”, tienen un costo para la empresa (no son gratuitos). Asimismo, cualquier aumento en la rentabilidad de los activos, que supere la tasa del 20% (que en cualquiera de los cuatro casos fue el CPPC), redundará en una ganancia a favor de los accionistas.

Por último, el concepto de apalancamiento, nos habrá de servir también con relación al problema ya analizado de la *infracapitalización* (§ 80). El enfoque del “apalancamiento” pone de manifiesto la irrelevancia del concepto de “capital social”, a los fines juzgar la capacidad de una sociedad de llevar adelante su objeto social. A tal efecto, no es crucial la fuente de financiamiento de los activos (el origen de los “fondos”), en tanto por un lado el coeficiente de endeudamiento (proporción entre recursos “de terceros” y “propios”) no eleve el “riesgo de la empresa” y con ello la tasa de interés que le cobren los “terceros” a la sociedad, y por otro lado, que el costo del financiamiento no supere la rentabilidad de los activos.

No hay forma de determinar en abstracto cuál es la relación “adecuada” que debe guardarse entre “deuda” (con terceros) y “capital” (propios). Aún cuando en una sociedad el coeficiente de apalancamiento supere la relación 1 a 1 (la “deuda con terceros” supere el “capital

propio”), no necesariamente hay motivos para sostener que hay infracapitalización, mientras dicha sociedad tenga abierto el crédito con terceros a una tasa razonable, con relación a la rentabilidad de sus activos.

En todo caso, desde el punto de vista del análisis de las probabilidades de una situación de insolvencia, habrá de ser más revelador el volumen del *capital de trabajo* existente en dicha sociedad. Recuérdese que el capital de trabajo, es la diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente (son los “fondos” a que se refiere el art. 62 párrafo 5 de la ley 19.550, cuando habla del “estado de origen y aplicación de fondos”). Tal como vimos (§ 76 y Cuadro 8) el capital de trabajo nos indica la proporción de activos corrientes que están financiados con “recursos permanentes”. Desde este punto de vista de los “recursos permanentes”, lo importante es determinar el plazo (largo) en que sean exigibles tales recursos. No si los recursos son “propios” o “de terceros”. En este sentido, recuérdese que uno de los supuestos contemplados por la ley de Obligaciones Negociables 23.576, en su artículo 36, a los fines de establecer las condiciones del tratamiento impositivo diferenciado para la emisión de obligaciones negociables (recursos “de terceros” por definición), es que los fondos se destinen, entre otros supuestos, a la financiación de capital de trabajo (inciso 2).

De modo que el indicador del capital de trabajo, revela posibles situaciones de iliquidez de una empresa. Lo cual es mucho más concreto que pretender establecer relaciones cuantitativas entre el capital y el objeto social (como sostiene la teoría de la infracapitalización).

CAPITULO 19: LA RENTA O INTERÉS

§ 82. El fenómeno de la renta bajo sus distintas formas jurídicas

El CAPITULO 18 comenzó con el análisis de la prestación *presente* en los contratos que llamamos “de crédito”, y el recuerdo del enfoque que nos permite visualizar este concepto, en cuanto que el fenómeno de la *renta* o *interés* tenía como antecedente la cesión por parte de su dueño, a un tercero, de un *capital originario*. Luego de estudiadas las cuestiones que surgen del lado de la prestación *presente*, es del caso volver la mirada sobre el problema de la prestación *futura* (restitución del *capital*, más el pago de la *renta*), en tanto contrapartida de la cesión de dicho *capital*.

Se dijo (§ 30) que dicha situación recibe el nombre de *alquiler* o *renta* (en sentido estricto), si los bienes cedidos son de existencia permanente, e *interés* si el capital se conforma con bienes consumibles o fungibles. Pero más allá de dicha diferenciación económica general, y sin que sean ajenos a esta segmentación los factores históricos considerados en la PARTE II, hemos visto que los vehículos jurídicos aptos para lograr tal finalidad resultan de diversos contratos principalmente, tales como el mutuo (CAPITULO 9), la sociedad (CAPITULO 10), la compraventa (CAPITULO 11) y sus variantes, derivaciones y combinaciones.

Es del caso que en razón de que las diferenciaciones entre dichos contratos provienen de caracterizaciones jurídico-formales (§ 62, y ap. f), luego, frente a situaciones con idéntica función económica, las reglas aplicables a las mismas no resultan homogéneas.

Por lo tanto, la primer consecuencia que surge de este enfoque conjunto del problema, desde la óptica de las *obligaciones financieras*, es la necesidad de pensar un aparato conceptual de interpretación de dicho fenómeno, con consecuencias normativas uniformes, para todos los supuesto que involucren el fenómeno de la *renta*.

§ 83. Hacia una visión integral del fenómeno de la renta

Puestos a la tarea de pensar mecanismos uniformes para las diferentes manifestaciones jurídico-formales que presenta el problema que genéricamente hemos identificado como *renta*, las primeras cuestiones que parecen formar parte de su contenido, son las siguientes: la diferenciación de las nociones de “renta fija” y “renta variable”, descomposición “analítica” de los distintos factores que conforman una y otra (cuestión emparentada con la que se suele denominar como la del *interés puro*); el problema de si el límite a la cuantía de la *renta* que pueda percibir el “dueño del *capital*” (el viejo asunto de la *usura*), habrá de aplicarse por igual a todas las formas de rentas, o no; la cuestión de la compatibilización de los distintos mecanismos de cálculo (matemático-financieros) de la renta, según el medio jurídico-formal de su manifestación, entre otras cosas.

La diferenciación entre operaciones de “renta fija” y “renta variable” –en principio– es correlativa de las dos formas de financiación de una empresa, referidas como “deuda” o como “capital” (nota 975). Esta correlatividad habrá de tomarse con las salvedades relativas a la mayor riqueza que presentan en la práctica las distintas formas por las cuales las empresas se nutren de recursos para sus actividades, y que no pueden reducirse solamente a dos alternativas (§ 79). En la nota citada se dijo que los instrumentos de deuda (*debt*) suponen la obligación del pago de intereses, de restituir el capital al vencimiento, y que en caso de incumplimiento, los acreedores tienen un derecho prioritario sobre los activos del emisor de la deuda (renta fija o cierta); y que los instrumentos de capital (*equity*), suponen que sus titulares tienen un derecho “residual” (luego de desinteresados los “acreedores”) sobre los ingresos y activos de la empresa emisora, y no tienen vencimiento, sino que se mantienen durante la vida de la sociedad emisora (renta variable). La determinación cuantitativa de la *renta variable* en las operaciones de financiación de la empresa vía “capital” (acciones) es, como se dijo, de tipo “residual”, en cuanto depende de la determinación de la existencia de “utilidades líquidas y realizadas” provenientes de un balance de la sociedad emisora de las acciones, que habrá de atender a la expectativa de cobro prioritaria de los acreedores detentadores de instrumentos de “deuda” (arts. 68 y 224 ley 19.550; § 77 ap. d) y nota 956). Por ello este tipo de renta se dice que es “variable”. No obstante ello, la expectativa de ganancia de los inversores en títulos de “capital” (acciones), se determina sobre la misma base de referencia que la de los inversores en títulos de “deuda”. En efecto, se ha hecho referencia antes (§ 81), al concepto de tasa de interés “libre de riesgo” (nota 994 y texto relacionado), a la que se le agrega la previsión tanto del riesgo “general” como del “particular”, para evaluar la rentabilidad pretendida por el

accionista. Dicho concepto de tasa “libre de resigo” coincide con lo que entre los abogados se suele denominar tasa de “interés puro”. Por lo tanto, en lo que sigue, prescindiremos del tratamiento de los mecanismos regulados por la ley 19.550 para la determinación de la “ganancia” y nos centraremos en los mecanismos financieros de la *renta* en general, prescindiendo de la problemática específica de operaciones de renta fija o variable.

§ 84. El concepto de interés “puro”

Constituye un ámbito de reflexión ya transitado por la reflexión jurídica, la cuestión de los distintos componentes en los que analíticamente se puede dividir el *interés* o la *renta* en las operaciones de crédito. Sobre el particular se ha hablado reiteradamente acerca de la necesidad de distinguir componentes “espurios”, “monetarios” o “aparentes”, dentro de las sumas que de hecho se aplican en concepto de “intereses” que luego de discriminados, dejan como saldo lo que podría llamarse el *interés puro*.⁹⁹⁵

Este concepto del *interés puro* tiene una estrecha relación con la distinción efectuada por von Bawerk entre interés “contractual” y “originario”, cuando dicho autor aclaraba que reservaría el nombre de interés “originario” para designar a aquella parte de la ganancia que corresponde al tipo de interés que suelen rendir los capitales dados en préstamo en condiciones de *perfecta seguridad* (§ 30 y nota 530). Dicha distinción, a su vez, tenía sus orígenes en los economistas clásicos.⁹⁹⁶

Dentro de los componentes aparentes se ha señalado que por un lado, una cierta parte de los intereses contractualmente pactados, normalmente tiene por objeto resguardar al acreedor (dador de crédito) del riesgo de no devolución del valor correspondiente al “capital” cedido (llamada *tasa de seguridad* o *prima de riesgo*).⁹⁹⁷ Este factor se ve influido por: 1) condiciones subjetivas o personales del sujeto tomador de crédito, referidas a los flujos de fondos esperados, de los cuales el deudor deberá obtener los recursos para restituir el crédito, y en segundo lugar a su situación patrimonial y garantías adicionales que pueda otorgar (ver § 77 ap. b) y § 78 ap. a); y 2) por condiciones objetivas, relativas al contexto jurídico, político y económico dentro del cual deberá desenvolverse el tomador del crédito durante el período que

⁹⁹⁵ Por ejemplo, Llambías, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tº II, Nº 909, p. 215; Molinario, Alberto D., “Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas”, en *El Derecho*, Tº 43, p. 1155 y siguientes; Morello, Augusto M. y Troccoli, Antonio M., “La tasa del interés – Consideraciones jurídicas y económicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1963-III, p. 272 y 275; Mariconde, ob. cit., ps. 72 y 73.

⁹⁹⁶ Samuelson, ob. cit. ps. 656 y 657.

⁹⁹⁷ Molinario, ob. cit., lug. cit., Caps. VII y VIII, p. 1167 y demás autores citados en nota 995.

medie hasta la devolución del mismo.⁹⁹⁸ Dentro de este factor se encuentra el denominado *riesgo país*,⁹⁹⁹ que se refiere a la incidencia del marco jurídico, económico y financiero que imperará en el país en que desarrolla sus actividades el deudor, con posibilidad de modificar los factores subjetivos antes señalados (los flujos de fondos, la situación patrimonial, las garantías que hubiera otorgado, etc.). Ambos factores (subjetivos y objetivos, interrelacionados entre sí) habrán de incidir en la mayor o menor probabilidad de que el recupero del crédito se produzca. Según el resultado que arrojen los diversos tipos de análisis de dicho riesgo crediticio, el mismo habrá de traducirse en una parte cuantificable que se adicionará al que se denominará *interés puro*.¹⁰⁰⁰

Otra parte de los intereses contractualmente pactados, está formado normalmente, por costos relativos a la obtención del crédito, la administración del mismo, así como fiscales (impuestos y tasas) que, aún estando en cabeza del dador de crédito, éste acostumbra trasladar al tomador (deudor de las sumas dadas en préstamo), a los fines de percibir la renta esperada en forma íntegra.¹⁰⁰¹ Asimismo, si el dador de crédito es un intermediario financiero (ley 21.526), uno de sus costos más importantes estará dado por la tasa que el intermediario paga a quien a su vez le entrega sus capitales (la llamada *tasa pasiva*: § 85 ap. a).

Otro factor que incide en la determinación cuantitativa de los intereses contractualmente pactados en un préstamo, es el relativo a la expectativa de desvalorización de la moneda en que habrá de producirse la restitución del crédito concedido.¹⁰⁰² En ello incide tanto la inflación esperada, como la mayor o menor expectativa de devaluación de la moneda pactada, respecto de otras monedas tomadas como término de referencia (generalmente el dólar estadounidense).

En el marco de tales reflexiones, y una vez depuradas tales “escorias” de las cantidades que en la práctica cumplen la función económico-financiera de “interés”, se ha avanzado en el camino de pensar respecto de la cuantificación de lo que se ha dado en llamar

⁹⁹⁸ Véase lo manifestado sobre “riesgo de mercado” y “riesgo de la compañía” por Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit. en nota 994.

⁹⁹⁹ “El riesgo país es la sobretasa que paga un país por sus bonos en relación a la tasa que paga el Tesoro de Estados Unidos. Es decir, es la diferencia que existe entre el rendimiento de un título público emitido por el gobierno nacional y un título de características similares emitido por el Tesoro de los Estados Unidos.” Por otro lado, dicha diferencia se mide mediante un índice denominado EMBI (Emerging Markets Bonds Index o Indicador de Bonos de Mercados Emergentes), el cual es calculado por J. P. Morgan Chase (banco estadounidense especializado en inversiones) con base en el comportamiento de la deuda externa emitida por cada país. Cuanta menor certeza exista de que el país honre sus obligaciones, más alto será el EMBI de ese país, y viceversa. (ver <http://www.econlink.com.ar/definicion/riesgopais.shtml>; así como <http://www.sitiosargentina.com.ar/notas/2008/agosto/que-es-riesgo-pais.htm> y muchos otros similares).

¹⁰⁰⁰ Las ganancias se suelen medir usualmente por el rendimiento esperado: esto es que la expectativa de un individuo respecto de la ganancia que puede esperar, luego de una inversión, se puede basar sólo en el rendimiento promedio por período, que un determinado instrumento de crédito haya ganado en el pasado. Y el “riesgo” se cuantifica mediante la “desviación estándar” del rendimiento esperado, respecto de dicho promedio. Ver Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit., p. 257 y sigs.

¹⁰⁰¹ Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. X a XII, p. 1175 y sig. y autores citados en nota 995.

¹⁰⁰² Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. IX, p. 1168 y sig. y autores citados en nota 995.

interés puro. En esta dirección se han elaborado directivas aproximadas sobre la base de comparar su cuantía con operaciones en las que los rubros “accesorios” se hallan ausentes o en los que al menos su presencia se registra de modo menos significativo. Así se ha ilustrado como una marca contra la cual comparar el componente del *interés puro* dentro de los intereses efectivamente pactados o aplicados a operaciones concretas, por ejemplo, las obligaciones emitidas por el Estado Nacional (para operaciones de corto plazo, “Letras de Tesorería” y para las de largo plazo, diversos bonos).¹⁰⁰³ Sobre la base de tal razonamiento, Molinario, en el trabajo antes citado, arriba en el momento en que lo escribe a una tasa que oscila entre el 6% y el 8% anual.¹⁰⁰⁴ En el orden internacional se toma como referencia para indicar una *tasa libre de riesgo*, a los certificados de Tesorería del Gobierno de los Estados Unidos de América.¹⁰⁰⁵

Es difícil determinar si el citado trabajo de Molinario, influyó o no en el criterio que vino a adoptar la jurisprudencia. Pero es el caso que ésta estableció la pauta propuesta en dicho trabajo, como criterio de cuantificación del *interés puro*, a partir del período en que fijaba el resarcimiento moratorio mediante el reajuste de las obligaciones por índices de precios. A tal efecto, adicionaba al capital reajustado un plus bajo tal concepto (ver nota 503). Dicha cuantificación se mantuvo invariable durante todo el tiempo en que tal mecanismo resarcitorio estuvo en uso por la jurisprudencia. En algún caso llegó a utilizarse dicha cuantificación no sólo como medida del resarcimiento moratorio, sino como límite máximo de los intereses susceptibles de ser pactados por las partes (aún como cláusula penal o intereses punitivos).¹⁰⁰⁶

Ahora bien, es necesario advertir sobre la idea de que el razonamiento que llevara a dicha determinación jurisprudencial constituyó el descubrimiento de una vez y para siempre de la cuantificación del *interés puro* en las cifras que van del 6% al 8%. Las condiciones de “perfecta seguridad” ya aludidas, que constituyen el presupuesto de dicha cuantificación, no son más que un postulado teórico, pero inexistente en la realidad.

Para convencernos de lo expuesto, probablemente baste transcribir un pasaje del citado trabajo de Molinario, sobre el que arribó a los difundidos números en cuestión, cuando explica por qué toma como referencia a las tasas que paga el Estado Nacional:

¹⁰⁰³ Molinario, ob. cit., lug. cit. Cap. VI, p. 1162 y sig..

¹⁰⁰⁴ Molinario, ob. cit., lug. cit. Cap. XII, p. 1178.

¹⁰⁰⁵ Sobre el particular se ha dicho: “En razón de que el gobierno puede aumentar los impuestos para pagar las deudas que adquiere (un truco que a la mayoría de nosotros nos gustaría hacer), esta deuda se encuentra virtualmente libre de riesgo de incumplimiento. Por lo tanto, lo llamaremos *rendimiento libre de riesgo* durante un período corto (un año o menos).” (Ross, Westfield y Jaffe, ob. cit., p., 248).

¹⁰⁰⁶ Ver voto del Dr. Bosch, en autos “Diesel Oliden S. A. c. Diesel King”, de la C. Nac. Com., sala D, del 23/3/81, en L. L. 1981-C, p. 454 y crítica a dicho fallo, de Di Cio, Alberto, “¿Un tope judicial fijo para los intereses?”, en L. L. 1981-C, p. 453.

“Se trata de un interés puro porque no existe la posibilidad de insolvencia, ya que el Estado siempre responderá por sus obligaciones, salvo el supuesto de suplantación del actual Estado de derecho por el Estado que se ha visto funcionar en la Rusia Soviética ... Y demás está decir que cuando este verdadero cataclismo socio-político se opera, toda la teoría económica basada en la concepción del Estado con economía liberal capitalista reglamentaria, deja de tener significación alguna. Pero no aconteciendo ello, el Estado de derecho es siempre solvente y pagará sus obligaciones. Esto significa que el prestamista tiene la máxima seguridad jurídica en orden al cobro que el régimen legal imperante puede otorgar”.¹⁰⁰⁷

Es obvio que dicho trabajo fue escrito en 1972, antes de la cesación de pagos declarada por nuestro Estado Nacional en diciembre de 2001. Pero los acontecimientos demostraron dolorosamente que por más que dicha medida constituya un verdadero “cataclismo”, no por ello es imposible que suceda.

Por otra parte, el ya citado trabajo de Molinario, que presuntamente pudo haber sido el inspirador de la corriente jurisprudencial que se analiza, señala varias ideas contrarias al sentido con que las mismas fueron adoptadas por la jurisprudencia:

- a) Uno de los propósitos que presidieron el trabajo del Dr. Molinario, según él mismo explica, fue el de dar un fundamento racional y explícito, al ejercicio de las facultades discrecionales que ejercen los jueces con relación a las disposiciones legislativas deliberadamente “abiertas” con el propósito de cumplir funciones de *equidad*,¹⁰⁰⁸ para lo cual se refirió particularmente al artículo 953 del Código Civil.¹⁰⁰⁹ Explayándose respecto de esa idea, dijo:

“Los jueces cuando han fijado el límite máximo de los intereses lucrativos, compensatorios o retributivos, así como también de los punitivos, punitorios o moratorios, no han dado razones, sino que han procedido a adoptar decisiones que constituyen verdaderos actos de mera autoridad, pues se han limitado a considerar abusivos los pactados”.¹⁰¹⁰

- b) La tasa del *interés puro* “es la misma en un momento dado y en un país igualmente determinado”.¹⁰¹¹ Por lo tanto, las determinaciones cuantitativas que efectuó, nunca pretendieron tener validez para cualquier tiempo y lugar.
- c) Cuando para establecer la tasa de *interés puro* en operaciones a “largo plazo”, toma como referencia la ofrecida por el Estado Nacional al emitir los Bonos de Inversión y Desarrollo 1971 y los Bonos Exteriores segunda serie emitidos ese mismo año, dijo: “Debemos señalar que cuando el Estado emitió los Bonos, debió tener en consideración la abundancia de capitales... En los dos casos el Estado argentino escogió el 8 %.”

¹⁰⁰⁷ Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. VI, p. 1163.

¹⁰⁰⁸ Sobre el conflicto entre los principios de *certeza* y *equidad*, ver mi trabajo titulado “Las nuevas tecnologías y el derecho civil”, publicado en *Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Fascículo N° 6 Cuaderno de Doctrina, Premios Accésit Concurso C.P.A.C.F. Especialidad Derecho Civil*, Buenos Aires, 2000, cap. I, apartado ii, punto c), y notas 49 y 50; y cap. III, apartado i, punto c).

¹⁰⁰⁹ Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. I, p. 1155.

¹⁰¹⁰ Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. V, p. 1161.

¹⁰¹¹ Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. VI, p. 1162.

- d) Cuando en cambio se trata de efectuar dicha determinación con relación a operaciones de particulares, cita al economista Leroy-Beaulieu, que dice:

“La tasa del interés, cuando se la considera en un tiempo dado y en el conjunto de un país, obedece a ciertas leyes generales. No es fijada por pura fantasía; resulta: 1°) de la abundancia de los capitales disponibles; 2°) de la productividad que esos capitales podrán tener en las condiciones presentes de la industria, de la agricultura y del comercio; 3°) de la cantidad y del ardor de los que toman prestado, sobre todo los que contraen empréstitos productivos, como los industriales, los comerciantes y los agricultores; 4°) del riesgo de pérdida, sea parcial, sea total, dependientes del estado general del país y de la situación particular de cada uno de los que toman prestado”.¹⁰¹²

En conclusión, la *renta pura* del capital –cualquiera sea la forma jurídica por la cual éste fuera cedido– es siempre cuantitativamente variable, aún bajo condiciones *teóricas* de “perfecta seguridad”. La práctica ha demostrado que no es posible determinar nada parecido a un “precio justo” para cualquier circunstancia de tiempo y lugar, por el uso del capital ajeno. Piénsese en las dificultades que ha tenido y tiene a comienzos de 2010 nuestro país, para obtener financiación a tasas que no superen el 10% anual en dólares estadounidenses.¹⁰¹³

§ 85. Homogeneización de los mecanismos matemático – financieros

Los análisis jurídicos sobre el fenómeno de la *renta* suelen pasar por alto muchas cuestiones matemáticas, cuya inadvertencia da lugar a serios malentendidos. Por ejemplo, no es posible confundir el *interés*, que es siempre una “suma” de dinero (o apreciable en dinero) que se paga por el uso de un capital ajeno, con la *tasa de interés*,¹⁰¹⁴ que es siempre una relación que generalmente se expresa en un “porcentaje” (tanto por ciento), pero también puede expresarse en otro tipo de relaciones (como el tanto por uno). Dicha razón expresa la relación entre una cierta cantidad de unidades monetarias a pagar o pagadas y otra cierta cantidad de unidades monetarias básicas (generalmente 100, pero también puede ser 1), pero siempre con relación a una cierta unidad de tiempo (generalmente anual, tomando como divisor 365 o 360 días, o mensual, tomando como divisor 30 días).

Cuando se cae en la confusión de que cualquier “tasa” de interés expresa el “interés” cobrado o percibido en una operación, prescindiendo de los criterios y circunstancias de cálculo, se cae en confusiones del tipo de las que señalaran algunos fallos judiciales ya citados (ver notas 511 y 516). Por otra parte, las referencias a las tasas de interés corrientes, a veces se

¹⁰¹² Molinario, ob. cit., lug. cit., Cap. VI, ps. 1166 y 1167.

¹⁰¹³ La última colocación de deuda soberana tomada por Venezuela, en 2008, se efectuó con tasas del 14% anual en dólares (p. ej. Ver en http://www.infolatam.com/entrada/argentina_paga_un_alto_costo_por_la_ayud-9556.html).

¹⁰¹⁴ Konzevik, David, ob. cit., lug. cit. nota 510.

entienden en relación a las que “cobran” los bancos (tasas activas), y otras a las que éstos “perciben” (tasas pasivas).

Para evitar tales confusiones, entonces, es necesario efectuar las siguientes precisiones conceptuales, comenzando por el último de los problemas señalado.

a) *Tasas activas y pasivas*

La calificación de *activas* o *pasivas*, aplicada a las tasas de interés que utilizan los bancos, tiene que ver con el rol activo de “dadores” o pasivo de “tomadores” de crédito, que ejercen como intermediarios financieros (art. 1 ley 21526). En el primer caso “cobran” intereses por el uso de los capitales que ceden, y en el segundo los “pagan” respecto de los capitales que reciben para su intermediación. Esta distinción cobra interés, a partir de la falta de univocidad que registran los fallos, a la hora de aplicar la doctrina judicial antes referida sobre la determinación del tipo de intereses *moratorios* aplicables, a los casos en que las partes no pactaron la indemnización de dicho perjuicio en sus contratos (§ 29 ap. g) y jurisprudencia allí citada).

Se dijo en el pasaje antes citado, que la doctrina tradicional consideró que la forma adecuada de indemnizar el perjuicio moratorio era mediante el pago por parte del deudor, del interés “cobrado” por los bancos públicos (o sea mediante las *tasas activas*: ver fallos citados en notas 509 y 510). Pero que luego del interregno de la alta inflación de mediados de los años setenta y los ochenta, en que el perjuicio moratorio se indemnizó mediante la actualización del capital por índices de precios, más una tasa de interés “puro”, y una vez prohibida la indexación por la ley de convertibilidad 23.928, la cuestión volvió a tornarse problemática. Tal es el caso que ha quedado planteado a partir de los fallos que por un lado consideraron que era de aplicación la *tasa pasiva* (ver notas 512, 515 y 521), y por otro el de aquellos que siguieron la doctrina clásica de la *tasa activa* (ver notas 516 y 522).

Los argumentos de la doctrina partidaria de la *tasa pasiva* se pueden seguir a partir de su exposición en el fallo de la Corte Suprema de Justicia citado en la nota 512 (Y.P.F. c/ Provincia de Corrientes): a) la cifra alcanzada por la tasa activa supera a la inflación, por lo que su aplicación desvirtuaría el propósito “desindexatorio” de la ley 23.928 (considerando 32 del fallo citado); b) el elevado costo de la intermediación financiera que conforma la *tasa activa* no debería ser soportado por el deudor (consid. 32); c) la admisión de un instrumento “sustitutivo” de la indexación (como sería la *tasa activa*) implicaría ir contra los planes explícitos de las autoridades políticas de la Nación de erradicar la inflación, cuando las interpretaciones que los jueces atribuyan a las leyes deben respetar tales objetivos (consid. 30

y 33); d) los argumentos anteriores serían resultado de la aplicación de principios derivados de normas federales, que deben prevalecer, pero aún considerando la cuestión a la luz del derecho común (art. 622 del Código Civil), la *tasa pasiva* también es la solución que se obtendría por aplicación del criterio de la “tasa legal”, habida cuenta de que el artículo 10 del decreto 941/91 sería la ley especial que establecería los “intereses legales”, sin necesidad de recurrir a la soluciones analógicas (art. 565 Cód. Comercio: consid. 35); e) el daño moratorio debe resarcirse mediante la *tasa pasiva* porque es la que habría obtenido el acreedor de habersele restituido el capital en tiempo oportuno, puesto que el mayor daño que hubiera recibido el acreedor en caso de haber tenido que recurrir a un préstamo bancario y pagar la *tasa activa* debe ser probado (consid. 36); y f) la indemnización del daño moratorio debe efectuarse mediante la reparación del “lucro cesante” (la utilidad que esperaba obtener del dinero que se debe, esto es la *tasa pasiva*) y no mediante el “daño emergente” (costo de obtener fondos para pagar una deuda propia, por no habersele restituido al acreedor el capital debido: *tasa activa*), puesto que vedada la indemnización mediante la actualización monetaria más intereses “puros”, la *tasa pasiva* es el recurso que responde al mismo concepto que el “lucro cesante” (consid. 37).

Tales argumentos han sido objeto de una crítica que parece mucho más sólida, a juicio del suscripto y de la visión que se tiene de la *renta* como fenómeno económico unitario que se postula en este trabajo.¹⁰¹⁵ Veremos entonces dicha réplica.

El argumento a), de la cuantía de la tasa frente a la inflación, ha sido rebatido de la siguiente manera. En primer lugar, el dato de la superioridad de la *tasa activa* frente a la inflación es contingente: esa relación se verificó desde el inicio de la convertibilidad hasta la fecha de sanción del fallo, y durante prolongados períodos posteriores. No obstante, el nivel de las tasas de interés es la resultante de la variación de la oferta y demanda de dinero, así como de otras variables económicas y sociales, que en cualquier momento pueden registrar un comportamiento inverso. Por otra parte, el comportamiento de la *tasa pasiva* en el período considerado en el fallo en análisis, arrojó resultados inferiores a la inflación (lo que implicó que no resultó una variable retributiva del perjuicio de deterioro del capital). Pero en definitiva, la comparación de la tasa de interés con el nivel de inflación, encierra una forma encubierta de volver al mecanismo indexatorio prohibido: si el apartamiento del nivel de los intereses de la tasa de inflación trae como resultado adecuar aquellos a ésta, entonces habría que volver al mecanismo indexatorio. Si esto es así, entonces se pone de manifiesto que el

¹⁰¹⁵ Guarinoni, Ricardo Víctor, “Juego de Tasas”, en *La Ley*, 1992-E, p. 852 y siguientes.

argumento de la relación entre tasas de interés / tasas de inflación, desvía la atención sobre el punto de vista que debe presidir el criterio de indemnización del perjuicio moratorio, que es que la tasa de interés refleja el “costo del dinero” en el mercado en un momento dado.¹⁰¹⁶

En cuanto al argumento b), sobre el elevado costo de intermediación financiera que registra la *tasa activa* que no debe ser afrontado por el deudor, debe decirse que es una variante de la argumentación anterior referida a las elevadas cifras alcanzadas por la *tasa activa*: ello no es otra cosa que un reflejo del costo del dinero alcanzado en el mercado, que para cualquier particular se mide por la *tasa activa*, puesto que es la que deberá pagar si pretende hacerse del dinero.¹⁰¹⁷

El argumento descripto como c) se refiere al argumento “político” de que la interpretación de los jueces debe acompañar el intento de poner fin a la inflación. Sobre ello se ha dicho que “la adopción de una tasa determinada, aunque en ella esté incluida la expectativa inflacionaria, no es causa sino consecuencia de la inflación”,¹⁰¹⁸ más aún si la tasa que se debe utilizar para indemnizar el perjuicio moratorio es la que refleja el costo del dinero en un momento determinado, que es el objetivo que debe buscar la reparación. Asimismo, un argumento también “político”, pero de sentido contrario, se encuentra en que resarcir el perjuicio moratorio mediante una tasa que sea muy inferior al costo real del dinero, “hará que los deudores remisos prolonguen innecesariamente los juicios y eviten todo tipo de conciliación”, puesto que “cuanto más dure un pleito, más se licuará su deuda”.¹⁰¹⁹

Respecto del llamado argumento d), que dice que la aplicación de la *tasa pasiva* prescripta por el artículo 10 del decreto 941/91 sería la ley especial aludida por el artículo 622 del Cód. Civil (lo que derivaría la solución del “derecho común”), se ha replicado en primer lugar que no parece razonable interpretar la referencia a los “intereses legales que las leyes especiales hubieran determinado” empleada por el Código Civil, en un sentido meramente “material” (de modo que comprendiera un simple “decreto”) y no “formal” (de ley emanada del Congreso de la Nación). En segundo lugar, el citado decreto 941/91 no obliga a los jueces a adoptar una tasa de interés determinada, sino dice solamente que “el juez podrá indicar la tasa de interés...” lo cual implica delegar en los jueces la determinación de la tasa de interés. Dicha interpretación facultativa se ve reforzada por el párrafo siguiente de la citada norma, cuando dice que la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central de la República

¹⁰¹⁶ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. b, p. 855 y sig.

¹⁰¹⁷ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. c, p. 856 y sig.

¹⁰¹⁸ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. f, p. 858 y sig.

¹⁰¹⁹ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. f, p. 859. Este argumento coincide con lo que se sostendrá más adelante, en cuanto a que la política judicial usual en esta materia, genera lo que se denomina *oportunismo contractual* (§ 87 ap. h).

Argentina, “podrá” ser usada por los jueces, a los fines del artículo 622 del Código Civil. En tercer lugar se ha señalado, que el segundo párrafo del artículo 622 (agregado por la ley 17711), cuando establece una sanción pecuniaria para el caso de inconducta procesal por parte de deudores que litiguen con el exclusivo propósito de dilatar el cumplimiento de sus obligaciones de dar sumas de dinero, la fija sobre la base de “la tasa de los bancos oficiales en operaciones de descuentos ordinarios” (operación típicamente *activa*, aunque pasible de la crítica que se efectúa en el ap. b) siguiente). Por ello, aún prescindiendo de la aplicación analógica del artículo 565 del Código de Comercio que había hecho la jurisprudencia (§ 29 ap. g), el propio artículo 622 en sus dos párrafos, leídos en conjunto, sigue conteniendo una indicación inequívoca en cuanto a que el resarcimiento moratorio debe efectuarse mediante la *tasa activa*.¹⁰²⁰

Cabe ahora referirse al llamado argumento e), que puede resumirse como una apelación al uso de “condicionales contrafácticos”. Aquí el argumento de la Corte se basa en un razonamiento especulativo del tipo de “qué es lo que hubiera pasado, en caso de haber sucedido algo que no sucedió”: si el acreedor hubiera percibido el capital que le era debido, habría obtenido como renta la *tasa pasiva*. El hecho es que el presupuesto de la conclusión (que habría percibido la *tasa pasiva*), es que el acreedor hubiera previamente percibido su capital en término. Pero esto es lo que precisamente no sucede en casos de mora. No obstante ello, el considerando 36 del fallo en análisis pasa por alto esta circunstancia, y en cambio dice que la otra posibilidad (que el acreedor hubiera debido recurrir a un préstamo bancario para mantener indemne su patrimonio) es algo que tal acreedor deberá probar: si bien es cierto que esta hipótesis no es una “consecuencia inmediata y necesaria” del incumplimiento, no se advierte el por qué de la preferencia del primer razonamiento, cuando el segundo es el que contempla mejor la situación real (ver lo dicho al tratar el argumento que llamamos b). El uso de los “condicionales contrafácticos” como forma de argumentación en el terreno jurídico requiere una gran prudencia, a raíz de las paradojas que genera a la luz de la lógica formal. Por lo tanto, sigue siendo más razonable guiarse por la idea de que si el deudor hubiera querido cumplir su obligación y carecía de dinero para hacerlo, habría debido recurrir a un préstamo que le habría devengado una *tasa activa*, por lo que esta solución no aumenta la onerosidad de su deuda. Para seguir el razonamiento del considerando 36, es necesario formular la hipótesis adicional del cumplimiento del deudor y de que con ello el acreedor

¹⁰²⁰ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. a, p. 854 y sig.

realizó una inversión financiera, lo que pone de manifiesto la superioridad de la solución inversa.¹⁰²¹

Tenemos por último el argumento f), que dice que la indemnización debe hacerse mediante el “lucro cesante” (mecanismo anterior de resarcimiento, hoy *tasa pasiva*), por lo que no debe cambiarse el concepto. Se ha criticado la identificación entre “desvalorización monetaria más tasa de interés puro” (mecanismo de resarcimiento moratorio durante la época de alta inflación) por un lado, con “lucro cesante” por el otro. La multiplicidad de tasas con que los distintos fueros y regímenes legales especiales cuantificaron el llamado “interés puro” (que oscilaba entre el 5% y 12% anual), hacen dudosa la identificación de esta variable, con el “lucro cesante”, que se supone debería ser homogéneo para todo tipo de deudor. En cambio, la distinta retribución otorgada, según se tratara de deudores civiles, laborales, comerciales, etc., asimilaría dicha retribución más bien a un resarcimiento del tipo de “daño emergente”. Por otro lado, la prueba del “lucro cesante” es imprescindible para su procedencia, en cambio la existencia del “daño emergente” surge de la existencia misma del hecho dañoso. Los intereses que se devengan por el solo hecho del incumplimiento se asemejan a este último concepto.¹⁰²²

A la polémica entre la aplicación de la *tasa activa* o la *pasiva*, como forma de resarcimiento del daño moratorio, se han venido a agregar nuevos enfoques respecto de los argumentos reseñados, a partir del plenario de las Cámaras Civiles de la ciudad de Buenos Aires (el caso “Samudio de Martínez”, nota 522).

En cuanto al argumento relativo a la relación de las tasas de interés respecto de la evolución de la inflación (argumento señalado como “a” –considerando 32– en fallo YPF c/ Provincia de Corrientes), el razonamiento de la mayoría que votó en el reciente plenario de las cámaras civiles, fue de sentido contrario al de la Corte Nacional en el citado precedente, esto es la insuficiencia de la reparación de la *tasa pasiva* con relación a la desvalorización monetaria producida por la inflación verificada en los últimos tiempos. De esta manera, se controvertiría el mecanismo resarcitorio de la mora, y el principio de la reparación integral debida a las víctimas de un daño injusto (art. 1083 C. Civ.). Se agregó además, que una tasa que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios “beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda”.

Pero es de señalar que por el camino de la comparación entre la evolución de la inflación y la tasa de interés, se entra en el terreno contingente de la evolución de las variables

¹⁰²¹ Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. d, p. 857 y sig.

¹⁰²² Guarinoni, ob. cit., cap. IV, ap. e p. 858.

económicas, como señalaba Guarinoni (nota 1016), y como lo hicieron los vocales Molteni y Racimo en sus fundamentaciones particulares al voto de la mayoría en el plenario “Samudio de Martínez”. En efecto, estos dos vocales que votaron por la mayoría, lo hicieron por sus propios fundamentos: el Dr. Molteni, según lo que él interpreta que ha sido la doctrina clásica (nota 523). El Dr. Racimo, por su parte, disintió con que la doctrina clásica francesa propiciara la solución de la tasa activa, en razón de que tal doctrina se elaboró en un contexto diferente al actual existente entre nosotros (§ 27, ap. a), en el que el interés que se podía pactar en un mutuo, estaba limitado a una tasa máxima establecida por ley. Y dicha ley no distinguía entre tasas “activas” y “pasivas”, sino que el límite era una tasa única del 5% anual, puesto que no se situaba en las relaciones con banqueros, sino entre particulares. Así, el interés que podía obtener el acreedor de su deudor moroso para resarcir el daño moratorio, era el que correspondía a un préstamo “civil”, el cual debía entenderse que era el citado interés legal máximo establecido por la legislación en el 5% anual.

El Dr. Racimo, en su voto a la tercera cuestión, en el citado plenario “Samudio de Martínez”, también dio su opinión en cuanto a los argumentos antes individualizados como “e” y “f”, sostenidos por la Corte en el fallo YPF c/ Provincia de Corrientes. Tales argumentos, consistían en que el resarcimiento del daño moratorio debe efectuarse mediante la *tasa pasiva*, (que es la renta que habría obtenido el acreedor invirtiendo el capital que le era debido, mediante un depósito en un banco) porque ésta es *lucro cesante* y consecuencia *inmediata* de la mora; y que reclamar la *tasa activa* (a título de que es la que habría debido pagar el acreedor, en caso de haber tenido que solicitar un préstamo a un banco, para poder disponer de las sumas debidas por su deudor, ante su incumplimiento), requeriría la prueba de que el acreedor tuvo que tomar tal préstamo. En contra de dicho criterio, el Dr. Racimo, en el fallo plenario mencionado, sostuvo que el sistema de la clasificación de las consecuencias mediatas e inmediatas, y de las clases de perjuicio, en lucro cesante y daño emergente, son ajenas al problema del resarcimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero, en el régimen de nuestro Código Civil. Sobre el particular dijo, en oportunidad de votar respecto de la tercera cuestión propuesta al plenario:

«Las consideraciones del daño emergente y del lucro cesante derivan de una concepción tradicional ya superada. La tarifación del art. 622 no se asienta en la consideración de las consecuencias sino en la tarifación de los eventuales usos del dinero. No se habla de las consecuencias inmediatas o mediatas ... y cuando el sistema clásico de Pothier se refiere a daño emergente y lucro cesante su concepción remite a la ponderación de consecuencias más vinculadas a la moral que al derecho Estos títulos de daño emergente y lucro cesante no son otra cosa más que el cálculo de "la preciosidad del uso del dinero" ... y buscaban la justificación en el pensamiento tradicional -mediante una vía indirecta- del cobro del interés frente al prohibición de todo lucro por el préstamo de dinero (ver por ejemplo, Santo Tomás de Aquino, "Suma Teológica", t. II-II, Madrid, B.A.C. 1946, cuestión 78, art. 2 p. 695). El régimen del derecho común se usaba para birlar la idea inaceptable en el pensamiento tradicional de que

el dinero -como cosa consumible- tenía un precio de uso. Cuando se recurre a los conceptos de daño emergente y lucro cesante para determinar estas cuestiones se vuelve a este criterio que es totalmente distinto al contenido en el Código Civil que se refiere al interés corriente del capital (ver nota al art. 622).»¹⁰²³

«El criterio que corresponde aplicar es el cálculo presunto del precio por el uso del dinero y no el examen de sus consecuencias. Si se examinan las consecuencias, esto es, si el acreedor debió tomar un crédito a mayor costo para reparar los daños, si quebró y por eso debió tomar a un usurero, si se considera que era ahorrativo y que presumiblemente lo hubiera guardado en su casa, se entra casi inevitablemente en el sistema del derecho común. Si se examinan los usos no hay que colocarse después del hecho sino en el momento que ocurre, esto es, cual es el uso eventual que habría hecho un mutuante civil de la suma en el momento en que no se le devolvió. La respuesta natural -y teórica- en el derecho clásico francés era prestarlo a otro deudor por una tasa similar y para ese fin se estipuló el interés legal..»

Sostiene el Dr. Racimo más adelante en esta misma parte de su voto, que el art. 1153 del Código Civil francés y de la misma manera, el art. 622 de nuestro Código Civil, excluyen la aplicabilidad de las reglas de prueba del daño emergente y del lucro cesante y que ello lleva consecuentemente a que no sean aplicables los estándares del derecho común respecto de la apreciación de los concretos usos del dinero en cada contrato en particular. Y agrega, con cita de Colmet de Santerre y Toullier:

«Concretamente si el acreedor de una suma de dinero hubiera podido obtener una indemnización por la pérdida que habría tenido y por la ganancia de la que habría sido privado –con sustento en los arts. 1150 y 1151, Código Civil Francés– los jueces se enfrentarían a dificultades insalvables y es por ello que la tasa legal “a una apreciación necesariamente arbitraria la ley la ha sustituido por una fijación hecha por anticipado”».

Dentro de los argumentos vertidos por los miembros de la minoría (que votaron por la *tasa pasiva*), en el plenario “Samudio de Martínez”, interesa destacar la opinión vertida por el Dr. Sánchez, en los puntos I-4) y I-5) de su voto con relación a la primera cuestión. Allí sostiene que el argumento relativo al aumento de la litigiosidad que provocaría el mantenimiento de la aplicación de la *tasa pasiva* (por el incentivo que supone para el deudor financiarse mediante la continuación del incumplimiento, a una tasa inferior a la de mercado), no se compadecería con la realidad estadística que –manifiesta– mostrarían que a partir de la vigencia del régimen de mediación obligatoria (ley 24.573) habría habido un descenso de la litigiosidad. Y que en los fueros donde se ha aplicado las *tasa activa* (el comercial y el laboral), ha habido un aumento de ella. Este argumento (el relativo a que las *tasa pasiva* es un incentivo para el deudor moroso que paga un precio inferior al de mercado, para prolongar la mora) es un “hecho” que debe ser probado, será rebatido más adelante (§ 87 ap. h), cuando se analice el problema de ciertas doctrinas judiciales como un caso de “oportunismo contractual” (nota 1019).

¹⁰²³ Sobre la opinión de Santo Tomás, recuérdese lo expuesto en notas 175 y 176, y textos a ellas relacionados.

b) Tasas “adelantadas” y “vencidas”

Según el momento en que se efectúa el cálculo del “interés” (suma de dinero que se entrega como contrapartida por el uso del capital ajeno), con relación a la época de su percepción, se habla de “tasas” *adelantadas* o *vencidas*.

En efecto, cuando el cálculo de los intereses se efectúa en el momento de instrumentar el contrato de crédito que va a permitir la cesión de un capital, y se tiene como dato conocido para determinar los intereses, el *monto* de la obligación (o sea el importe total que habrá de pagar el suscriptor del instrumento del crédito al vencimiento del mismo), se habla de tasa *adelantada*. Esta forma de calcular los “intereses” es propia del contrato de *descuento* y de las distintas variantes de compras de derechos creditorios (§ 51), así como también es el cálculo necesario para valuar al día de la compra, las utilidades futuras de un fondo de comercio que se desea adquirir, o el valor actual de un flujo de fondos futuro cualquiera. El caso se ejemplifica así: supóngase que alguien, como forma de materializar la cesión de un capital determinado, se decide a instrumentarlo mediante la “compra” de una obligación emitida por el propio beneficiario del crédito o por un tercero; en tal caso es necesario disponer como dato conocido, del *monto* “final” de dicha obligación, al momento de su vencimiento, según sus condiciones contractuales: por ejemplo \$ 15.000; y el plazo de vencimiento en que dicho importe será susceptible de ser percibido por el dador de crédito: en el caso, digamos 90 días, a contar desde el momento de la cesión del crédito. Supóngase igualmente, que la tasa de interés corriente en el mercado en ese momento dado y para operaciones con idéntico plazo de duración (90 días) sea del 13% anual. El problema del dador de crédito en esa circunstancia, es establecer cuál es el *capital* “neto” u “originario”, que durante el plazo de 90 días, y a la tasa del 13% anual, sea capaz de producir un monto (capital + interés) igual a los expresados \$ 15.000, que es el importe del crédito que se propone comparar al momento de su exigibilidad. La respuesta a dicho interrogante, lo da la tasa de *descuento* o tasa *adelantada* que sea *equivalente* a la del 13% anual. En el caso del ejemplo dicha tasa es la del **12,5962304220866%**¹⁰²⁴ anual, y aplicando la fórmula del *descuento comercial*, tenemos que:

¹⁰²⁴ Dicha tasa se obtiene, mediante la siguiente fórmula:

$$d = \left(1 - \frac{1}{1 + \frac{i}{\left(\frac{365 \times 100}{m}\right)}} \right) \times \frac{365 \times 100}{m}$$

Donde:

d = tasa de descuento

$$\frac{15.000 \times 12,5962304220866\% \times 90}{100 \times 365} = 465,89$$

Por lo tanto:

Valor nominal del crédito (<i>Monto</i>):	15.000,00
Descuento:	- 465,89
<i>Capital</i> (originario):	<u>14.534,11</u>

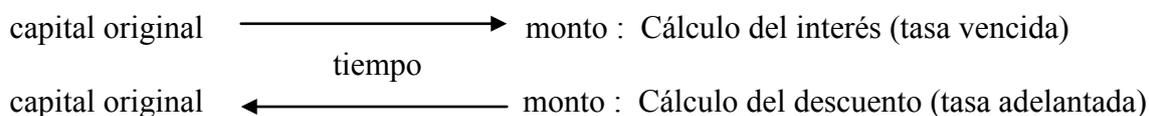
Y:

$$\frac{14.534,11 \times 13\% \times 90}{100 \times 365} = 465,89$$

Por lo tanto:

Capital:	14.534,11
Interés	+ 465,89
Monto o Valor nominal	<u>15.000,00</u>

Se llama por el contrario *tasa vencida* a la que se usa para calcular los intereses al momento de percepción de los mismos, pero tomando como base del cálculo el *capital* original. En el caso del ejemplo anterior tenemos, el *capital* original que es la cantidad de \$ 14.534,11 y un tiempo de uso del capital de 90 días; la tasa utilizada fue del 13% (lo que dio como resultado un interés de \$ 465,89). Se dice que es una *tasa vencida*, en el sentido que toma como base el *capital* original y considera al tiempo en sentido ascendente (lo computa desde el momento del inicio de la disponibilidad del capital hasta su fin). En el *descuento* ambos factores se consideran a la inversa: la base del cálculo es el *monto* (capital + interés) y el tiempo se calcula en sentido descendente (desde el momento de vencimiento contractual de la obligación hasta el día de celebración de la operación de descuento). Dicha situación se representa gráficamente así:



La *tasa vencida* es la que se utiliza en los contratos de *préstamo*, así como en empréstitos, tales como *obligaciones negociables*. Igualmente es la que corresponde utilizar en los cálculos para determinar el resarcimiento moratorio, toda vez en estos casos el dato conocido es el capital original; el período de tiempo por el cual el deudor dispuso indebidamente del capital ajeno solamente se conoce una vez concluida la mora (cuando se

i = tasa de interés

m = subperíodo de aplicación de los intereses

En el caso del ejemplo, el valor "i" ha sido reemplazado por 13 y el valor "m" por 90.

produjo el cumplimiento). Por lo tanto, la referencia que hacen algunos tribunales a la tasa de *descuento* que cobran los bancos públicos (§ 29 ap. g) corresponde adecuarla, si se quiere que el resarcimiento moratorio que se obtenga por este medio, sea equivalente al costo que hubiera tenido una operación bancaria de características (en cuanto al tiempo de duración) iguales a la del caso cuya mora se pretende resarcir (notas 510 y 511). Ello se consigue, mediante la fórmula de equivalencias inversa a la antes considerada en el caso del ejemplo anterior.¹⁰²⁵ Allí nos encontrábamos en el punto en que sabíamos que una persona otorgaba a otra un préstamo (o que había dejado de pagarle) a otra por una cantidad de \$ 14.534,11 y que el tiempo por el cual el deudor dispondría de dicho capital (o el de duración de la mora) era de 90 días. La tasa contractual a aplicar, según el segundo de los cálculos efectuados, es del 13% anual, lo que arroja un interés (compensatorio o moratorio, según nos encontremos en el caso de un préstamo o de un resarcimiento del incumplimiento del deudor) de \$ 465,89.

Ahora bien. Si se tratara de calcular el resarcimiento moratorio sobre la base de la tasa de interés “corriente”, y si fuera del caso que no hubiera posibilidad de obtener la información del “interés corriente”, sino mediante la referencia a operaciones bancarias de “descuento”, entonces es necesario efectuar la aludida corrección a dicha tasa (notas 510 y 511). Ello es así –como se dijo– porque en las operaciones de “descuento” el período que media entre el descuento y el vencimiento de la operación es conocido y el cómputo se efectúa tomando como base de cálculo de los intereses, el “monto” de la operación (el capital más los intereses contractualmente convenidos). En el caso del cálculo del resarcimiento moratorio el *monto* es desconocido (puesto que lo integra el “interés” que es uno de los datos que se quiere averiguar).

Si por el contrario, el problema fuera determinar el rendimiento financiero real obtenido en una operación de *descuento* (para los fines que fueran del caso), la *tasa adelantada* no es un índice de dicho rendimiento, toda vez que la fórmula del *descuento comercial* toma como base para el cálculo de los intereses (que en el caso se detraen del

¹⁰²⁵ En este caso la fórmula aproximada es:

$$i = \left\{ \left[\left(\frac{1}{1 - \left(\frac{d \times m}{365 \times 100} \right)} \right) - 1 \right] \times 100 \right\} \times \frac{365}{m}$$

Donde

i = tasa de interés

d = tasa de descuento

m = subperíodo de aplicación de los intereses

En el caso del ejemplo, el valor “d” ha sido reemplazado por 12,5962304220866 y el valor “m” por 90.

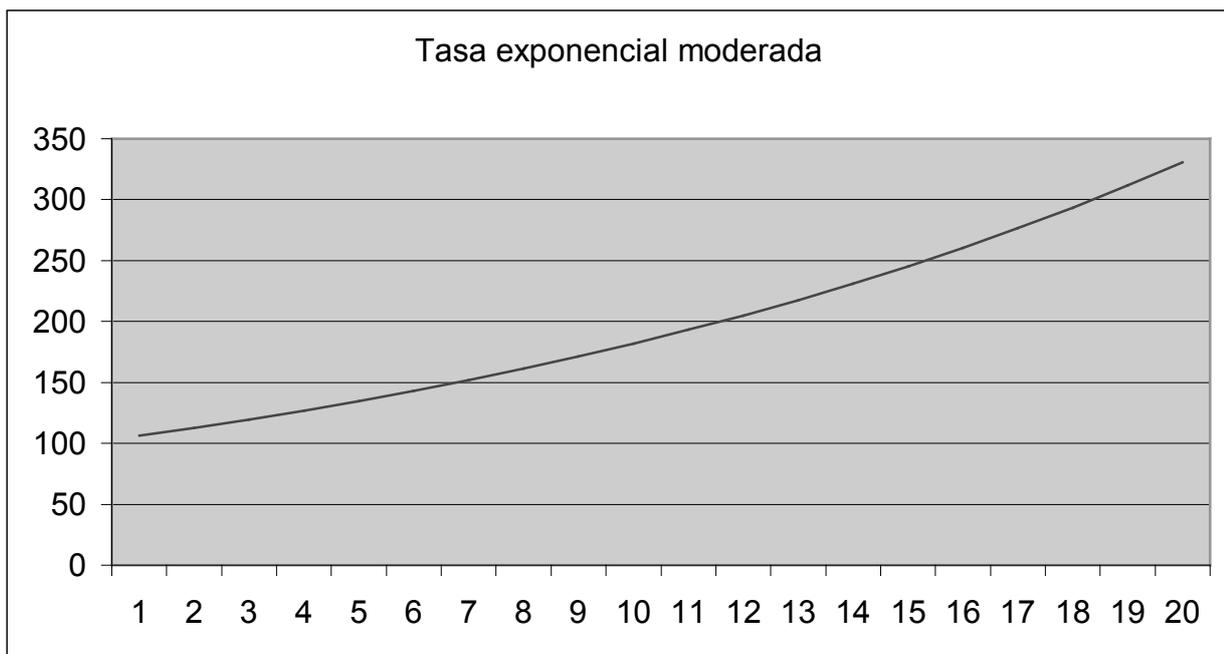
monto a percibir al final del contrato) dicho *monto*, que no es el *capital* que efectivamente dispuso el tomador del crédito, ni el que cedió el dador de crédito al descontante.

Por lo tanto, no debe confundirse el *interés* (como resultado de un cálculo), con la *tasa de interés* (porcentaje que se utiliza en una fórmula, para obtener dicho resultado). Y la *tasa de interés* que se utilice en cada fórmula, ha de ser la que guarde relación con la operación de que se trate.

c) *Capitalización de intereses*

El mecanismo de capitalización de intereses se ha visto cubierto a través del tiempo por un raro velo que ha dificultado la comprensión por parte de los juristas, respecto de algunos aspectos matemático-financieros relacionados con el problema. Se entiende por “capitalización” de intereses, el criterio de cálculo que toma como base de generación de los intereses, en cada período, la suma del capital inicial, más la de los intereses generados en el período. En el mecanismo llamado de “interés simple”, la base de cálculo de los intereses, es siempre el capital inicial.

Es probable que dichas dificultades de percepción tengan que ver con la representación gráfica de la evolución del devengamiento de intereses cuando se la describe en un sentido ascendente en el tiempo: en este caso dicha evolución se expresa mediante una función exponencial, que se representa gráficamente mediante una curva como la siguiente:



Cuadro 11– Curva de capitalización de intereses con tasas moderadas

El caso expuesto en el gráfico es el resultado de devengar intereses sobre un capital de \$100, capitalizándolo cada 90 días en 20 oportunidades (un total de 1800 días), a una tasa del 25% anual. Los intereses que se obtienen en cada una de dichas capitalizaciones, y la forma en que va creciendo el capital se observan en la siguiente serie de datos:

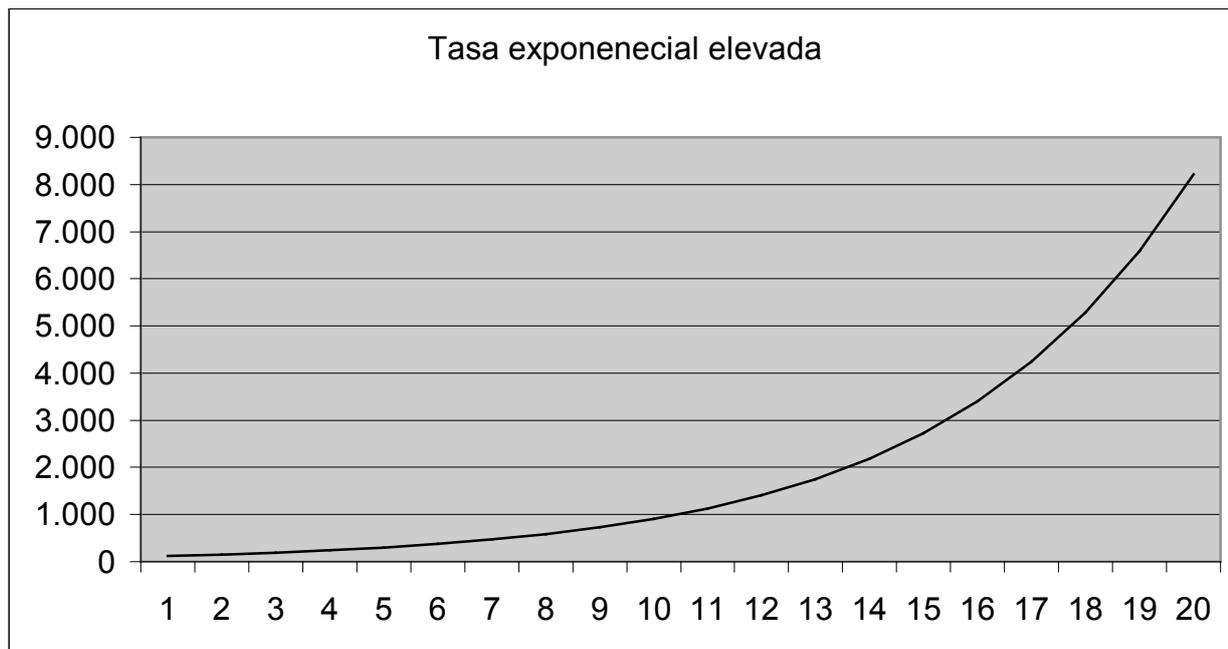
Nº CAPITAL.	INTERÉS	MONTO CAPITALIZ.	Nº CAPITAL.	INTERÉS	MONTO CAPITALIZ.
1	6,16	106,16	11	11,21	193,09
2	6,54	112,71	12	11,90	205,00
3	6,95	119,66	13	12,64	217,63
4	7,38	127,03	14	13,42	231,05
5	7,83	134,86	15	14,24	245,29
6	8,31	143,18	16	15,12	260,41
7	8,83	152,00	17	16,05	276,47
8	9,37	161,37	18	17,04	293,51
9	9,95	171,32	19	18,09	311,60
10	10,56	181,88	20	19,21	330,81

La función exponencial –cuando adquiere ciertos valores– es una función de “crecimiento rápido”. Tal situación no es particularmente notoria en el ejemplo anterior. Pero se advierte mejor si se adoptan otros valores de tasas de interés, o en cuanto al tiempo en que se considera la aplicación del mecanismo. En tales casos, genera una sensación de “tender” a infinito, que causa una actitud de rechazo.¹⁰²⁶ Aunque es solo una tendencia que naturalmente no se concreta. Veamos el siguiente gráfico.

¹⁰²⁶ La actitud de rechazo hacia la noción de infinito tiene una larga tradición en el pensamiento occidental. Uno de los antecedentes probablemente más antiguos de ello, nos lo ha conservado Aristóteles (Física, 239b, 15 a 18). Aristóteles nos relata las aporías de Zenón de Elea (hacia 490 a. C. – hacia 430 a. C.). La más conocida de ellas, probablemente, sea la de la carrera entre “Aquiles y la tortuga”. Aquiles alude al héroe aqueo, relatado por Homero en la *Iliada*, y que ahí se lo nombre muchas veces como “el de los pies ligeros”. Aquiles, conocedor de su gran velocidad, al iniciar la carrera le da una ventaja inicial a la tortuga. Pero cuando rápidamente llega al lugar en que se encontraba la tortuga al momento de iniciar la carrera, advierte que la tortuga muy lentamente avanzó un cierto espacio, y ya no la puede alcanzar ahí. Entonces Aquiles continúa con su esfuerzo, pero en el intento siguiente tampoco la alcanza, y así sucesivamente. Esta aporía plantea el problema de cómo se puede demostrar la existencia del movimiento.

Ha ayudado a la superación de espanto que nos produce la noción de infinito, los estudios realizados por Georg Cantor (1845-1928) – uno de los creadores de la teoría de conjuntos– sobre los números *transfinitos*. Estos estudios permiten distinguir entre el infinito *potencial* y el infinito *actual*. El primer concepto se denomina así en razón de que todo número natural tiene la posibilidad de sumársele uno, y obtener otro mayor. En este sentido, los números naturales pueden alcanzar “potencialmente” la noción de infinito, no obstante que no hay en la realidad objetos de cantidad “infinita”; en otras palabras, la totalidad de los números naturales no puede ser contada en un período de tiempo finito. En cambio si en lugar de recurrir a la enumeración de los números naturales, se formula la enunciación de un “conjunto”, el de los números naturales, encontramos un elemento que es “actualmente” infinito. Pero la lógica que permite razonar sobre los números “finitos” no nos permite razonar respecto de los números *transfinitos*: es el caso que el conjunto de los números naturales es infinito, así como también lo es el de los números impares. Pero es evidente que el primer conjunto tiene más elementos que el segundo. O sea, que habría infinitos más numerosos que otros, lo que es en sí mismo contradictorio (ver Palacios, Alfredo y otros, *Los matematicuentos – Presencia matemática en la literatura*, Buenos Aires, Magisterio del Río de la Plata, 1995, capítulo 1: Borges y la heroica teoría de los conjuntos, p. 9 y siguientes).

Por ello, si queremos que nuestra discusión sobre la noción de anatocismo no abandone el ámbito de la racionalidad, debemos dejar de lado la comparación del crecimiento de los intereses calculados mediante capitalización de los mismos, con la noción de tendencia hacia el infinito (que por otra parte nunca se concreta porque, en este sentido es meramente “potencial”). Porque como dice Borges: “La paradoja de



Cuadro 12 – Capitalización de intereses con tasas elevadas

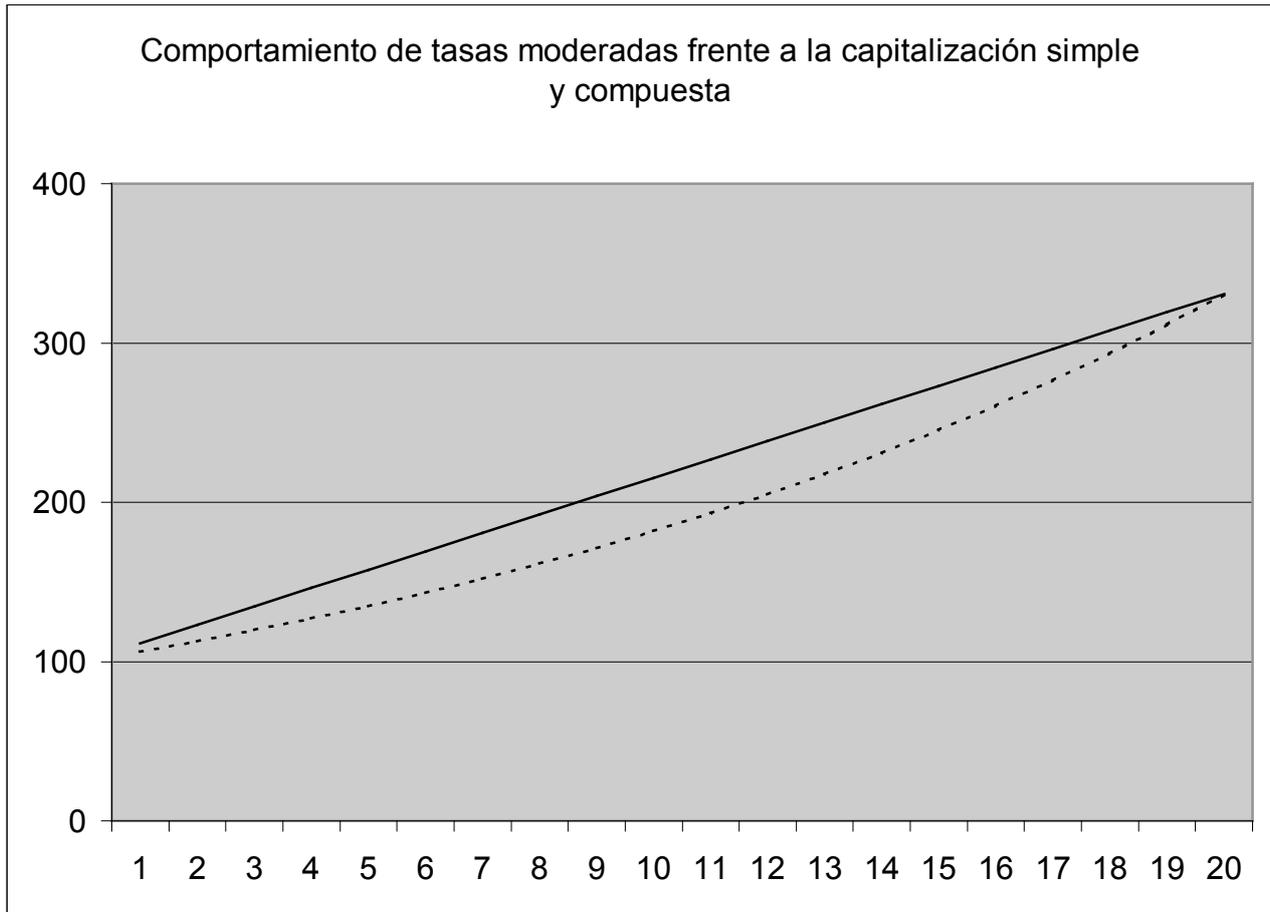
El caso de este segundo gráfico es el resultado de devengar intereses sobre un capital igual de \$100, capitalizándolos en 20 oportunidades (cada 180 días, o sea un total de 3600 días), a una tasa del 50% anual. Los datos de los intereses obtenidos en cada una de dichas capitalizaciones, y los resultados de la acumulación al capital se observan en esta segunda serie de datos:

Zenón de Elea ... es atentatoria no solamente a la realidad del espacio, sino a la más invulnerable y fina del tiempo... Esa descomposición, es mediante la sola palabra *infinito*, palabra (y después concepto) de zozobra que hemos engendrado con temeridad y que una vez consentida en un pensamiento, estalla y lo mata.” (Borges, Jorge Luis, “La perpetua carrera entre Aquiles y la tortuga”, en *Obras Completas*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1974, p. 274 y sigs.).

Nº CAPITAL.	INTERÉS	MONTO CAPITALIZ.	Nº CAPITAL.	INTERÉS	MONTO CAPITALIZ.
1	24,66	124,66	11	223,43	1.129,55
2	30,74	155,40	12	278,52	1.408,06
3	38,32	193,71	13	347,19	1.755,26
4	47,76	241,48	14	432,80	2.188,06
5	59,54	301,02	15	539,52	2.727,58
6	74,22	375,24	16	672,55	3.400,14
7	92,53	467,77	17	838,39	4.238,53
8	115,34	583,11	18	1.045,12	5.283,64
9	143,78	726,89	19	1.302,82	6.586,46
10	179,23	906,12	20	1.624,06	8.210,52

De lo expuesto surge con claridad que el problema de la capitalización de intereses no radica en el propio mecanismo, en cuanto que contenga un elemento de “crecimiento rápido” en sí mismo, sino que ello depende de la combinación de los factores “tiempo” y magnitud de la “tasa de interés” que se utilizan en la capitalización. No obstante, a dicha aparente “tendencia” al infinito, es probable que se deba el espanto que este mecanismo ha despertado tradicionalmente.

Entonces, la cuestión relevante radica en la magnitud de la tasa de interés que lleva el capital inicial al monto final y no en la cantidad de oportunidades en que haya capitalizaciones. Los valores intermedios que adquieran los intereses en el proceso intermedio, y la forma en que los mismos vayan creciendo, es un dato secundario. Es más importante que prestar atención a la perspectiva del “crecimiento” de la curva de los intereses, hacerlo respecto del valor final de los mismos. En consecuencia, es posible conceptualizar el problema en un sentido temporal inverso al que se tomó al comienzo, y analizar la cuestión, focalizando la atención en el momento final del proceso de devengamiento de los intereses, y referirlo hacia atrás en el tiempo, hasta el momento del capital inicial: desde esta perspectiva parece que lo único relevante es preguntarse por la tasa de interés que, prescindiendo de la cantidad y oportunidades de capitalización, ha sido capaz de generar el monto final que resulta de sumar al capital inicial, la totalidad de los intereses generados en el tiempo intermedio. Ello gráficamente se representa de la manera que se ve en el siguiente cuadro:

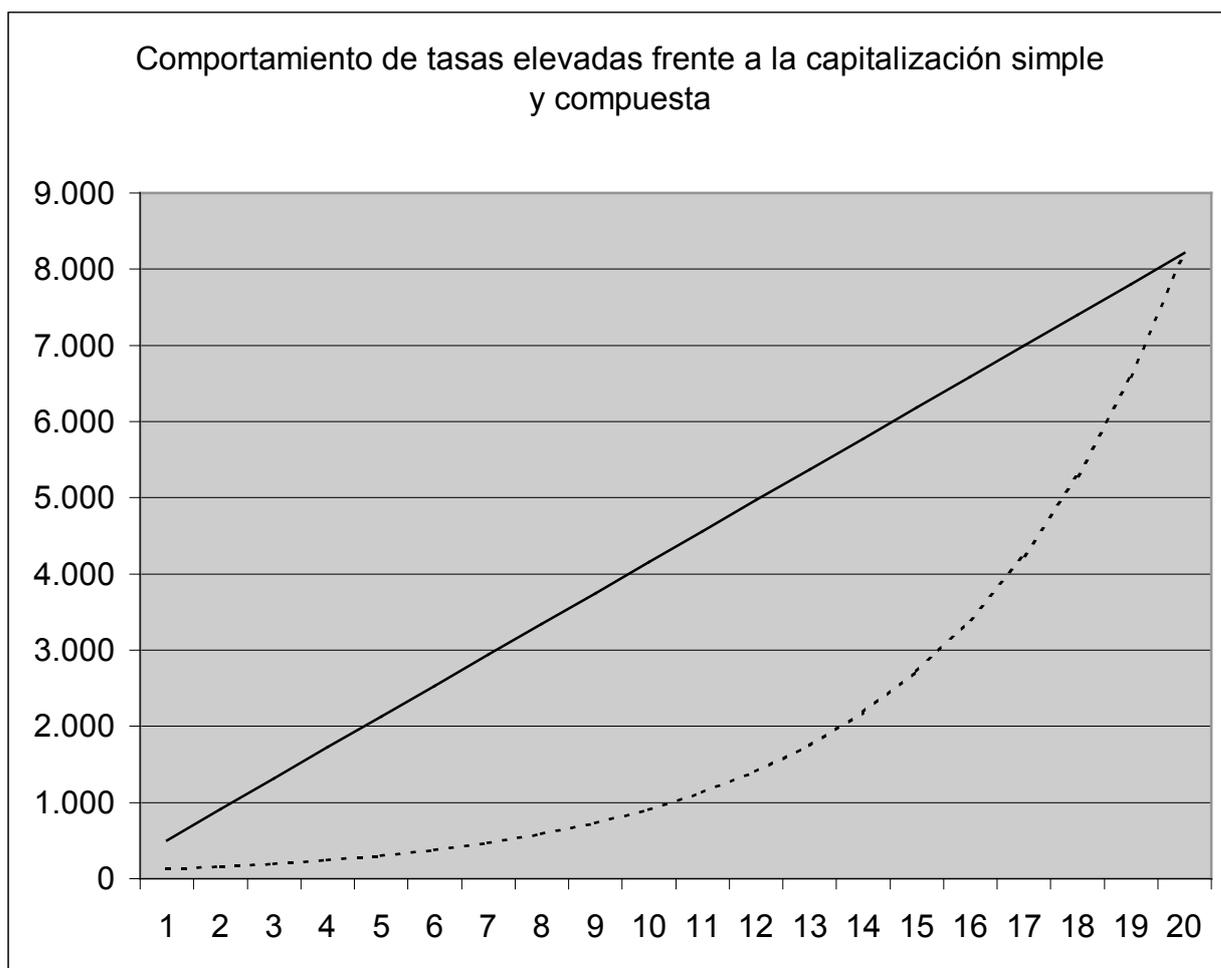


Cuadro 13 – Comparación: evolución de tasas moderadas y capitalización simple y compuesta

La línea entera del anterior Cuadro 13 representa, en un ejemplo generado con los mismos valores que los que se emplearon en el Cuadro 11, el “devengamiento lineal” (no exponencial) de los intereses (simples), de modo tal que los mismos se han ido generando sobre la base del mismo capital inicial, en sumas siempre iguales para cada período. La tasa de interés capaz de producir que el capital inicial de \$ 100, genere un monto de \$ 330,81 a lo largo de un período de 1800 días, es el 46,80286371% anual (en el ejemplo de capitalización de intereses cada 90 días, la tasa empleada había sido del 25% anual). En este caso, los intereses que se agregan al capital luego de cada período de 90 días es de \$ 11,54. Si se compara dicho valor con la serie de datos empleados para generar el citado Cuadro 11, se advierte que hasta la 12^a capitalización, los intereses generados por el mecanismo de devengamiento “lineal” de los intereses (interés simple), pero a una tasa de interés capaz de generar el mismo monto final (el 46,80286371% anual) arrojan valores superiores a los producidos mediante el mecanismo de la capitalización (interés compuesto). Recién dicha

relación se invierte a partir de la 13ª capitalización. La línea punteada refleja los mismos datos empleados en el Cuadro 11. Si bien los valores intermedios difieren, al final de las curvas, ambos valores finales convergen.

Se puede hacer la misma comparación con los datos del Cuadro 12, pero considerando la tasa de interés que llevó a generar el monto final de los intereses que se agregaron al capital inicial:



Cuadro 14 - Comparación de la evolución de tasas elevadas frente a la capitalización simple y compuesta

En este Cuadro 14, la tasa de interés que fue capaz de producir que el capital inicial de \$ 100 generara un monto de \$ 8.210,52 a lo largo de un período de 3600 días, es el 822,3165741% anual (en el ejemplo de capitalización de intereses cada 180 días, la tasa empleada había sido del 50% anual). En este caso, los intereses que se agregan al capital luego de cada período de 180 días ha sido de \$ 405,53. Si se compara dicho valor con la serie de datos empleados para generar el citado Cuadro 12, se advierte que en este caso hasta la 13ª

capitalización, los intereses generados por el mecanismo de devengamiento “lineal” de los intereses (interés simple), pero a una tasa de interés capaz de generar el mismo monto final (el 822,3165741%) arrojaron valores superiores a los producidos mediante el mecanismo de la capitalización (interés compuesto). En este caso, la inversión de dicha relación se produce a partir de la 14ª capitalización. La línea punteada aquí también refleja los mismos datos empleados en el Cuadro 12. Si bien los valores intermedios difieren, al final de las curvas, ambos valores finales también convergen.

De la comparación de los casos de capitalización con una tasa moderada y con otra más elevada, se puede sacar como conclusión, que el crecimiento más rápido de los intereses en el segundo caso, se debe al empleo de la tasa mayor (50% anual frente al 25%) durante plazos mayores (3600 días, frente a 1800). La expresión gráfica de dicha diferencia se aprecia en la inclinación más elevada de la pendiente de la curva, en el caso de los mayores tasa y plazo.

Esta circunstancia relativa a que el problema de la capitalización de intereses no radica en el mecanismo en sí, sino en la tasa de interés final que tiene como resultado, y que diera lugar a esta extensa demostración gráfica, ya había sido de alguna manera advertido por los redactores del Código Napoleón. Debemos recordar aquí, lo dicho con motivo del debate de su redacción en el Consejo de Estado, en cuanto a la conveniencia de adoptar una prohibición relativa (y no absoluta como se proponía). Dicha razón, que llevaba a adoptar una política de restricción del mecanismo de capitalización, sólo se justificó en tanto que de esta manera se pretendía proteger a los deudores poco avisados, de situaciones que sólo en algunos casos podían llevarlos a un rápido crecimiento de los intereses (§ 27 ap. a), notas 467 a 469). En definitiva, la verdadera razón radicó en que la prohibición relativa del anatocismo vino a funcionar como un mecanismo sustitutivo de la *lesión subjetiva* que el Código Napoleón no legislaba (parágrafo y ap. citados, nota 462). Asimismo, es del caso recordar los argumentos ya mencionados con relación al proceso de redacción del Código Civil Italiano de 1865, en cuanto al perjuicio que sufre un acreedor que deja de percibir puntualmente los intereses que le son debidos, si no se le indemniza el valor correspondiente a la reinversión de los intereses no pagados en término (§ 27 ap. c) nota 477).

Este principio financiero es hoy día reflejado en las prácticas bancarias, que diferencian las tasas de interés (tanto cobradas como pagadas), en función del plazo de duración de la operación, precisamente, a efectos de computar en los valores nominales (también llamados contractuales) de dichas tasas, el efecto de reinversión de los intereses: en otras palabras, la tasa aplicable a una operación de 60 días de plazo, habrá de tomar en cuenta

el efecto de reinversión de los intereses no percibidos a los 30 días, por lo que el valor nominal de la misma habrá de ser equivalente al de la tasa a 30 días, con más el efecto de dicha reinversión. También ha sido recogido por nuestra jurisprudencia comercial, primero en el fallo citado en la nota 511, y luego en el plenario “Uzal S. A. c/ Moreno, Enrique” (nota 516).

En dicho marco conceptual, se produjo la reforma del artículo 623 de nuestro Código Civil, mediante la ley 23.928 ya referida (§ 29 ap. h) in fine), que flexibilizó la prohibición relativa de la redacción originaria de dicha norma, toda vez que aceptó la licitud de la convención expresa que autorizara la acumulación de los intereses al capital con la periodicidad que acuerden las partes, sin necesidad de que dicha convención fuera posterior al devengamiento de los intereses (como era el requisito de la redacción anterior).

Las consideraciones expuestas constituyen fundamento más que suficiente para considerar agotada la sospecha que todavía subsiste en algunos fallos y autores sobre el problema de la capitalización de intereses. Permitir prácticas como las ya señaladas, que cuantifican el interés aplicable a las operaciones (tanto activas como pasivas), en función del plazo de duración de las mismas (a los efectos de computar el efecto de reinversión de los intereses), y luego considerar que el mecanismo puramente formal de capitalización de intereses pueda estar prohibido por entrañar algún perjuicio para el deudor de tales intereses, resulta contrario a toda “lógica” (en el sentido técnico de la palabra).¹⁰²⁷

Cualquier tasa de interés que consideremos razonable para un período determinado, por muy breve que éste sea –digamos por ejemplo el 1% mensual– es susceptible desde el punto de vista del análisis racional, considerarla devengada en sub períodos de tiempo intermedios (como podrían ser los intervalos diarios) según dos criterios posibles. O bien considerar un devengamiento parejo día por día de un 0,033333% diario. O bien, según otro criterio más riguroso, que por tomar en cuenta el efecto de reinversión diaria de esos intereses periódicos, dicho devengamiento sea creciente: el interés devengado el primer día sea 0,03317327%, el siguiente 0,033184275%, y luego durante los 28 días subsiguientes

¹⁰²⁷ Para que un sistema normativo pueda incluir dentro suyo dos reglas tales como que “está permitido percibir intereses cuyas tasas difieran en función del plazo (de modo que reflejen el efecto de reinversión de tales intereses)”, y “está prohibido el anatocismo (capitalización de intereses)”, sin incurrir en contradicción lógica (incoherencia por establecer dos soluciones diferentes para un mismo caso), es necesario que dichos casos cumplan con el postulado de la *independencia lógica de las propiedades* (§ 57 notas 857 a 859). Esto quería decir que las *propiedades o circunstancias relevantes* cuyo conjunto forman un caso, debían ser compatibles tanto con la presencia como con la ausencia mutua. Se dijo también, que ello constituía un “postulado de la realidad”, porque muchas veces el lenguaje no permitía ser tan tajante en cuanto a que no hubiera situaciones intermedias entre dos propiedades o condiciones dadas.

Sin embargo, en el caso que estamos ahora analizando, no obstante la diferente formulación lingüística de las propiedades que conforman casos aparentemente distintos (uno de los cuales se dice que está permitido y el otro prohibido), en los hechos significan lo mismo. En efecto, si bien cobrar tasas de interés distintas en función del plazo, de modo que reflejen el efecto de reinversión de los intereses no percibidos, no es matemáticamente una “capitalización de intereses”, el resultado matemático de ello es equivalente al de tal capitalización. Por lo tanto, en el fondo, no puede sostenerse que sean cosas distintas. Con lo cual, no habría *coherencia* normativa (ausencia de contradicción lógica), si ambas reglas integran un mismo sistema normativo.

0,033195283%; 0,033206295%; 0,033217311%; 0,03322833%; 0,033239353%;
 0,033250379%; 0,03326141%; 0,033272443%; 0,033283481%; 0,033294522%;
 0,033305567%; 0,033316616%; 0,033327668%; 0,033338724%; 0,033349783%;
 0,033360846%; 0,033371913%; 0,033382984%; 0,033394058%; 0,033405136%;
 0,033416218%; 0,033427303%; 0,033438392%; 0,033449484%; 0,033460581%;
 0,033471681%; 0,033482784%; y por último 0,033493892% para el 30° día. En los 15
 primeros devengamientos el valor está por debajo del promedio de 0,0333333% y los 15
 siguientes por encima. La suma de todos ello, concurre en el 1%.

El segundo criterio es el más completo, pues considera la posibilidad de reinversión de los intereses durante cada uno de los sub-períodos intermedios. Con lo cual, el problema de la capitalización de intereses no es merecedor de la atención de que ha sido objeto.

d) *El concepto de “tasa efectiva”*

Otro concepto que es necesario introducir, para homogeneizar el tratamiento unitario de la *renta*, independientemente del contrato y las condiciones particulares que la generen, es el de *tasa efectiva*. La *tasa efectiva* es la que aplicada sobre un capital sometido a capitalizaciones periódicas del interés, es capaz de producir el monto final (luego de tales capitalizaciones) en forma directa.¹⁰²⁸ En el ejemplo del Cuadro 13, la *tasa efectiva* la representa la línea recta (llena) que lleva directamente al *monto* final, sin efectuar capitalizaciones intermedias (que se observan en la curva punteada).

Una variante de dicho concepto está dado por la *tasa efectiva anual*, que responde al mismo concepto, pero limitado al término de un año. Es utilizada como factor de comparación entre distintas formas de financiación no comparables directamente, entre otras normas, por el artículo 36 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Las reglamentaciones del Banco Central prescriben que: “Las tasas de interés deberán expresarse en forma homogénea y transparente dentro del mercado financiero con la finalidad de que los usuarios del crédito dispongan de elementos comparables para su evaluación”.¹⁰²⁹ Ello se deberá concretar mediante la exposición en todos los documentos, recibos, notas de débito, etc. que se entreguen a los clientes, de la tasa contractual, por un lado (expresada en tanto por ciento con dos decimales), y la *efectiva anual* (expresada también en tanto por ciento con dos decimales)

¹⁰²⁸ Botbol, José, *Curso general de matemática financiera*, Buenos Aires, Editorial Ergón, 1979, 5ª edición., p. 69.

¹⁰²⁹ Texto ordenado actualizado de las normas sobre “Tasas de interés en las operaciones de crédito”, incorporado por la comunicación “A” 3266 (03/05/01), punto 3.1. Dichas disposiciones aparecen reproducidas en el Texto ordenado “Depósitos y operaciones a plazo”, luego de la incorporación por la comunicación “A” 3827 (29/11/02), punto 3.6.4 siguientes.

equivalente a la contractual, en forma vencida, por el otro (punto 3.2 texto ordenado). La propia reglamentación establece el mecanismo de cálculo correspondiente.¹⁰³⁰

En definitiva, la *tasa efectiva anual* es la tasa de interés que permite llevar una tasa contractualmente aplicable a cualquier plazo, a la proporcional para un año, con sus capitalizaciones incluidas. Ello permite comparar los rendimientos efectivos de tasas que de otro modo, por estar pactadas para plazos diferentes y con períodos de percepción también diferentes, no serían comparables.

e) *Los problemas matemáticos del interés y las formas jurídicas de la renta*

La pluralidad de formas jurídicas (y sus diferentes “apariencias” cuantitativas) en que se presenta el fenómeno económico de la renta (cuestión analizada en la PARTE III, CAPITULO 9 a CAPITULO 12), exige algunas otras precauciones para aplicar los criterios matemático financieros antes considerados.

Esto significa que cuando sea del caso hablar –por ejemplo– de una renta en su relación con el interés corriente de plaza, habrá que compararlo con la tasa *activa* que cobran los bancos en sus operaciones de crédito (§ 85 ap. a); cuando se trata de hacer consideraciones sobre la renta implícita en un contrato de *descuento*, habrá que buscar la tasa “vencida” aplicable sobre el saldo del capital “originario”, que resulte equivalente a la “adelantada”

¹⁰³⁰ Dicha *tasa efectiva anual* se calcula para operaciones con cobro de intereses vencidos, según la normativa del citado Banco Central (punto 3.3 texto ordenado sobre “Tasas de interés en las operaciones de crédito”), según la siguiente fórmula:

$$= \{[(1 + is * m/df * 100) df / m] - 1\} * 100$$

Y para operaciones con cobro de intereses adelantados, según esta otra:

$$= \{[(1/1-d * m/df * 100) ** df/m]-1\} * 100$$

donde:

i: tasa de interés anual efectiva, equivalente al cálculo de los intereses en forma vencida sobre saldos, en tanto por ciento, con dos decimales.

is: tasa de interés anual contractualmente aplicada, en tanto por ciento.

d: tasa de descuento anual contractualmente aplicada, en tanto por ciento.

m: cantidad de días correspondiente a cada uno de los subperíodos de percepción de intereses cuando se los cobre en forma periódica, o de la operación cuando se los cobre en una sola oportunidad. Cuando dichos subperíodos sean en días fijos por lapsos mensuales, bimestrales, etc., se consideran a estos efectos como de 30 días, 60 días, etc., respectivamente.

df: 365 o 360, según el divisor fijo que corresponda utilizar.

En el ejemplo de la serie de datos del Cuadro 11, que sirvió para elaborar los del comparativo Cuadro 13, la tasa contractual era la del 25% anual. La *tasa efectiva anual* se calcula de la siguiente forma, por aplicación de la fórmula antes mencionada:

$$i = \{ [1 + (\frac{25 \times 90}{365 \times 100})^{365/90}] - 1 \} \times 100 = 27,45551689 \%$$

Dicho valor es el que aproximadamente corresponde a la serie de datos que acompaña al Cuadro 11, para la cuarta capitalización (que corresponde a los 360 días), en la que el monto capitalizado suma \$ 127,03. Si a dicho monto se le resta el capital original, tenemos una tasa del 27,03%. La diferencia de centésimos se debe a que en la fórmula anterior se usó el divisor de 365 días. La *tasa efectiva* (no anual) para generar el monto final de \$ 330,81 en 1800 días, era la del 46,80286371% (ver aclaración siguiente al).

calculada sobre el “monto” final (§ 85 ap. b); cuando se consideren rentas que no sean directamente comparables entre sí, en razón de tener diferentes períodos de percepción de intereses (que determinan rendimientos también diferentes por el efecto de reinversión de las tasas percibidas en dichos períodos) y diferentes tasas “nominales”, sólo se podrán comparar mediante la conversión de ambas a la “tasa efectiva anual”, como único factor homogéneo de comparación (§ 85 ap. c) y d); etc.

En otras palabras, no es adecuado efectuar consideraciones sobre la magnitud del rendimiento de una renta (si es excesiva o adecuada), sin extraer primero la “tasa” real de la misma (como proporción entre el rendimiento de ella y su “capital” generador, con relación a una unidad de tiempo). Ello supone que si se comparan las “tasas de interés”, implícitas en dos rentas distintas, o la de cualquiera de ellas con el interés “corriente” (o el que se tenga por razonable a los fines de la comparación), es necesario efectuar la debida corrección de las diferentes “tasas”, de modo que las mismas resulten “homogeneizadas” mediante la reducción a un parámetro de comparación “universal”. Tales parámetros son los que evitan comparar tasas *activas* con *pasivas*, *adelantadas* con *vencidas*, así como tasas “nominales” distintas para diferentes plazos de percepción de intereses (en razón del efecto de reinversión de los intereses percibidos en diferentes oportunidades).

§ 86. Los criterios jurisprudenciales relativos a la usura

Se tratará de establecer a continuación un análisis de las tendencias que se verifican en la jurisprudencia relativa al problema del límite de la facultad de las partes para pactar tasas en sus contratos.

a) *Fundamentación de la cuantificación de los límites a las tasas pactadas*

Sabemos por lo ya dicho (§ 29 ap. d); § 84 y nota 1010) que la gran mayoría de los fallos no explicita las razones en base a las cuales fijan determinados límites a la facultad de las partes de pactar tasas de interés. No obstante ello, constituyen total o parcialmente una excepción a lo expuesto, los casos que se mencionan a continuación:¹⁰³¹

- (i) En el fallo ya citado y reseñado con el N° IV del APÉNDICE 14 (C.A. Concepción del Uruguay Sala C. y C. 11/9/95), el voto de la mayoría analizó las razones por las que la tasa de los bancos públicos de provincia superaba en la época de los años 90, la del

¹⁰³¹ Las referencias a los fallos numerados del I al XXVI corresponden al APÉNDICE 14; la de los fallos XXVII al LIV corresponden al APÉNDICE 15.

Banco de la Nación, y concluyó que la razón de ello era la “ineficiencia” de estos bancos y que ello no debía ser trasladado al interior del país, y aplicó la del Banco de la Nación Argentina (BNA) con más un 20%; el voto minoritario había dado minuciosas razones respecto de los rubros que componen la formación de las tasas de interés, y se había inclinado por que las fijara el tribunal inferior, luego de requerir los informes correspondientes y cálculos periciales (nota 1171).

- (ii) En el caso N° I (C.C.C. Mar del Plata 16/4/96), se hicieron numerosas consideraciones teóricas sobre los componentes de las tasas, pero a la postre se estableció un límite fijo, sin ninguna explicación cuantitativa, ni referencia a datos de la realidad del sistema financiero, respecto de cómo el guarismo elegido correspondía con tales consideraciones.
- (iii) El fallo N° III (C.C.C. 2ª La Plata, Sala 2ª, 13/3/03), dio motivo para que se consideraran los rubros que componen la tasa de interés: compensación del uso del dinero; reparación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero; recupero de los gastos del acreedor; y compensación del riesgo crediticio. En razón de ello, se estableció un límite basado en la tasa pasiva (que conforma uno de los rubros mencionados). No surge de la fundamentación del fallo, la cuantificación de los demás rubros en un 200% o 300% sin o con punitivos respectivamente.
- (iv) En el caso N° X (C.N.Com. Sala A, 19/5/03), el voto de la mayoría consideró que el costo del dinero está dado por la tasa activa que cobran los bancos, efectuó comparaciones entre las tasas aplicadas por el banco demandado, con las de bancos oficiales (BNA y BPBA) y las aplicadas en mercados internacionales (España y EEUU), y concluyó que los intereses deben ser morigerados, no obstante que fueran aplicados por bancos públicos, si estas tasas son también elevadas (no explicó cuál era el estándar para considerar “elevadas” las de los bancos públicos, dado que resultaban ser las más bajas del mercado): en conclusión impuso un tope a la tasa del BNA.
- (v) En el caso N° XII (C.N.Com. Sala A, 17/2/04) la Dra. Míguez (que había dado el voto que resultó luego mayoritario en el recién citado caso N° X), propuso en esta oportunidad la misma solución que en el anterior precedente (límite fijo a la tasa del BNA), y con los mismos argumentos sobre la composición de las tasas, pero resultó mayoritario el voto de la Dra. Piaggi que, si bien adhirió al voto anterior (en lo referido en la cuestión principal), con relación al tema del límite a los intereses propuso la tasa del BNA, sin topes, por aplicación del art. 565 del C. Com. (habida cuenta que el pacto

motivo de dicho juicio no se consideró válido, al dejar a voluntad del acreedor la determinación de las tasas en los distintos períodos del contrato).

- (vi) Por último, en el caso N° XVII (C.N.Civ. Sala A, 17/10/94) se consideraron factores determinantes de la composición de las tasas de interés: el riesgo de insolvencia, el riesgo inflacionario, el riesgo cambiario y la traslación de costos (la ineficiencia de una de las partes que tiene posición dominante no tiende a ser disminuida, sino transferida). Pero luego de tales argumentos, se manifestó que no había (en ese momento) operaciones de préstamo en dólares en el mercado, por lo que no se podían usar tasas como referencia, y se establecieron límites fijos para las operaciones en dólares, con (6%) o sin (4%) garantía hipotecaria.

b) Ausencia de consideración del riesgo crediticio individual

Entre los fallos analizados y detallados en los apéndices respectivos, surge que en ningún caso se consideró un factor relevante para determinar la cuantía del límite aceptable de intereses, el relativo al riesgo individual del deudor (basado en consideraciones sobre su capacidad de repago y eventualmente de su solvencia: § 84 ap. d) y nota 1012). En otras palabras, ninguno de los fallos reseñados tomó en consideración que puede ser elevado un interés del tanto por ciento para Juan, pero no para Pedro, cuya incierta perspectiva de restitución puede hacer que quienes le presten, solamente lo hagan a cambio de cobrarle una tasa superior a la de Juan.

c) Imposibilidad de inferir un patrón común para las pautas cuantitativas

De las comparaciones efectuadas en el § 29 apartados b), c) y d), resulta sumamente difícil encontrar patrones comunes entre los distintos criterios utilizados como límites a las tasas.

Por ejemplo, entre los que utilizaron límites fijos, es difícil explicar la diversidad de valores elegidos en circunstancias objetivas. Durante el período en que estuvo vigente la “convertibilidad”, los límites oscilaron entre el 20% y el 30% anual. Dentro de dicho margen de oscilación de la tasa de interés considerada como límite de la licitud, es difícil encontrar una correlación con los diversos criterios que es de suponer que podrían haber influido en su determinación (y en los que se intentó clasificarlos en los apartados correspondientes), tales como la relación jurídica generadora de la obligación, o el hecho de haberse convenido la misma entre particulares o entre éstos y entidades financieras, o la moneda de pago. Por ejemplo:

-
- (i) En los fallos N° I (C.C.C. Mar del Plata en pleno, 16/4/96) y II (C.C.C. Santa Fe Sala 3ª, 13/3/97), corresponden ambos a situaciones de obligaciones en pesos, resueltas en épocas próximas, donde se trató la cuestión del costo de dinero desde una perspectiva abstracta (sin referencia a la causa de la obligación, ni a los sujetos de la misma), pero los límites fueron del 24% y 30% anual, respectivamente.
- (ii) En el caso XI (C.C.C. Mar del Plata Sala 2ª, 2/12/03) que correspondió a un reclamo de un cliente contra un banco por la tasa de interés aplicada en la liquidación de un descubierto en cuenta corriente, se aplicó el límite del 24% anual, por corresponder a una Sala de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, a la que le correspondía aplicar el plenario del ya citado caso I.
- (iii) En los casos XVI (C.N.Civ sala F, 26/4/1993), XVII (C.N.Civ sala A, 17/10/94), y XVIII (C.N.Civ sala A, 15/02/95), no obstante que corresponden los tres a juicios en los que se reclamaba el cobro de expensas comunes y conservan una homogeneidad de causa, los criterios sobre el límite de la tasa lícita no fue uniforme: 20%, 24% y 28% respectivamente (no obstante la proximidad temporal de los mismos).
- (iv) El fallo N° XXIII (C.N.Com. sala A, 17/09/04), se refiere a una obligación en dólares estadounidenses emergente de un contrato de compraventa a plazos entre particulares, pero a diferencia de lo previsible (que el interés en las obligaciones en dólares es menor respecto de las de pagar sumas en pesos) el límite se mantuvo dentro de los mismos parámetros que para las obligaciones en pesos: 24% anual.
- (v) En otros casos de obligaciones en dólares estadounidenses, tenemos: el caso N° XXI, (C.C.C. San Nicolás, 30/12/93), originado en un mutuo entre un particular una entidad financiera, donde el límite fue del 18% anual; y el N° XXII (C.C.C. Bahía Blanca, sala 2ª, 10/08/93), proveniente del saldo de precio de una compraventa entre particulares, en el que el límite fue del 30% anual.
- (vi) En el fallo XXVI (C.C.C. Tucumán sala 1ª, 01/07/04), referido al límite aplicable al Estado Nacional para establecer intereses punitivos por la falta de pago de los impuestos en pesos que recauda, el límite también fue del 24% anual.
- (vii) Los siguientes casos, se refirieron a obligaciones en dólares, durante el período de vigencia de la “pesificación”. En el caso XXVII, del APÉNDICE 15 (C.C.C. Mar del Plata en pleno, 09/02/04), se aplicó un límite del 4% anual para obligaciones con garantía hipotecaria y 6% anual para obligaciones con hipoteca, como límite abstracto general y sin referirse a obligaciones sujetas a “pesificación”.

(viii) Para mutuos en dólares sujetos al régimen de pesificación en los que se aplicó el criterio del “Pesificación por Esfuerzo Compartido” (PEC) del 50% para cada parte, contratados entre particulares y garantizados con hipoteca, los límites (comprensivos de compensatorios y punitivos) fueron: fallos N° XXX (C.N.Civ. sala F, 06/02/04) y N° XXXI C.N.Civ. sala F, del 16/03/04 y otras) del 7,5% anual; fallo N° XXXII (C.N.Civ. sala K, 31/5/03), del 15% anual; fallos N° XXXIII (C.N.Civ. Sala M, 05/07/05) y N° XXXIV (C.N.Civ. Sala M, 31/10/06), el 12% anual. El fallo N° XXXV (C.N.Civ. Sala C, 04/07/06) de iguales características que los anteriores, pero en el que no se indicó la forma en que se realizó la “pesificación”, el límite aceptado fue del 8% anual. En el fallo N° XXXVI (C.S.J.N. 11/09/07), se ordenó la PEC en \$1 por dólar, más 30% de la brecha cambiaria, y el límite fue del 7,5% anual; en el fallo N° XXXVII (C.S.J.N., 06/05/08), la PEC fue de \$1 por dólar más 40% de la brecha cambiaria, y el límite al interés se fijó también en el 7,5% anual; y en el fallo N° XXXVIII (C.N.Civ. sala J, 07/05/08), se ordenó la PEC en un 60% de la brecha cambiaria a cargo del deudor, y una tasa límite del 15% anual.

(ix) Otra comparación curiosa, es la que surge de analizar los fallos N° XXXIX y XL, por un lado (correspondiente a mutuos en dólares, con garantía hipotecaria, concertados con entidades financieras, juzgados durante la vigencia del régimen de pesificación), con el fallo N° XLIII, (que corresponde a la ejecución por una entidad financiera, de un mutuo en dólares, sin garantías, durante el mismo período), en que se aplicó en todos los casos la tasa del 30% anual (no obstante que las obligaciones de los dos primeros casos llevaban garantía hipotecaria y el último no).

Como se advierte de estos ejemplos, es muy difícil extraer de los fallos comentados, el criterio racional que se utiliza –si es que hay uno– para establecer los límites a las tasas de interés.

d) Límites a la tasa de interés y la relación jurídica generadora de tales intereses.

Según la argumentación de algunos fallos, el criterio para fijar el límite debería ser distinto en las obligaciones derivadas de ciertos contratos: por ejemplo en la locación y en las penas pactadas en los reglamentos de los consorcios de propiedad horizontal.

(i) Tal el caso del fallo citado como N° XIII (C.C.C. La Plata Sala 3ª 14/03/89, 13/02/96, 29/03/01, entre otros) en que el tribunal sostiene que la usura se puede manifestar en el contrato de mutuo; pero que en los contratos de compraventa o locación, los intereses

cumplirían una función “resarcitoria” y “punitoria”, por lo que la morigeración de intereses debe hacerse en forma restrictiva.

- (ii) O el caso de los fallos mencionados en el N° XLV (C.N.Civ. sala F, 25/02/05), referido a punitorios pactados en reglamentos de propiedad horizontal.

Dicha argumentación contradice las conclusiones del pensamiento económico contemporáneo (ver § 30 y la distinción de Böhm–Bawerk sobre interés “contractual” e interés “originario”), y lo sostenido en el presente trabajo, respecto de la identidad de función económica que subyace a los contratos generadores de las que se propone denominar “obligaciones financieras” (ver CAPITULO 9 a CAPITULO 12).

e) La “homogeneidad” en la comparación entre distintas “tasas” de interés

Muchos de los fallos motivo de análisis, no parecen tomar en cuenta las consideraciones efectuadas en el § 85. Así tenemos que, al problema se le prestó particular atención en algunos fallos dictados durante el período de alta inflación de los años 70’, anteriores a la adopción del mecanismo indexatorio como forma de reparación de la mora del deudor (§ 29 g) y notas 510 y 511).

Pero ahora, todavía algunos fallos siguen sin prestar atención a la diferencia entre tasa de *interés*, que se calcula en forma “vencida” sobre el *capital* y la tasa de *descuento*, que se calcula en forma “adelantada” sobre el *monto* de la operación (capital más interés) (§ 85 ap. b).

Ejemplo de ello tenemos en los fallos identificados como N° VI (C.N.Civ. y Com. Fed. sala 2ª, 16/08/96); N° XXIII (C.N. Com., sala A, 17/09/04), N° XXVIII (C.C.C. Bahía Blanca, Sala 2ª, 20/05/08), N° LI (J. Cont. Adm. N° 1 La Plata, 30/09/04), N° LII (C.N. Com., sala A, 26/09/06), y N° LIII (C.N. Com. Sala D, 15/06/07).

f) Diferenciación del tope respecto de los punitorios

Parece inferirse de casi todos los fallos relevados en este trabajo, sobre límites a la tasa de interés, que el tope aceptable para los intereses denominados *punitorios* habrá de ser siempre superior al de los *compensatorios* o *moratorios* “normales”. Dicho criterio está de acuerdo con la generalidad de la doctrina, que considera que la idea de “pena” está asociada a la de un costo mayor que el del interés corriente, como modo de crear en el deudor un incentivo al cumplimiento espontáneo.¹⁰³² No obstante ello, no siempre es posible encontrar

¹⁰³² Mariconde, ob. cit., cap. VII, N° 30, p. 125.

en los fallos cuál es la aclaración sobre cuál es la diferencia cuantitativa entre una tasa y la otra, a la manera que lo hace el párrafo 2° del art. 622 del Cód. Civil (dos veces y media la tasa de “descuento” que cobren los bancos oficiales).

A partir de estas consideraciones se pueden señalar las siguientes observaciones, con relación a los fallos analizados en los Apéndices:

- (i) No establecieron diferenciación cuantitativa entre punitorios y compensatorios, respecto del límite máximo que fijaron para la tasa de interés, los siguientes fallos: I, II, XVI, XVIII, XX, XXI, XXII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, XXXVIII, XXXIX, XL, XLI, XLII, XLVIII, XLIX.
- (ii) Establecieron una diferenciación cuantitativa respecto de las tasas máximas permitidas por uno y otro concepto (compensatorios y punitorios), los siguientes fallos: establecieron que el punitorio sería una vez y media el compensatorio, los fallos N° III, XIX y LII; por una relación de dos veces entre ambos tipos, se pronunció el fallo N° L; fijaron una relación de dos veces y media para los punitorios respecto de los compensatorios, los siguientes: V, XV, XXX, XXXI, XLIV, XLVI y LIII; estableció un límite para los punitorios, de un 20% por sobre el compensatorio, el caso N° IV; y estableció la tasa activa del BNA sobre capital actualizado (por considerar que mientras no haya usura se aplica el principio de la inmutabilidad), el fallo N° XIV.
- (iii) En los casos de intereses punitorios establecidos por leyes fiscales que delegaron su cuantificación en organismos administrativos, frente a procesos de verificación de créditos en concursos, la Suprema Corte de Mendoza fijó el criterio de establecer que la tasa del fisco sería igual que la permitida a otros acreedores, y se siguió en los siguientes casos: XXIV, XXV y LI.
- (iv) En los fallos donde se discutieron las tasas aplicadas a descubiertos en cuenta corriente (como fue el caso de los numerados como VI, VII, VIII, IX, X, XI y XII), no se efectuaron consideraciones sobre la diferenciación entre una y otra clase de intereses.
- (v) Los demás casos de los APÉNDICE 14 y APÉNDICE 15 no incluidos en la enumeración anterior, por diversas causas, tampoco hicieron referencia a la diferenciación cuantitativa entre punitorios y compensatorios.

g) La política judicial sobre el anatocismo

No cabe duda que la regulación legal del cobro de intereses sobre los intereses (el *anatocismo*) a partir del derecho moderno, sigue arrastrando un antiguo prejuicio, proveniente de la época de la prohibición de los intereses en el préstamo de dinero. Es de recordar que el

legislador francés de 1804 optó por mantener la prohibición del anatocismo, no en razón de que el cobro de intereses sobre intereses encerrara alguna forma de perjuicio en sí mismo para el deudor, sino porque –a falta de una regulación específica sobre la *lesión*– le pareció adecuado mantener una prohibición *relativa* (que podía ser dejada sin efecto bajo ciertas condiciones), como modo de protección de deudores poco prevenidos ante el rápido crecimiento que bajo ciertas circunstancias podían alcanzar los intereses (§ 27 ap. a) y nota 467). De igual modo procedió el legislador italiano de 1865, que consideró que si el deudor de los intereses tomaba un nuevo préstamo para honrarlos y debía por ello pagar intereses a su nuevo acreedor, no se veía por qué prohibirle pagárselos al acreedor original (§ 27 ap. c) y nota 477).

No obstante lo expuesto, se dijo que nuestra jurisprudencia y doctrina, en general, consideraron a la cuestión del anatocismo como una prohibición que perseguía un mecanismo meramente “jurídico formal” (nota 524) que justificaba declarar su nulidad siempre que la base de cálculo de los intereses incluyera intereses anteriormente devengados, sin importar la cuantía final de tales intereses. Para esta corriente de opinión, este mecanismo involucraba una cuestión de orden público y de “moral y buenas costumbres” (notas 525 y 526). Y aún después de la reforma del artículo 623 del Código Civil por la ley 23.928 (§ 29 ap. g), la Corte Suprema de Justicia siguió considerando que dicho mecanismo implicaba la lesión de garantías constitucionales (nota 518), y a partir de ello, la jurisprudencia continuó resolviendo que la capitalización de intereses debía ser un mecanismo de aplicación restrictiva, por entrañar un crecimiento desproporcionado de las deudas (nota 518 y 519).

En este caso también, nos encontramos con que la política seguida en general por nuestros jueces en materia de anatocismo, pasa por alto las consideraciones efectuadas acerca del diferente comportamiento de este mecanismo cuando opera basado en tasas de interés elevadas y gran cantidad de oportunidades de capitalización (o dentro de plazos breves de capitalización) o sin ellas (§ 85 ap. c) y Cuadro 11 a Cuadro 14 y sus explicaciones). Tal como se explicara y desarrollara gráficamente, la capitalización de intereses es un fenómeno neutro en sí mismo. No hay razones para considerar que dicho mecanismo encierra nada contrario a la moral y al orden público.

El conflicto con el anatocismo surge siempre de su vinculación con algún mecanismo distinto (tasas de interés elevadas, largos períodos de capitalización de intereses, capitalizaciones muy frecuentes, o la combinación de todos o algunos de dichos factores). Y tales situaciones son motivo de reproche moral, cuando están asociadas a alguna situación de

abuso de tales mecanismos. Situación que está cubierta y amparada por el artículo 954 del Código Civil, luego de su reforma por la ley 17.711. Fuera de esta situación patológica del “abuso”, la capitalización de intereses no constituye sino un mecanismo más “fino” para medir el comportamiento de una renta a través del tiempo. En otras palabras, un “termómetro” con mayor cantidad de marcas intermedias, para graduar variaciones más sutiles.

Esto es así, en la medida que –como ya se dijo en el § 85 ap. c)– la evolución temporal de toda renta, considerada en el momento final de su generación, puede ser descripta durante los períodos intermedios, de un modo “lineal” (en el que la base de cálculo de los intereses es constante a lo largo del tiempo) o “exponencial” (en el que la base de cálculo se incrementa con la adición de los intereses de períodos intermedios). Resulta caprichoso detener la atención en la evolución de la renta en el sentido ascendente del tiempo, para considerar los valores intermedios de esa evolución, cuando lo relevante desde el punto de vista del eventual perjuicio del deudor de los intereses (y visto en el sentido inverso de la flecha del tiempo: desde atrás hacia adelante), es considerar el monto final al que ascendieron los intereses en relación con el capital inicial y el tiempo dentro del cual tales intereses se produjeron (en otras palabras, la *tasa efectiva* (§ 85 ap. d)).

En aquellas rentas donde su mecanismo de generación no toma en cuenta los períodos intermedios del proceso, como por ejemplo en los dividendos pagados a los capitales aportados a una sociedad (las operaciones de “renta variable”: § 83), este fenómeno no aparece a la vista: los dividendos se expresan como un porcentaje anual del capital aportado. Pero si se quisiera establecer un prorrateo dentro de los meses intermedios, para determinar qué parte de la utilidad anual se generó dentro de cada mes (cosa que no es usual determinar para ningún fin habitual), aparece la visión del problema en sentido ascendente del tiempo: el desarrollo de la renta a partir del capital original, y surgiría el mismo problema que con los intereses en el mutuo. Podría calcularse la evolución de dicha utilidad en forma “lineal” (dividiendo la renta total por la cantidad de meses del período), o “exponencial” (de modo que la renta se expresara como un porcentaje del capital original, más la renta no distribuida del período anterior). La misma situación tendríamos, si consideráramos un supuesto de una utilidad generada a lo largo de dos ejercicios, sin que se hubieran distribuido dividendos al cabo del primer año: aunque no es habitual plantear la cuestión en estos términos, la utilidad generada durante el segundo año puede ser medida como un porcentaje del capital original, o del capital original más la utilidad del primer año. Naturalmente que el porcentaje en uno y otro caso varía, de la misma manera en que varían la *tasa nominal* y la *tasa efectiva*.

Debe quedar claro, entonces, que el problema del anatocismo no debe ser considerado un fenómeno “jurídico formal” (cuando la base del cálculo del interés deja de ser el capital original, para convertirse en la suma del mismo más las rentas de los períodos intermedios). Solamente debe merecer la consideración de los jueces, en los casos en que el “rendimiento final” de la *renta* (la *tasa efectiva*) ascienda a valores elevados por encima del costo promedio del dinero, medido según parámetros homogéneos. Y aún para los casos extremos en que el resultado final de la aplicación de la capitalización arrojará valores elevados para la renta final, no obstante mantenerse la *tasa efectiva* dentro de parámetros normales, como consecuencia de que la capitalización se efectuara durante períodos muy prolongados, el problema merece otra consideración. Esta situación de capitalización de intereses durante un período moratorio muy extendido en el tiempo, se verificó por ejemplo en las causas “Okretich, Raúl A. v. Editorial Atlántida S.A.”, resuelto por la Corte Suprema de la Nación (nota 518) y “Calle Guevara, Raúl -Fiscal de Cámara- s/Revisión de Plenario” cuyo pedido de plenario a la Cámara Nacional de Comercio fuera formulado por su ex fiscal (nota 519).

Dicha situación insatisfactoria no es consecuencia de que el mecanismo “jurídico formal” del anatocismo dé como resultado por sí mismo situaciones de intereses abusivos. En esos casos, la capitalización de intereses da la medida exacta del perjuicio sufrido por el acreedor. No expresa otra cosa que el costo real del dinero en el mercado: es lo que hubiera tenido que pagar el acreedor para obtener de terceros el dinero que su deudor dejó de pagarle, por ejemplo (notas 1017 a 1019). No se trata de que el abultado crecimiento de los intereses que pudiera tener que pagar el deudor, constituya una suma mayor que el perjuicio que sufre el acreedor: no nos encontramos frente a ninguna paradoja de conjuntos transfinitos (nota 1026). La lamentable situación del deudor que no puede pagar una deuda muy grande para él, es aritméticamente correlativa de la misma suma que el acreedor dejará de cobrar. Aunque naturalmente, la situación subjetiva de uno y otro pueda ser distinta.

Por ello, si los jueces consideraran en algún caso que la aplicación rigurosa de los mecanismos que miden exactamente el costo del dinero, insumen una proporción muy importante del patrimonio del deudor, otros instrumentos legales resuelven mejor dicha situación. Tal es el caso de las reglas de *equidad*, que permiten morigerar las consecuencias de la aplicación estricta de reglas que no por ello dejan de ser “justas” (arts. 515, 907 2ª parte y 1306 del Código Civil). Para resolver cuestiones por medio de la *equidad*, no es adecuado modificar la regla general que dice que para medir el costo del dinero en forma homogénea, cuando los términos de comparación no corresponden a plazos idénticos, deben incluirse los

efectos de la capitalización de intereses, en la misma forma en que lo contemplan las fórmulas de la *tasa efectiva* y la *tasa efectiva anual*. No resulta de buena política, modificar la regla general, por el hecho que haya situaciones particulares en las que su aplicación no sea satisfactoria. De esta manera, se invertiría la situación, aplicando a la mayoría de las situaciones una regla inadecuada, con el objeto de salvar los casos de excepción.

El efecto de la política de no computar el real costo del dinero, subsidiando al deudor, en este aspecto de la capitalización de intereses, tiene el mismo efecto analizado al tratar el tema de la reducción de los intereses por los jueces, por debajo del costo promedio de la generalidad de las operaciones (§ 87 ap. h): una política como la considerada sólo logra controlar las tasas de interés que se pagan en los asuntos que se resuelven en los estrados judiciales y aumentar la *tasa de riesgo* para las demás operaciones en general que se resuelven mediante el cumplimiento espontáneo de las partes.

§ 87. La jurisprudencia sobre la usura frente a la economía y la moral

Es del caso ahora confrontar los criterios en uso por parte de los jueces, señalados en el párrafo anterior, respecto del problema de los límites al pacto de intereses, con los conocimientos aportados por otras disciplinas.

a) *Criterios de justicia aplicados por la Jurisprudencia sobre la usura*

La lingüística moderna y la filosofía del lenguaje, han echado luz sobre el problema del significado de los “juicios éticos”. Según estos análisis, el significado de expresiones tales como “X es bueno” o “X es justo”, no deben entenderse de la misma manera que las afirmaciones propias del lenguaje descriptivo. Así, debe descartarse que tales expresiones impliquen que tanto “bueno” como “justo” se refieran a propiedades predicadas respecto de “X”, tales como “X es blanco” o “X es grande”, no obstante que la forma gramatical de la afirmación sea idéntica que la empleada en los juicios de contenido descriptivo o cognoscitivo.¹⁰³³

Por el contrario, la utilización de términos éticos en los juicios afirmativos, persigue un propósito distinto de la predicación de características o propiedades de los conceptos respecto de los cuales se aplican. Tal propósito es la *persuasión*. Por ello se dice que el

¹⁰³³ Hospers, ob. cit., ps. 499 a 501.

significado de los juicios éticos no es la descripción sino que el significado es *emotivo* (o preponderantemente emotivo).

Según lo expuesto, entonces, “X es bueno” o “X es justo”, podrían traducirse aproximadamente por la expresión: “apruebo X, apruébalo tú también”.¹⁰³⁴

Si trasladamos estas reflexiones a las numerosas expresiones contenidas en los fallos analizados, que tratan sobre los límites a las facultades de pactar intereses en los contratos, encontraremos distintas expresiones con que los jueces califican las tasas de interés, a los fines de determinar si habrán de ser morigeradas o no. En algunos casos encontraremos expresiones tales como que la tasa del tanto por ciento es contraria o viola (o no) “la moral y buenas costumbres” (tal el caso –a título de ejemplo y sin pretender ser exhaustivo– del fallo citado como N° XXVIII del APÉNDICE 15; o del N° XLIII del mismo apéndice. En otros casos encontraremos la calificación de las tasas de interés como o bien “justas”, o bien “usurarias” (fallo N° L; o simplemente “usurarias” (como en el voto de la Dra. Zampini, en el fallo N° I del APÉNDICE 14). Es posible encontrar otras expresiones similares. Pero en todos los casos, la función de las expresiones “contrarias a la moral y las buenas costumbres”, “injustas”, “abusivas”, “usurarias”, etc., es siempre la de operar como *juicios éticos*: el juzgador, en cada uno de los casos aprueba o reprueba un determinado nivel de tasa de interés, y a la vez intenta persuadir al justiciable en el sentido que comparta dicha valoración. Tales términos, en consecuencia, cumplen una función *emotiva*.

Y en la mayoría de los casos, según las consideraciones vertidas en el § 86 ap. a), los fallos judiciales agotan el criterio de justicia aplicado, en dicha función exclusivamente *emotiva*, y *persuasiva*, toda vez que el ejercicio de sus facultades morigeradoras, lo ejercen como un mero acto de autoridad, sin dar criterios racionales respecto del por qué es justa o acorde con la moral y las buenas costumbres una tasa del 30% anual y es injusta y contraria a la moral y las buenas costumbres una tasa del 32% anual (ver Molinario en nota 1010 y texto relacionado). Tampoco efectúan consideraciones respecto de qué eventuales efectos podría tener en el mercado financiero, la morigeración de una tasa de interés pactada entre partes.

Hay que reconocer que los términos éticos del tipo “X es *bueno*”, en ciertos contextos pueden encerrar una parte de significado descriptivo. Por ejemplo, cuando alguien dice que “Fulano es un buen pianista”, la expresión puede encerrar la afirmación de ciertas características observables del sujeto a quien se refiere la expresión, respecto de su habilidad para ejecutar música. Pero la explicitación de tales características queda oscurecida por la

¹⁰³⁴ Stevenson, ob. cit., ps. 31 a 44.

“aureola de sentimientos favorables” que se dejan traslucir con dicha expresión, y que hacen difícil determinar a cuáles características de tal intérprete se refiere el interlocutor con tal calificación.¹⁰³⁵ De la misma manera, se puede inferir que cuando los jueces dicen que una determinada tasa de interés es contraria a la moral y a las buenas costumbres, puede haber consideraciones implícitas en tal afirmación, tales como que ese nivel de tasa de interés es superior a la tasa media del mercado, o que ello representa un abuso respecto de una persona que por alguna razón no pudo acceder a la financiación más favorable que ofrecían otros operadores, o que ese nivel de tasas le produce al deudor un perjuicio patrimonial que no responde a una explicación razonable, etc.

Pero es del caso que nuestra Corte Suprema de Justicia ha determinado a través de una larga jurisprudencia, que la necesidad de fundamentar las sentencias, con argumentos suficientes, está impuesta por la Constitución Nacional, de modo tal que las sentencias que no cumplen adecuadamente con tal recaudo, incurren en arbitrariedad. Esto se ha expresado en términos que, no por haber sido reproducidos innumerables veces, carece de interés recordar:

“...es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus decisiones. No es solamente porque los ciudadanos puedan sentirse mejor juzgados, ni porque se contribuya así al mantenimiento del prestigio de la magistratura por lo que la mencionada exigencia ha sido prescripta por la ley. Ella persigue también, en el lenguaje de los procesalistas, la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez (Fallos 236:27).”¹⁰³⁶

En este contexto, es evidente que no puede resultar satisfactorio, como tampoco le satisfacía a Molinario en el trabajo citado, que la fundamentación de las sentencias se limite a la expresión de términos tan vagos e imprecisos.

No obstante lo expuesto acerca del significado *emotivo* o preponderantemente emotivo, de los términos éticos aplicados por la jurisprudencia a las tasas de interés, tales como “justas”, “injustas”, “abusivas”, “contrarias a la moral y buenas costumbres”, etc., ello no significa que no se pueda racionalmente y en términos cognoscitivos o descriptivos, dar razones acerca de las decisiones valorativas atinentes a las cuestiones del interés (como se verá más adelante).

Pero la renuencia que en general manifiestan los jueces para entrar en este tipo de análisis, no es una conducta que se pueda limitar a la problemática de la justificación del uso de las facultades morigeradoras que el ordenamiento jurídico les concede en casos de los

¹⁰³⁵ Stevenson, ob. cit., p. 86 y sig.; Hospers, ps. 504 a 509.

¹⁰³⁶ Corte Sup. autos “Andino, Ricardo v. Laserna, Pablo R”, del 19/03/1958, publicado en *Fallos* 240:160.

artículos 21, 953, 1039, 1071, etc. Por el contrario, es la manifestación de fenómenos mucho más profundos.

Algunos de tales fenómenos son de carácter general, y otros están más vinculados con lo estrictamente jurídico.

Desde el punto de vista general, se ha puesto de manifiesto la falta de importancia que tiene en nuestros programas de estudios universitarios, la enseñanza de la *Ética*.¹⁰³⁷ Ello demuestra que el uso *emotivo* del lenguaje (del modo que se ha señalado que se utiliza en nuestra jurisprudencia relativa a la reducción de intereses pactados), no agota los cursos de acción para instaurar una mayor vigencia de la justicia en nuestra sociedad. Por el contrario, existe una disciplina¹⁰³⁸ cuya fundamentación reconoce un amplio arco de criterios, que pueden ir del hedonismo al ascetismo,¹⁰³⁹ pero en cualquier caso se expresan en un lenguaje descriptivo.

Desde el punto de vista jurídico, el problema antes señalado, se encuentra enraizado en la cultura occidental de una manera tal, que es muy difícil de sacar a la superficie para analizarlo, criticarlo y eventualmente corregirlo. A modo de introducción, se puede caracterizar esta concepción del derecho, como una cuestión de “autoreferencialidad”.

No podremos hacer aquí un desarrollo en profundidad de esta cuestión –cuya extensión justifica un estudio en particular–, sino solamente indicar algunas de sus líneas principales, recurriendo a la ayuda de algunos autores de los que han tratado el tema. Comenzaremos con la siguiente cita de Arnoldo Siperman:

«Juristas y científicos se empeñan en no transparentar las limitaciones de sus poderes y las restricciones de sus espacios sociales provenientes de la historia de sus disciplinas; historia que desnuda miserias, muestra relatividades, dependencias y provisoriades, delata sus ancestros míticos y exhibe rastros aún perceptibles de sus rituales precursores.»

«..En cuanto a los juristas, tratan de esconder que en su ciencia predomina el estatuto de una creencia y que presionan sobre ella discursos ideologizados en los cuales las soluciones requeridas por contingencias históricas son presentadas como indiscutibles necesidades universales.»

«...Se proclaman la ley y la ciencia como autofundadas...»

¹⁰³⁷ Grondona, Mariano, *Bajo el imperio de las ideas morales*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1987 (2ª edición 1988). En este sentido, el autor citado (ob. cit., ps. 14 y 15) ha puesto de manifiesto cómo en los países que no han alcanzado aún el estadio de “desarrollados”, la invocación a la y declamación de la ética y a la justicia, están en relación inversa con el esfuerzo que se le dedica a su estudio sistemático.

¹⁰³⁸ La palabra “ética” en su origen se utilizaba preponderantemente como adjetivo, para referirse a las virtudes “éticas” (por ejemplo en Aristóteles). Pero con el tiempo, ha llegado a identificarse cada vez más con lo moral, y la ética “ha llegado a significar propiamente la ciencia que se ocupa de los objetos morales en todas sus formas, la filosofía moral” (Ferrater Mora, ob. cit., voz “Ética”, Tº 2, p. 1057). Actualmente, esta disciplina se ocupa de problemas tales como el de la esencia de la ética, para lo cual se han propuesto una solución formalista (como es el caso de la ética kantiana), y otra “materialista” (como es el caso de casi todos los demás tipos de éticas: tales como las éticas de los bienes –caso de las doctrinas fundadas en el hedonismo o la consecución de la felicidad– o la ética de los valores). En cuanto al problema del origen de los principios éticos, la discusión ha girado en cuanto al carácter “autónomo” o “heterónomo” de los mismos: los partidarios del primer criterio, solamente aceptan una moral que parta de la aceptación de tales principios por el mismo individuo, sin coacciones externas. Los del segundo criterio, solamente aceptan éticas en la medida que su fundamento sea Dios, o la sociedad. Respecto del problema de la finalidad, las éticas se reconocen como eudemonistas, hedonistas, utilitaristas, etc. Por último, también hay que incluir dentro de esta disciplina, las líneas de estudio que se ocupan del problema del significado de los términos éticos, en el sentido mencionado en las notas 1034 y 1035 (Ferrater Mora, voz citada, ps. 1060 y 1061).

¹⁰³⁹ Grondona, ob. cit., p. 16.

«...Esa cultura de validarse a sí misma ... es una directa recepción de una idea fundacional de la juridicidad romana... los romanos nunca supusieron que su sistema jurídico tuviese otro origen –y otra justificación– que el propio sistema, al que hacían inteligible, según tiempos y talentos, desde el *populus romanus* al saber letrado de la elite de los juristas.

«De manera que la moderna autovalidación del saber científico hunde sus raíces en la antigüedad romana. Frente a lo que ya era una tradición jurídica desprovista de garante divino o, al menos, legendario, lo más que pudo la presión helenista de los últimos tiempos de la república fue impulsar a algunos que, como Cicerón, eran filósofos y no juristas, a asignarle algún difuso papel a una noción de *natura*. Pero sin recurrir al aporte genial de un legislador originario y, lo que es más importante aún, sin que instancia sobrenatural alguna pesara en la conformación de la legalidad en la cual vivían.

«La presencia de los dioses paganos en el derecho romano es innegable, pero no como instancia justificadora. Dios ingresa en el mundo de la juridicidad romana cuando es único, de la mano del cristianismo, en tiempos de Constantino. Y recién aparece plenamente inscripto en la ley, con toda su potencia, en la codificación justiniana, para revestir de autoridad al emperador teocrático y como modo indiscutible de justificación de su legitimidad.

«Hay que tener en cuenta la aptitud unificadora del derecho romano como basamento común en el que se apoya la cultura europea (...) la recepción del derecho romano, su renacimiento acontecido en Europa occidental cuando el Imperio subsistía en Bizancio pero hacía ya siglos que había dejado de existir en Occidente, trajo consigo el fenómeno de identificación que expresa la fórmula *ratio scripta* utilizada para caracterizarlo. Sin un poder político que lo respaldara, sin un legislador histórico actuando sobre sus contenidos, el derecho romano recibido no encuentra validación en referencia externa alguna y, entonces, la establece como inmanente.»¹⁰⁴⁰

Este proceso de la “autoreferencialidad” de la ley, a la hora de justificar los criterios de solución que aquella está llamada a aplicar en los conflictos sociales, no debe todos sus orígenes a los romanos, sino que por el contrario, se fue nutriendo de aportes a todo lo largo de la evolución de la cultura Occidental. Como ya se adelantó, no será posible referir todos y cada uno de dichos aportes.

Dentro de tales aportes, resulta interesante rescatar el papel que tuvo la escolástica medieval (a partir de Santo Tomás de Aquino), con motivo de su rescate de la lógica aristotélica. Desde este momento, el paso de la ley abstracta y general a la sentencia concreta e individualizada empezó a ser percibida como expresión de la figura de un silogismo. Según esta visión, lo que la sentencia determinaba ya estaba “contenido” en la ley (premisa mayor del sistema).¹⁰⁴¹ Así, siguiendo con este punto de vista, se ha dicho que el tránsito de la ley a la sentencia se ha definido como una “*deriva mito-lógica*”:

«...lo primero como referencia al lugar sagrado de la ley, lo segundo como homenaje a la operación intelectual de hacerla operativa en el caso particular...»

«...Su apariencia [la del discurso jurídico] racional, coherente y cerrada no es el resultado de ninguna aptitud técnica, ... sino la consecuencia de su inscripción en universo sobredeterminado por el deseo y la creencia, el universo del mito. Universo, agregado, en el cual opera una censura apoyada en la retórica de esas ineludibles apariencias, cuya operación y reproducción son imprescindibles para el funcionamiento dogmático de la cultura occidental.»¹⁰⁴²

Continuando con el proceso de formación de la tendencia a la “autoreferencialidad” del derecho que venimos comentando, a partir de la modernidad, de la afirmación y

¹⁰⁴⁰ Siperman, ob. cit., ps. 12 a 16.

¹⁰⁴¹ Siperman, ob. cit., p. 119.

¹⁰⁴² Siperman, ob. cit., p. 120

nacimiento de la ciencia moderna, veremos que tanto en la ciencia jurídica como en la ciencia en general, se puede observar un proceso paralelo:

«En torno a la construcción social de la verdad, el paralelismo entre la adquisición jurídica y la científica aparece como una relación de deriva genealógica o como desarrollos autónomos... La realización de la sentencia opera en dos vertientes, distintas y conceptualmente discernibles, pero complementarias e inseparables. En relación con lo fáctico de la controversia, se funda en una visión “reconstructiva”, que actúa como representación de una realidad pretérita y que pronuncia la verdad de esa representación, es un *veredicto*; en lo que atañe a su inserción en un sistema normativo, actúa declarando el derecho, no aparece constituyéndolo.»

«...Los jueces, se dice en los modernos textos reguladores de su función, no pueden negarse a fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

«Estas, las leyes, todo lo impregnan. El mito en el que se calca una lógica ineludible pretende que no hay nada en la multiplicidad infinita del obrar humano que esté fuera de la mención de la ley. Todo lo pensable respecto de una fenomenología de la vida humana o bien es lícito o bien es ilícito. A ese encuadramiento lógico que parece tan obvio como indiscutible se lo denomina “principio de la plenitud hermética del orden jurídico”»¹⁰⁴³

La crítica del postulado del denominado “principio de la plenitud hermética del orden jurídico”, no es nueva. Veremos cómo se vincula dicha cuestión con el problema de la “autoreferencialidad” del derecho, que veníamos considerando. Los aportes señalados por Siperman, a la conformación del señalado mecanismo, los ampliaremos mediante el análisis de otros componentes de dicho proceso. La cuestión se puede vincular con la forma que la tradición europeo-continental ha tratado el problema de la *certeza* y *equidad* o también del conflicto entre *seguridad* y *certeza*.¹⁰⁴⁴

Para explicar dicha relación, es necesario remontarse al problema de las fuentes del derecho, tal como se concebía en el momento de la codificación del derecho privado, a comienzos del siglo XIX. La teoría reconocía tres fuentes de derecho: la ley, los reglamentos del poder ejecutivo, y la costumbre (con muchas restricciones, ya que con ello se ponía en juego la idea de que todo el derecho provenía de la autoridad del Estado nacional), en ese orden jerárquico. A ello debía agregarse la función del Juez (tercer poder del estado) en su tarea de interpretar y aplicar la ley. Con el desarrollo de la teoría del “constitucionalismo”, se produjo una modificación en la de las “fuentes del derecho”; el orden de éstas fue, a partir de ello: constitución, ley, reglamentos, costumbre.¹⁰⁴⁵

Por su parte, el problema de las fuentes se relaciona a su vez con la ideología imperante en Francia, a continuación de la Revolución (que se podría denominar “ideología de la codificación”), respecto de la posibilidad de la legislación de prever la totalidad de los conflictos posibles: el racionalismo en que se nutrían los autores franceses que trabajaron en

¹⁰⁴³ Siperman, ob. cit., ps. 122 y 123.

¹⁰⁴⁴ Sobre la cuestión que se desarrollará en adelante, se puede ver el trabajo del autor titulado “Las nuevas tecnologías y el Derecho Civil” en *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Premios Accésit Concurso C.P.A.C.F. Especialidad Derecho Civil*, Buenos Aires, 2000, N° 6.

¹⁰⁴⁵ Merryman, ob. cit., ps. 48 a 53.

la tarea de la codificación, proveniente de la escuela laica del derecho natural, suponía que los códigos eran catálogos que contenían soluciones para todos los problemas posibles; que se podían elaborar principios racionales de justicia y equidad para solucionar todos los conflictos, que formulados en forma suficientemente clara hicieran innecesaria toda forma de interpretación y fueran comprensibles para todos los ciudadanos. Ello suponía mantener completamente separada la tarea de los jueces de la del legislador. Se consideraba que la labor judicial (la aplicación de la ley al caso concreto) era meramente mecánica: el juez solo tenía que razonar mediante un simple silogismo en el que la premisa mayor era la ley y los hechos del caso individual la premisa menor; por la tanto la sentencia no era sino una conclusión que ya se encontraba contenida en las premisas –tal como se acaba de exponer párrafos más arriba (nota 1041 y texto relacionado)–. La coherencia de ambas ideologías –la de las fuentes del derecho y la de la codificación– parecía asegurada: los jueces sólo aplicaban “fuentes” legales y no intervenían en la determinación de sus contenidos; no era necesario “interpretarlas”.¹⁰⁴⁶

Este acotamiento de la labor judicial tenía que ver –por un lado– con la desconfianza hacia los jueces.¹⁰⁴⁷ Pero por otro lado, con la idea de la necesidad de predictibilidad que se esperaba de las reglas que afectarían la vida de los ciudadanos.¹⁰⁴⁸ Pero dicha predictibilidad se pretendió resguardar mediante las mencionadas teorías de las “fuentes del derecho” y la “codificación” y se coronaba con el mencionado postulado de la “plenitud hermética del orden jurídico” (nota 1043 y texto relacionado). Dicho postulado presupone una triple exigencia a los jueces: a) no pueden abstenerse de juzgar (art. 15 del Código Civil); b) deben resolver los casos conforme a derecho; c) no pueden modificar el derecho.¹⁰⁴⁹ Pero es del caso que la aplicación del derecho a los casos concretos, presenta en la práctica dificultades, por ausencia de soluciones en la ley: ello puede deberse a problemas de indeterminación semántica (vaguedad o ambigüedad: llamados casos de “penumbra”), o de lagunas lógicas (ausencia de solución o más de una solución para un mismo caso), o de cambios en las valoraciones sociales (lagunas “axiológicas”), o creación de nuevas situaciones (inventos, descubrimientos, etc.) cuyo encuadramiento en las categorías legales existentes sea objeto de dificultad (lagunas de “reconocimiento”).¹⁰⁵⁰ En tales circunstancias no es posible a los jueces cumplir con su obligación de fallar, sin incumplir alguna de las tres exigencias mencionadas:

¹⁰⁴⁶ Merryman, ob. cit., ps. 57 a 59; 70; 73/74 y 78 a 87

¹⁰⁴⁷ Merryman, ob. cit. ps. 37 y 38.

¹⁰⁴⁸ Merryman, ob. cit., capítulo VIII, ps. 88 a 101; y Warat, ob. cit., capítulos V y VI, ps. 121 a 133 y 134 a 150.

¹⁰⁴⁹ Alchourrón y Bulygin, ob. cit., ps. 210, 211, 217 y 218.

¹⁰⁵⁰ Carrió, ob. cit., p. 58; Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 61 y sigs.; 157 y sigs.; 161 y sigs.; 214 y sigs.; y 217 y sigs.

o se abstienen de fallar, o si fallan, no podrán hacerlo conforme al derecho existente (tendrán que modificarlo, “creando” una solución nueva para el caso).¹⁰⁵¹

La forma en que la “ideología de la codificación” resolvió este problema, fue mediante la inclusión dentro de los códigos, de reglas de contenido claramente indeterminado, del tipo de nuestros artículos 953 (“moral y buenas costumbres”), 1071 (“abuso del derecho”), 1198 1º párrafo (“buena fe”), etc., de nuestro Código Civil. Esto no es más que un recurso retórico. Dicho recurso consiste en que bajo la apariencia de que los jueces resuelven los casos de lagunas (aquellos en que no tienen soluciones provenientes de una de las “fuentes” admitidas), mediante la fundamentación en una *ley* (en una ley cuyo contenido implica una delegación al juez para determinar el contenido de su solución), en realidad lo que dicha ley hace es autorizar a los jueces a *crear* la solución para el caso individual. Esta delegación, en el sistema anglosajón, es explícita y se conoce con el nombre de facultades de *equidad*.¹⁰⁵²

Así tenemos desarrollado otro ejemplo de la “autoreferencialidad” del derecho: los jueces *crean* una solución, cuando invocan como fundamento de sus decisiones alguno de los aludidos *standards* o *principios* (moral y buenas costumbres, abuso del derecho, buena fe, etc.), pero el sistema no puede admitirlo, porque se entraría en conflicto con el principio de división de poderes, y pondrían de manifiesto que la solución del caso no existía con anterioridad al nacimiento de la causa bajo su resolución, sino que se la está creando a *posteriori*. Por ello, al no dar razones respecto de la forma en que ejercen la delegación de facultades de *equidad* que le conceden los artículos citados, los jueces pretenden mantener la apariencia de que la solución no la están creando, sino que estaba “contenida” en la ley con anterioridad.

Volvamos al caso concreto del uso por parte de la mayoría de los jueces, de las facultades morigeradoras de la tasa de interés. La regla general en materia de determinación de intereses, es la libertad contractual (art. 621 del Cód. Civil). La facultad de reducción o morigeración de los intereses pactados, no les está expresamente conferida a los jueces. Existe regulado un supuesto genérico que permitiría la reducción o morigeración de los intereses, pero que está sometido a condiciones pautadas (art. 954 Cód. Civil), que los jueces en general prefieren no usar. Cuando consideran necesario reducir o morigerar los intereses pactados, la mayoría de los jueces invoca como fundamento una regla “abierta” (moral y buenas costumbres, abuso del derecho, etc.), de modo tal que no se reconoce la *creación* una nueva

¹⁰⁵¹ Merryman, ob. cit., p. 59; Alchourrón y Bulygin, ob. cit., p. 217 y siguientes.

¹⁰⁵² Merryman, ob. cit., ps. 96 a 98; Warat, ob. cit., ps. 134 y sig.; Carrió, Genaro, “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en García, Jorge E. y otros, *El análisis filosófico en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económico, 1985, p. 55 y siguientes.

regla (no contenida en el ordenamiento jurídico) respecto del límite de los intereses permitidos. De esa manera tales jueces pretenden que *aplicaron* la ley, por haber fundado su solución en los artículos 953, 1071, etc. Pero como tales artículos no establecen los límites concretos que tales jueces imponen a la facultad de pactar intereses, se ven en la necesidad “retórica” de reforzar esta fundamentación “autoreferencial” (o circular). Esa es la razón por la que recurren al lenguaje *emotivo* y eluden dar fundamentaciones en lenguaje descriptivo, de los criterios de justicia o equidad, por los cuales utilizan tales facultades extraordinarias.

Es cierto que con ello se “salva” la apariencia de *seguridad* jurídica, en el sentido de no explicitar la *creación* (con posterioridad a la celebración del contrato) de la regla que impone el límite a la facultad de pactar intereses. Pero en realidad, se aumenta la incertidumbre de los justiciables, a quienes se les dificulta el conocimiento del criterio aproximado de cómo se ejercerán esas facultades morigeradoras.

b) Búsquedas de criterios externos para la fundamentación de decisiones

En el derecho anglosajón (y también en el americano), el problema del ajuste de las soluciones generales a los casos concretos (el problema de la *equidad*) se resuelve explícitamente por los jueces, debido a que en dicho sistema se les reconoce fuerza de ley a las sentencias judiciales (el sistema del *stare decisis*).¹⁰⁵³ Por lo tanto, los jueces no tienen reparos en reconocer que crean soluciones cuando ejercen facultades de *equidad* y sin duda que cuando las ejercen, se encuentran en la necesidad de brindar los criterios en que se basan. Probablemente por ello, en el ámbito de la cultura angloamericana se ha desarrollado una tendencia poco arraigada en nuestro medio, cuyo resultado final –en el fondo– (aunque probablemente no haya sido el objetivo originario) es la de efectuar análisis críticos respecto de las consecuencias probables de las soluciones contenidas en las leyes y en las resoluciones de los jueces. Dicha tendencia se conoce con el nombre de *análisis económico del derecho* (AED).

En este sentido se ha dicho, en cuanto a las consecuencias de la aplicación de este enfoque a la disciplina jurídica:

«A nadie se le oculta que la cuestión [se refiere a la relación entre la economía y el derecho] presenta interés en países como la Argentina, donde se persiste en defender decisiones normativas desde un enfoque decimonónico de autoconfinamiento y autosuficiencia, en el marco de una retórica legal que prescinde del objetivo económico, en tanto criterio de eficiencia.

«El enfoque implementado ejercita el análisis económico, habilitándolo con beneficiosa anticipación, para proyectar interpretaciones que den marco adecuado y generen fenómenos socioeconómicos de indispensable incorporación a nuestro medio...»

¹⁰⁵³ Merryman, ob. cit., p. 89.

«El análisis económico del derecho (AED) es una teoría de notable valor, siendo la principal fuente de renovación para la ciencia jurídica —en el siglo pasado— a la vez que una poderosa herramienta de trabajo, sin implicar un mensaje ideológico del derecho, sino un método de interpretación de éste.»¹⁰⁵⁴

Y la misma autora agrega en otro texto, con relación al AED:

«Las leyes no son argumentos arcanos para técnicos; son instrumentos para lograr metas sociales, y a fin de conocer los efectos de las normas en estas metas, los jueces y los legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de éstas sobre la sociedad.»¹⁰⁵⁵

En cuanto a la caracterización de las líneas de trabajo del enfoque del AED, se ha dicho:

«El AED gira en torno a la noción de eficiencia o bienestar agregado, al considerar que las normas jurídicas pueden ser entendidas como intentos institucionales de maximizar el bienestar agregado. La premisa de la que parte este análisis es que los individuos son agentes racionales que eligen sus acciones para maximizar sus utilidades individuales sobre la base de un orden coherente de preferencias transitivas, lo que permite predecir su comportamiento o reacción respecto de las previsiones o cambios del ordenamiento jurídico. El conjunto de preferencias de los agentes económicos es estable y las elecciones están orientadas a la búsqueda de la eficiencia en la asignación de los recursos.»¹⁰⁵⁶

Este enfoque de estudio tiene remotos antecedentes. Ya en los orígenes de los estudios económicos se encuentra preocupación respecto de las consecuencias del Derecho sobre el sistema productivo. Tal el caso de Hume y Ferguson. La cuestión cobra más interés en autores como Adam Smith (fundamentalmente respecto de los efectos de la tributación sobre la economía). También Bentham prestó gran atención a la interacción entre el Derecho y el análisis económico (el programa de Bentham suponía una reforma de la legislación y el sistema jurídico según criterios utilitarios: la mayor felicidad para el mayor número). También el vínculo entre ambas disciplinas estuvo en la consideración de David Ricardo. Pero el enfoque en cuestión alcanzó mayor impulso a partir de 1930, en la Universidad de Chicago, de donde surgieron los primeros estudios en esta dirección, que se publicaban en el *Journal of Law and Economics*. El siguiente gran hito fue la obra del economista inglés (luego naturalizado norteamericano) Ronald Coase, que recibiera el Premio Nobel en Economía en 1991.¹⁰⁵⁷ El primer trabajo de Coase en esta dirección fue “The Nature of the Firm”, publicado en 1937, en el que expone una teoría de la empresa basada en su estructura jurídica: en este trabajo se analizan los conceptos del problema de la “agencia” (cuando una parte delega en otra la gestión de sus intereses) y el de los “costos de transacción” (los costos relacionados con los problemas que se les crean a las partes de un contrato, respecto de la

¹⁰⁵⁴ Piaggi, Ana Isabel, *Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, p. 1 y 2.

¹⁰⁵⁵ Piaggi, Ana Isabel, “Técnicas y artilugios con repercusiones jurídicas en los estados contables”, en *Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno*, citado, p. 63.

¹⁰⁵⁶ Kluger, Viviana, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, “Introducción” en *Análisis económico del Derecho*, ob. citada, p. 9.

¹⁰⁵⁷ Cabanellas, Guillermo, “El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, citado, capítulo II, ps. 23 a 28; y Tavano, María Josefina, “Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia”, en *Análisis económico del Derecho*, citado, capítulo IV, p. 59 y sig.

falta de información sobre contingencias relativas a la transferencia de derechos producida en dicho contrato).¹⁰⁵⁸ El segundo de sus trabajos fundamentales fue “The Problem of Social Cost”, donde hace un análisis del problema de las ventajas y desventajas de la intervención estatal, con relación a cierto tipo de conflictos legales.¹⁰⁵⁹

A partir de Coase, se han sumado numerosos aportes al AED, como puede ser el caso de Richard Posner, Guido Calabresi, etc., que han continuado con el análisis de las más diversas disciplinas jurídicas, desde la óptica de los resultados de sus soluciones, en términos de su eficiencia social.

Con relación a los contratos, y en particular aquellos destinados a la circulación del crédito, el AED ha aportado algunos conceptos que habremos de considerar.¹⁰⁶⁰

Uno de las funciones de los contratos, desde el punto de vista económico, es transmitir bienes y riesgos entre los agentes económicos, desde una parte que los valora menos a otra parte que los valora más, a cambio de una contraprestación que compense dicha transferencia de derechos.¹⁰⁶¹ Habremos de precisar entonces, la noción de *riesgo*.

El concepto de *riesgo* se relaciona con el problema de la toma de decisiones por parte de agentes económicos, en condiciones de falta de información respecto de circunstancias relevantes (*incertidumbre*). Un caso especial de incertidumbre es aquel en el que los agentes económicos pueden estimar el rango de variación de las variables, y asignarles probabilidades de ocurrencia a los valores estimados de tales variables: a ello se le llama *riesgo*. El riesgo, a su vez, puede tener origen en factores externos a los mercados bajo análisis, y por tanto ajenos a los oferentes y demandantes que operan en dichos mercados (en el sentido que tienen muy poca o ninguna capacidad de influir respecto de los valores que pueden adoptar las variables

¹⁰⁵⁸ Sobre el concepto de “costos de transacción” ver Cabanellas, Guillermo, ob. cit. en nota 1057, N° 4, ap. “c”, pág. 35.

¹⁰⁵⁹ En este trabajo, Coase trata el problema de los efectos secundarios de los procesos productivos, que causan daños a terceros. Según el punto de vista jurídico tradicional, esta es una cuestión típica en la cual el causante del daño debe indemnizar a quien sufre los mismos. Por el contrario, Coase encuadra el caso como una cuestión de conductas incompatibles (la del que causa el daño como efecto secundario de su actividad –A– y el que lo sufre –B–), en el que la cuestión relevante es determinar cuál de ambas conductas es más valiosa. No acepta calificar como antijurídica una conducta, por el solo hecho de que cause daños. Coase sostiene que, en ausencia de costos de transacción, serán las partes quienes mejor podrán determinar mediante una negociación, cuál de las partes será la que indemnice a la otra: si es A quien llevará a cabo su conducta, será él quien le pague a B para que le permita llevarla a cabo, o a la inversa. Pero dado que generalmente existen costos de transacción, entonces sucederá que no será conveniente dejar a las partes libradas a que resuelven el problema mediante una negociación contractual, y será necesario elaborar un régimen de responsabilidad extracontractual, que permita preservar los usos o conductas de mayor valor económico. Todo este trabajo de Coase está dirigido a confrontar con el punto de vista de otro economista –Pigou– respecto del papel de la intervención del estado en la economía (Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost” en *Journal of Law of Economics*, 1960, t. 3, p. 1, traducción castellana “El problema del Costo Social”, disponible a texto completo en el sitio de la Universidad de Málaga, “eumednet”, <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>). La conclusión de Coase no es necesariamente contraria a cualquier intervención del estado, sino más bien contraria aquellas intervenciones que no generen un estado de cosas superior en términos de beneficio social, que el que hubiera resultado en caso de la no intervención (ver Tavano, María Josefina, “Coase: un teorema para el derecho...”, en *Análisis económico del Derecho*, citado, capítulo IV, p. 61.

¹⁰⁶⁰ En la breve exposición que sigue, se suprimirán los desarrollos matemáticos y representaciones gráficas que forman parte de este enfoque, con fines de simplificación, no obstante que dichos desarrollos agregan precisión a los conceptos. El lector interesado en tales desarrollos, podrá encontrarlos en las fuentes que se citan a pie de página en cada caso.

¹⁰⁶¹ Coloma, Germán, *Apuntes para el análisis económico del Derecho privado argentino*, a publicarse, 2009; disponible en http://works.bepress.com/german_coloma/25, apartado 4.1, p. 48 y sig.

en juego), en cuyo caso se denomina riesgo “exógeno”, o por el contrario, el origen de la incertidumbre puede radicar en decisiones de los agentes económicos que actúan en ese mercado, y entonces se lo denomina riesgo “endógeno”. Cuando la probabilidad de ocurrencia de un evento depende de circunstancias respecto del proceso que genera la incertidumbre, se habla de “probabilidad objetiva”, y cuando depende de la creencia de los agentes sobre tal probabilidad, se habla de “probabilidad subjetiva”.¹⁰⁶² Una de las condiciones para que los contratos permitan establecer transacciones beneficiosas para ambas partes, es que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que las partes estén afectadas por distintas probabilidades objetivas de riesgo exógeno; o b) que las partes tengan distinto grado de aversión a tal riesgo; o c) que las partes tengan distintas percepciones subjetivas respecto de la probabilidad de ocurrencia de dicho riesgo.¹⁰⁶³

Un caso especial de riesgo endógeno, es el que se conoce como *riesgo moral* (*moral hazard*). Se usa en general esta expresión para referirse a la situación que se produce cuando la conducta de una de las partes de un contrato tiene la capacidad de influir sobre el resultado económico que tal contrato le puede deparar a la otra parte. Una manifestación de esta situación se verifica en el llamado problema de la “agencia” (mencionado más atrás en este mismo apartado), también referido como la cuestión del “principal-agente”: se da en muchos contratos en los que se verifica una situación del tipo en que una parte (principal) le encarga una tarea a otra (agente), pero no puede controlar con exactitud el cumplimiento del encargo.¹⁰⁶⁴

Si bien la expresión “riesgo moral” tiene un uso anterior en diversas disciplinas sociales, la adopción de la misma como concepto técnico económico (con repercusiones en el ámbito jurídico), proviene de la generalización de ciertos análisis relativos al problema de los incentivos y equilibrio de los mercados bajo condiciones de *información asimétrica*. Estos análisis se llevaron a cabo por tres economistas –George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz– en la década de 1970, que merecieron el premio Nobel de Economía en 2001. El trabajo pionero en esta línea de investigación, fue “The Market for lemons: Uncertainty and the Market Mechanism” (1970). En él se analiza el funcionamiento del mercado de un producto en el que los vendedores tienen mejor información que los compradores. El ejemplo inicial que toma este estudio, es el del mercado de automóviles usados. Este mercado resulta influido por la falta de información de los compradores sobre el verdadero estado de cada auto

¹⁰⁶² Coloma, ob. cit., apartado 2.6., p. 20.

¹⁰⁶³ Coloma, ob. cit., apartado 4.1., p. 49.

¹⁰⁶⁴ Coloma, ob. cit., apartado 2.6., p. 22 y apartado 4.2., p. 52.

negociado. El caso es que los precios de las transacciones tienden a fijarse sobre valores promedio (entre el que corresponde a los autos en buen estado y los autos en mal estado). En razón de ello, los dueños de los autos en buen estado, que valoran sus autos por encima del precio promedio, tienden a retirar de la oferta sus autos (al precio promedio). En razón de ese mecanismo, los compradores (que desconocen el verdadero estado de los autos ofrecidos) tienen que concretar su elección entre los “limones” (expresión coloquial americana para designar los autos en mal estado, equivalentes a “batatas” en nuestro medio).¹⁰⁶⁵

Las situaciones de *información asimétrica*, por su parte, originan problemas de *selección adversa del riesgo*.

Se puede decir que la información asimétrica es un ejemplo o uno de los tantos casos de riesgo moral. Generalizando el ejemplo del mercado de los “limones”, se puede decir que hay riesgo moral cuando un contratante tiene mejor control sobre el riesgo que afecta el resultado del contrato, que el otro contratante. Esta asimetría en la información puede referirse a la falta o imposibilidad de conocimiento de una parte, respecto del comportamiento de la otra (su “nivel de precaución”), que habrá de incidir sobre el resultado del contrato; o también puede tener relación con el conocimiento de una parte sobre el real estado de un bien objeto de transacción en el contrato, que se mantenga oculto para el otro contratante.¹⁰⁶⁶

Se llama *selección adversa del riesgo* –como una aproximación en abstracto al tema– a las malas elecciones en términos del resultado económico esperable, que hace un agente económico, cuando decide una contratación, motivadas en la falta de información acerca del riesgo que asume, al elegir entre las distintas alternativas de contratación posible.

Otro aporte del AED que habrá de sernos útil, a los fines del presente trabajo, es el concepto de “oportunismo contractual”, que se explica como una situación en que alguna de las partes de un contrato tiene la posibilidad de incumplir su promesa o de aprovecharse de alguna situación particular, para adoptar un comportamiento violatorio del espíritu de lo pactado contractualmente. Así también es conveniente referirse a la expresión noción de “contingencias imprevistas”, que alude a situaciones en las que un acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes de un contrato (exógenas), altera el contexto en el cual se pactaron las obligaciones contractuales, y que hace que algo que resultaba beneficioso para alguna de las partes (o para ambas) pase a ser inconveniente. Ambos conceptos suelen estar relacionados. El problema del “oportunismo contractual” aparece muchas veces, en todos los casos de

¹⁰⁶⁵ La información sobre los trabajos citados se puede consultar en el sitio web de la organización que otorga los premios Nobel: <http://nobelprize.org/nobel/economics/laureates/2001/ecoadv.pdf>.

¹⁰⁶⁶ Coloma, ob. cit., apartado 2.7, ps. 22. y 23.

contratos en los que las prestaciones de las partes no se intercambian en forma simultánea, sino en los que una de las partes cumple con su prestación y la otra deberá hacerlo con posterioridad, de modo que a esta parte se le crea un incentivo para no cumplir. Las normas jurídicas establecen costos, para disminuir tales incentivos al incumplimiento. El AED se ocupa, con la ayuda de la “teoría de los juegos” del premio Nobel de economía 1994, John Forbes Nash, de establecer bajo qué circunstancias los incentivos establecen condiciones que estimulan a las partes al cumplimiento de sus promesas, y cuándo no.¹⁰⁶⁷

Estos conceptos desarrollados por el AED, han sido aplicados a diversos problemas jurídicos. Ejemplos de riesgos exógenos tenemos en contratos en los cuales las partes han establecido como variables para determinar su resultado económico, la verificación de uno u otro tipo de clima para una cierta oportunidad. Por ejemplo, un contrato entre un productor agropecuario y un ahorrista. El productor agropecuario enfrenta dos posibles tipos de clima para un cierto momento: que llueva, en cuyo caso le espera obtener de su actividad productiva un ingreso determinado, o que no llueva, en cuyo caso su ingreso disminuirá en una cierta proporción. Por su parte, para el ahorrista dichos estados del clima le resultan neutrales respecto de sus ingresos. En tales circunstancias ambas partes podrían realizar un contrato por el cual, aunque no puedan eliminar la incertidumbre, ambos queden en mejor posición para enfrentarla, de modo que acuerden que el ahorrista le pague una cierta suma al productor en caso que llueva, y el productor agropecuario le pague otra menor en caso que no llueva. De ese modo el productor agropecuario sacrifica parte de su ingreso esperado para reducir la variabilidad del mismo, y por su parte el ahorrista aumenta su ingreso esperado, aunque esto le incremente en algo su variabilidad.¹⁰⁶⁸

Un ejemplo de riesgo moral (riesgo de tipo endógeno), aplicado a problemas jurídicos, se verifica en el contrato de seguros. En este contrato, el asegurado, una vez contratado el seguro, puede tener una falta de incentivos para emplear el máximo de diligencia para evitar los riesgos (el mencionado problema del “nivel de precaución”). Ello puede dar lugar a un problema de “selección adversa”, puesto la propia naturaleza del contrato incentiva a que los individuos que enfrentan riesgos mayores tengan incentivos para asegurarse y los que enfrentan riesgos menores tiendan a no asegurarse. Para evitar esta situación, los aseguradores suelen utilizar lo que se conoce con el nombre de “mecanismos de escudriñamiento”, que tiene por objeto que sus potenciales clientes se “autosegmenten”. Mediante ciertas cláusulas contractuales, los agentes económicos más informados (los

¹⁰⁶⁷ Coloma, ob. cit., apartado 4.4., ps. 59 y sigs.

¹⁰⁶⁸ Coloma, ob. cit., apartado 4.1., p. 49.

asegurados), resultan inducidos a brindar información reveladora sobre su real estado de riesgo, para que los agentes menos informados (los aseguradores) así puedan elegir con mejor conocimiento. En el contrato de seguro, el mecanismo de escudriñamiento más habitual surge de una combinación entre la prima del seguro y el monto asegurado, que les permite elegir a los potenciales asegurados la opción más conveniente, puesto que los individuos de menor riesgo tendrán a su disposición contratos con menor prima y menor monto asegurado, para que no queden fuera de la posibilidad de asegurarse.¹⁰⁶⁹

En cuanto a la aplicación de estos instrumentos de análisis, al mercado crediticio, encontramos que la actividad de los intermediarios financieros (los que toman recursos de “unidades económicas superavitarias” para prestarlo a “unidades económicas deficitarias”: art. 1 ley 21.526), es de una clase tal que se encuentra particularmente afectada por la “confianza”. Una buena colocación de fondos tomados de las “unidades económicas superavitarias”, supone que la elección de la “unidad económica deficitaria” habrá de estar fundada en la “confianza” de que tales fondos podrán ser recuperados, para a su vez restituirlos al inversor. Estamos por lo tanto, frente a un problema de manejo de “información”. Y en este caso un problema de “asimetría de información” (nota 1066 y texto relacionado): la información con que cuentan los bancos a la hora de asignar los fondos captados de los depositantes, no es completa o suficiente. Ello acarrea dos efectos nocivos: de “selección adversa” y “riesgo moral”.

La selección adversa es un problema que se manifiesta con anterioridad a la celebración del contrato (asimetría *ex-ante*): es lo que sucede cuando los sujetos demandantes de crédito representan un alto riesgo crediticio, y por lo tanto, para conseguirlo están dispuestos a tomar mayores riesgos y pagar más altas tasas de interés por el préstamo que demandan. Pero habida cuenta de la asimetría de la información, el prestamista no estará siempre en condiciones de detectar ese mayor riesgo que presenta el solicitante que está dispuesto a pagar la mejor tasa. Frente a ello, la actitud racional del mismo es colocar sus recursos a una tasa constante o equivalente (que le permita cubrirse de riesgos que no puede medir exactamente). De esta manera, se beneficiarán quienes tengan proyectos riesgosos y se perjudicarán quienes cuenten con proyectos rentables y seguros. El problema del riesgo moral, en el caso que ahora se considera, se presenta con posterioridad al otorgamiento del préstamo. En este momento se produce un cambio en los incentivos del prestatario: ahora éste puede tomar actitudes de propensión al riesgo y usar los recursos recibidos de una forma

¹⁰⁶⁹ Coloma, ob. cit., apartado 4.3., p. 56.

temeraria, en proyectos riesgosos (con posibilidades de altas ganancias pero de incierta probabilidad de realización), cambiando de esta manera la posición del prestamista.¹⁰⁷⁰

Este tipo de problemas justifica por un lado la exigencia de profesionalismo en los intermediarios financieros (que les permita montar una estructura capaz de minimizar los costos, mediante una economía de escala, del análisis de los riesgos crediticios), y por otro, el establecimiento de mecanismos de regulación y supervisión crediticia, para superar las aludidas “fallas de mercado”.¹⁰⁷¹

Todas estas categorías conceptuales que hemos analizado hasta aquí, y que nos serán de utilidad más adelante para evaluar los criterios de nuestra jurisprudencia con relación al problema de las tasas de interés, están basados en criterios de “eficiencia social”. Pero estas herramientas no son las únicas a las que se puede recurrir, en busca de criterios de *justicia* ajenos al propio orden jurídico, como veremos a continuación.

c) Otros criterios externos de justificación de soluciones

A lo ya señalado en el anterior punto b) sobre las razones del auge y desarrollo del AED, especialmente en los Estados Unidos de América, cabe ahora agregar otro aporte al tema de la búsqueda de criterios racionales de justicia “externos” al propio ordenamiento jurídico.

En efecto, a fines de los años cincuenta del siglo XX, empezó a resultar evidente que el utilitarismo (filosofía moral predominante hasta ese entonces en los países anglosajones) resultaba insuficiente “al exaltar el bienestar agregado y diluir las nociones de lo correcto y de lo incorrecto”, para dar expresión teórica al movimiento de las libertades civiles. En ese contexto, la reacción de los filósofos políticos y morales se orientó hacia la búsqueda de las ideas contractualistas y de la teoría de los derechos naturales que habían prevalecido en la filosofía occidental, con anterioridad al auge del utilitarismo.¹⁰⁷²

Así es como aparece la obra de John Rawls, *A theory of justice*, que se publicó en 1971, a partir de la reunión de diversos artículos previos publicados por el autor, que marcó un antes y un después en esta materia.¹⁰⁷³

¹⁰⁷⁰ Delvasto, Carlos Andrés, “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del estado en la cobertura del mercado crediticio”, en *Criterio Jurídico* 6 (2006): 215-242, disponible en http://works.bepress.com/carlos_andres_delvasto_perdomo/2, ps. 220 a 222.

¹⁰⁷¹ Delvasto, ob. cit., lug. cit. y p. 225.

¹⁰⁷² Spector, Horacio, “Justicia y bienestar desde una perspectiva de derecho comparado”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, citado, capítulo III, p. 43.

¹⁰⁷³ Rawls, John, *A theory of justice*, President and fellow of Harvard College, 1971, traducción castellana de María Dolores González, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, 1ª reimpresión en Argentina, 1993.

Es necesario aclarar que el análisis de Rawls respecto de la justicia se refiere a lo que él llama la “justicia social”, entendiendo por tal la que se refiere a la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las instituciones sociales más importantes (la constitución política, las principales disposiciones económicas y sociales) distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.¹⁰⁷⁴ No se refiere en consecuencia, al problema específico de la justicia relativa a la equivalencia de las prestaciones entre particulares. No obstante, podremos extraer analogías sobre este tema más adelante.

Veremos entonces, en una versión muy resumida, el desarrollo de Rawls. Comienza su análisis sobre la *justicia*, partiendo de la base de la idea del “contrato social” que se había desarrollado en los siglos XVII y XVIII: dice que la justicia como “imparcialidad” o “equidad” (*justice as fairness*: aquella posible entre seres humanos, no un ideal de justicia absoluta) es la que buscarían los contratantes originarios de una sociedad. Imagina a los contratantes originarios de una sociedad, como aquellos que todavía no tienen posesiones ni bienes. En esa situación, estos contratantes, antes de saber cómo les iría en el reparto de bienes de tal sociedad, qué papel les tocará desempeñar en ella (pues llegan al pacto originario bajo el “velo de la ignorancia” en cuanto a la suerte que habrá de tocarles en el reparto posterior), supone Rawls que buscarían la justicia, como criterio racional para determinar las reglas de juego según las cuales se asignarían tales bienes, posesiones y demás ventajas.¹⁰⁷⁵

En ese contexto, según Rawls, tales contratantes originarios, pactarían dos principios: según el primero de ellos, se reconocerían recíprocamente tanta libertad como fuera compatible con la libertad de los demás. Según el segundo, que se referiría a las condiciones de distribuir la igualdad y la desigualdad, dice Rawls que tales contratantes hipotéticos aceptarían la desigualdad, a condición de que los beneficios personales mayores que pudieran recibir algunos miembros de la comunidad, fuera compensado con al menos algún beneficio para los otros. En otras palabras: aun cuando el progreso de algunos pudiera ser mayor que el de otros, ese mayor progreso será permitido, siempre que redunde en algún beneficio (aunque menor) para los otros. Esta segunda regla sobre las desigualdades, presupone el requisito de la “igualdad de oportunidades”. Un segundo presupuesto sobre esta regla, es que las ventajas de los que resulten mejor posicionados, deberán redundar en ventajas (aunque menores), no para cualquier otro, sino para los que estén peor.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷⁴ Rawls, ob. cit., § 2, p. 23.

¹⁰⁷⁵ Rawls, ob. cit., §1 ps. 19 y sigs.; y §3 ps. 28 y sigs.

¹⁰⁷⁶ Rawls, ob. cit., § 11, ps. 82 y sigs.; § 39, p. 278 y sigs. y § 46, ps. 337 y sig.

Rawls continúa el desarrollo de su teoría de la justicia con otras consideraciones que ya se alejan un poco del problema de nuestro interés. Por lo tanto, con tales elementos, habremos de tratar de extraer una comparación respecto del problema del interés (al cual por cierto Rawls no se refirió).

Si tratamos de adaptar el segundo principio de justicia de Rawls, a la cuestión de la “justicia” de una tasa de interés determinada, convenida en un cierto contrato de crédito (del que surgen obligaciones “financieras”), podríamos decir que una tasa justa es aquella que permite a ambas partes del contrato obtener alguna ventaja. En otras palabras, que ambos contratantes se encontrarían en mejor situación después del contrato que antes que él. No sería una circunstancia que impidiera la calificación de “justa” (para la tasa de interés), que la ventaja o mejor situación a obtener por una de las partes del contrato, fuera mayor que la ventaja o mejor situación de la otra parte. Tasa justa, según la adaptación del segundo principio de la justicia de Rawls, no sería la que otorga iguales beneficios, sino solamente beneficios (aunque desiguales), para ambas partes.

Por ejemplo, si se pacta una tasa del 20% anual en un contrato, en circunstancias que al prestamista le queda un margen neto del 10%, y el tomador del préstamo puede destinar el importe del mismo a un negocio en el que obtiene una ganancia del 5%, dicha tasa sería justa.

Lo expuesto, en términos de las finanzas corporativas se expresa en la aplicación del coeficiente ROE (o de rentabilidad de los recursos propios), ya analizado en § 81, que cuantifica el criterio según el cual las condiciones que justifican la realización de un negocio determinado que implica la toma de un cierto endeudamiento, tiene como límite el costo de dicho endeudamiento, que no debe superar la rentabilidad de dicho negocio.

Lo expuesto, significa un criterio racional de justicia, para el crédito de tipo “productivo”, o “de inversión”. No es aplicable al llamado crédito “para el consumo”. No son comparables el costo de un endeudamiento, con la utilidad que produce el consumo de bienes: la compra de un televisor produce una satisfacción al comprador, pero dicha utilidad no es mensurable en dinero, además de variar el grado de satisfacción entre un sujeto y otro.

No obstante lo expuesto, en las economías modernas, las tasas de interés están determinadas más bien por el mercado de préstamos de destino reproductivo, que por lo el de préstamos de consumo.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁷ Ver Samuelson, citado en nota 344. Es difícil hacer una cuantificación de la incidencia de uno y otro segmento del mercado crediticio. No siempre es fácil hacer una conceptualización de las categorías de préstamos para “consumo” por un lado y los “comerciales” (o de uso reproductivo) por otro. No obstante ello, en una primera aproximación muy estimativa, se podría estimar la participación de ambos segmentos en un 60% para la cartera comercial y un 40% para la de consumo.

Pero además de la cuantificación “absoluta” en la participación en el mercado, hay otras razones que explican el por qué de la mayor incidencia del sector comercial (o reproductivo) en la formación de las tasas de interés. En términos “relativos” no hay duda acerca de que

d) *Causas de la elevación de las tasas de interés*

Para poder analizar el problema de los intereses excesivos a la luz de los criterios de “justicia” y “eficiencia”, es necesario un previo análisis de las causas que generan dicha situación.

Sobre esta cuestión existe un preconceito que sobrevuela a muchas decisiones judiciales (y que en algún caso está explícitamente formulada: por ejemplo, el considerando 21 del voto de la Dra. Míguez en el fallo N° X del APÉNDICE 14 referido en la nota 1175 y también reiterado en el fallo N°XII), y que se procurará refutar, según el cual el interés corriente de plaza debe adecuarse a alguna suerte de criterio ideal (del tipo del “precio justo” por ejemplo). Por el contrario, se tratará de mostrar que el interés corriente en un determinado tiempo y lugar es el resultado de ciertos parámetros sobre los cuales los contratantes –en general– tienen un reducido margen de influencia.

Lo expuesto requiere un análisis económico sobre la formación de las tasas de interés. Dicho análisis se limitará a una tarea meramente descriptiva de las causas que operan en la determinación de los niveles de los tipos de interés (lo que se denomina un enfoque de la “economía positiva”¹⁰⁷⁸). No se pretenderá encarar (por estar fuera del alcance del presente trabajo) un enfoque sobre cómo debería funcionar el mercado en esta materia, o qué políticas podrían encausar estas cuestiones.

Empecemos por recordar cuáles son los elementos en que se pueden descomponer cuantitativamente las tasas de interés (cuestión ya analizada en § 30 y nota 530, y § 84 y nota 995), de boca de un economista que escribe en el periodismo para un público no necesariamente especializado:

«... la tasa de interés no es el costo del dinero, como comúnmente se dice, sino que es el conjunto de tres elementos que no pueden ser sustituidos por ninguna imprenta. El primer ingrediente es lo que se denomina la preferencia temporal. Como el factor tiempo no es indiferente para la gente, para que alguien esté dispuesto a postergar consumo presente por consumo futuro y prestar ese ahorro a un tercero, exige una compensación por esperar. Esto es lo que se conoce como tasa de interés originaria, y por eso la tasa nunca puede ser igual a cero. Además, quien preste también va a pedir una compensación por la expectativa que tenga sobre la variación en el poder adquisitivo del dinero. Si la tasa de inflación esperada es, por ejemplo, del 15% anual, el ahorrista pedirá que se le pague la tasa de interés originaria más la tasa de inflación esperada. Finalmente, quien está dispuesto a prestar su ahorro también evaluará el

hay una mayor concentración de operaciones en el sector comercial: en este segmento, muy pocas operaciones por montos muy importantes, inciden mucho más que una gran cantidad de operaciones dispersas entre muchos clientes por montos individualmente pequeños.

Otro factor de incidencia en esta materia, es el riesgo. La tasa de interés en las operaciones del sector comercial, están más cerca del concepto teórico de interés “puro” (§ 84). En palabras de Molinario, la “escoria” que implica el factor “riesgo” en la determinación de la tasa de interés contractual, es menor en las operaciones comerciales que en las de consumo. Y esta diferenciación se explica en razón de la mayor *asimetría de la información* que se observa en el sector de consumo, que en el del comercial: las normas del Banco Central exigen a los operadores financieros completar sus legajos con más datos de la historia de la empresa, así como de los proyectos para los cuales solicitan la financiación. En cambio, en el préstamo al consumo, los prestamistas en definitiva no tienen manera de tener buena información sobre el destino real que le darán los tomadores a los préstamos que solicitan. Por lo tanto, el “riesgo moral” es mayor, y también la “prima de riesgo”.

¹⁰⁷⁸ Coloma, ob. cit., ap. 1.1., p. 2.

riesgo de prestarlo. ¿En qué consiste? En evaluar si a quien le presta es suficientemente solvente para devolver el dinero en el momento pactado y los riesgos institucionales que afronta. Por ejemplo confiscaciones, aumentos en las cargas impositivas. A mayor riesgo institucional, mayor será la tasa de interés, y viceversa.¹⁰⁷⁹»

Con relación al último de los elementos mencionados –el riesgo y en particular el institucional–, además del criterio ya considerado de medirlo sobre la base de índice EMBI (ver nota 999), existen otros mecanismos para evaluarlo. En este sentido, se ha dicho:

«La prima de riesgo soberano depende, bajo el supuesto de inversores que son neutrales al riesgo, de la probabilidad de repudio de la deuda, ver por ejemplo, Edwards (1986). Basado en la discusión ... anterior, ... se propone una taxonomía de determinantes de la probabilidad de repudio de la deuda / riesgo país así como una descripción de las variables –y los datos– que se utilizan para aproximar cada uno de estos factores. La taxonomía propuesta agrupa a los factores explicativos en cinco grandes categorías: indicadores de performance macroeconómica –que captan las expectativas generales sobre el comportamiento de la economía–; indicadores de solvencia fiscal intertemporal; indicadores de liquidez sistémica; factores externos y de contagio; y otros factores domésticos. La descripción de variables utilizadas se limita a aquellas variables incorporadas a los resultados presentados en el documento. Los inversores perciben que un incremento sostenido del déficit fiscal reduce la capacidad de repago de la mayor deuda resultante y aumenta las probabilidades que el país repudie su deuda (entre en default) –lo que se traduce en un ajuste de la prima de riesgo soberano–. La variable utilizada para captar este efecto es la necesidad de financiamiento del sector público neta de privatizaciones y desestacionalizada»¹⁰⁸⁰

De lo expuesto surge por cierto, que uno de los factores que inciden en el denominado “riesgo país”, es la percepción de los mercados respecto de la capacidad o no de un estado de cumplir con sus compromisos (obligaciones tomadas para financiar sus actividades). A partir de ello es fácil ver que dicho problema se relaciona con la solvencia fiscal: el balance entre los ingresos del estado y sus gastos. En nuestro pasado reciente –se verá con datos concretos más adelante– ha sido frecuente que el Estado Nacional cerrara sus ejercicios en situación de déficit fiscal y que recurriera para cubrirlo al endeudamiento, a veces en los mercados internacionales y otras en el mercado interno. Esto ha dado lugar a un mecanismo circular de aumento de la tasa de riesgo que hace más caro el endeudamiento estatal, lo que a su vez incrementa su necesidad de financiamiento. Todo ello, repercute en los niveles de la tasa de interés en el mercado interno. Veamos un análisis sobre esta cuestión en particular:

«La trampa financiera combina varios elementos. Por un lado, el país tiene una gran necesidad de financiamiento externo para cumplir con sus compromisos de pagos en moneda internacional. Además, gran parte de ellos está constituida por intereses y amortizaciones de deudas tomadas previamente. De estas dos condiciones se desprenden algunas consecuencias inmediatas. En primer lugar, es relativamente pequeño el margen de reducción de la necesidad de financiamiento que podría lograrse a través de políticas gubernamentales de ajuste. Los incrementos posibles de superávit comercial y/o superávit primario fiscal dejarían de todas maneras abierta una gran necesidad de financiamiento. Esto implica que en cualquier caso, aun cuando se instrumenten los mayores ajustes, para que no se produzca el default de los compromisos financieros el mercado debe absorber un importante monto de nueva emisión de deuda.

¹⁰⁷⁹ Cachanosky, Roberto H., “El riesgo no baja con regulaciones”, en *La Nación*, 27 de junio de 2003, Secc. Economía, pág. 03.

¹⁰⁸⁰ Oks, Daniel y González Padilla, Gustavo, “Determinantes del riesgo país en Argentina durante 1994-99 - El rol de la liquidez sistémica, factores de contagio e incertidumbre política”, en el sitio de Internet de la Asociación Argentina de Economía Política: http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen_00/oks_padilla.htm.

Por lo mismo, existe una posibilidad nada remota de default, de modo que el precio de los papeles emitidos por el país incorpora una prima de riesgo relativamente alta. Las altas primas de riesgo incrementan las necesidades de financiamiento actual y futuras. Por otro lado, el arbitraje entre activos locales y externos hace que la suma de la tasa de interés internacional más la prima de riesgo país establezca un alto piso para la tasa de interés local. Por arriba de este piso opera la política monetaria para mantener el atractivo de los activos domésticos y evitar una liquidación masiva y la consiguiente corrida al dólar. Persistentemente, altas tasas de interés reales inhiben el crecimiento y tienden a incrementar la fragilidad del sistema financiero local.»¹⁰⁸¹

Por otro lado, estas tensiones sobre las tasas de interés generadas por la necesidad de financiamiento de los crónicos déficits fiscales, termina por trasladarse también al mercado cambiario. Las altas tasas de interés en el mercado interno constituyen un atractivo para inversores extranjeros, cuyas inversiones significan transitoriamente ingresos de divisas. El tipo de cambio, naturalmente es una variable de la política económica que afecta al sector productivo de la economía, por lo que es una preocupación de los gobiernos dar un cierto horizonte de previsibilidad a dicho sector. Por lo tanto, las políticas económicas suelen incluir algún mecanismo para mantener el tipo de cambio dentro de ciertos parámetros previsibles. Pero cuando tales políticas se aplican en contextos de necesidades de financiamiento de los déficits fiscales en los mercados de crédito, se producen nuevas tensiones que terminan por dejar sin financiamiento al sistema productivo. Éstas han sido descriptas en estos términos:

«Como, al mismo tiempo, se suele tratar de fijar un determinado tipo de cambio, lo que ocurre es que aparece la especulación. Es decir, surgen los arbitrajistas que venden dólares para comprar pesos, colocarse a tasa de interés y obtener fenomenales rentabilidades en dólares. Así, transitoriamente, se ve bajar el tipo de cambio y aumentar los depósitos en el sistema financiero. Al mismo tiempo, el aumento de la tasa de interés real pasiva se traduce en una tasa de interés real activa (la que los bancos les cobran a las empresas y familias), que hace imposible que el sector real de la economía pueda acceder a créditos con tasas de interés consistentes con su rentabilidad operativa. Un doble efecto produce el financiamiento del déficit fiscal con endeudamiento. En primer lugar, hace aparecer la tan criticada especulación financiera. En segundo lugar, deja sin financiamiento al sistema productivo. El final de estas historias de arbitrar tasas versus dólar que incentivan los gobiernos para financiar sus déficit fiscales es que los arbitrajistas deciden, en un determinado momento, realizar sus ganancias y recuperar el capital. En ese momento estalla el sistema financiero, se producen corridas cambiarias y todos entran en pánico.»¹⁰⁸²

La situación que se acaba de describir no ha sido un fenómeno aislado, sino por el contrario, ha sido la más corriente. El siguiente análisis compara el caso de los ejercicios fiscales en los que se ha verificado, no superávit fiscal (ni ejercicios equilibrados), sino “superávit primario” (diferencia entre ingresos y egresos antes del pago de los servicios de deuda):

«Tal como puede apreciarse ..., en un lapso de 29 años (1975-2003) el sector público nacional y provincial en su conjunto sólo presentó superávit primario en nueve ocasiones. Esto implica que en el resto de los ejercicios existió déficit fiscal primario, es decir que no se generaron recursos para pagar los intereses de deuda que se devengaron, menos aún el capital de la deuda que vencía. El resultado fue un típico comportamiento de bola de nieve en materia de endeudamiento. Lo anterior pone de manifiesto que el peso de la deuda ha impactado sobre la economía argentina no tanto por los recursos genuinos destinados a servirla sino por la incertidumbre derivada de un riesgo de insolvencia creciente. Cada plan

¹⁰⁸¹ Frenkel, Roberto “Similitudes entre Lula y De la Rúa”, *La Nación*, 27/07/2003, Secc. Opinión, pág. 08.

¹⁰⁸² Cachanosky, Roberto H. “Especulación y modelo productivo”, *La Nación*, 16/05/2003, Secc. Economía, pág. 02.

importante de estabilización (Austral en 1985, Convertibilidad en 1991) logró equilibrio o superávit fiscales, de menor o mayor importancia, que no pudieron ser sostenidos permanentemente, ya sea por cambios en las condiciones del ciclo económico o por las presiones ‘gastadoras’ que aparecen habitualmente cuando las aguas se aquietan.»¹⁰⁸³

Ahora bien, es de destacar que estos factores no son desconocidos para nuestros jueces. Si bien de las compulsas realizadas sobre la jurisprudencia en materia de límites a la facultad de pactar intereses ha resultado que rara vez los fallos explicitan los fundamentos sobre los cuales ponen límites a las tasas de interés (§ 29 ap. d)), también se han encontrado referencias a los mecanismos que operan sobre los niveles que éstas alcanzan (§ 86 ap. a). El caso encontrado en el que se realizara el análisis más minucioso, probablemente sea el del voto del Dr. Ahumada en su en el fallo referido en el APÉNDICE 14 como N° IV (ver resumen de los argumentos en nota 1171): además de la referencia a las causas que aquí se vienen considerando, incluye los que llama “factores y circunstancias culturales, sociológicas, políticas y hasta psicológicas”. No obstante ello, también es de señalar que casi nunca tales reflexiones inciden sobre las soluciones concretas que los jueces proponen. En el caso aquí citado, el voto del Dr. Ahumada quedó en minoría, por lo que sus argumentos no incidieron en la solución del caso.

Pero ahora, luego de analizada la incidencia sobre las tasas de interés, de los distintos factores en general (el riesgo país, la situación fiscal y su vinculación con ciertas políticas económicas de un gobierno, la inflación, etc.), conviene analizar la forma particular en que tales factores se han combinado en los últimos años y los resultados que produjeron sobre los niveles cuantitativos de dichas tasas, considerando los datos disponibles a la fecha de elaboración del presente trabajo.

Durante los años 1993 a 1997, conforme lo señalado en los análisis anteriores, el problema de la presión sobre las tasas de interés estuvo constituido por el déficit fiscal. Si bien durante esos períodos existió “superávit primario” (diferencia positiva entre ingresos y egresos, pero antes del pago de intereses de la deuda), dicho superávit no alcanzaba para el pago de los intereses de la deuda. Esto obligaba al Estado a buscar financiamiento para dicho déficit. Los valores de dicho déficit fueron los siguientes:¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸³ Nadín Argañaraz, “Superávit no recesivo por definición”, *La Nación*, 14/9/03, Secc. Economía, pág. 08.

¹⁰⁸⁴ Los datos sobre resultado fiscal de los años 1993 a 1997 se han tomado del sitio web del Ministerio de Economía de la Nación, www.mecon.gov.ar/download/infoeco/apendice6.xls. En dicho sitio se accede a una planilla de cálculo, en cuya hoja A6.1 (A) se encuentran las series de datos desde el año 1993 hasta el año 2006 inclusive. Los datos citados corresponden a los valores del Rubro XIV) Superávit Primario sin Privatizaciones y XVII) Resultado Financiero sin Privatizaciones. El superávit “primario” expresa el resultado de ingresos y egresos, antes del pago de los intereses de la deuda. El Resultado Financiero, expresa el mismo resultado anterior, pero con el descuento de los intereses de deuda pagados.

	1993	1994	1995	1996	1997
Superávit Primario	5.121,2	2.333,1	1.539,0	-1.281,4	1.446,9
Resultado Financiero	2.207,2	-817,2	-2.544,5	-5.889,3	-4.341,4

Para analizar la evolución posterior al año 1997, habrán de ayudar algunos gráficos. En el Cuadro 15 se puede observar la correlación del “riesgo país” (medido por el índice EMBI Argentina: EMBI¹⁰⁸⁵) y la inflación (medida por el índice de precios consumidor que publica el INDEC: el IPC)¹⁰⁸⁶, con la evolución de las tasas de interés (activa y pasiva) según datos correspondientes al período comprendido entre enero de 1998 y agosto de 2009. Para reflejar la variación de la tasa activa se han tomado dos puntos de referencia. Por un lado “Tasa Activa Cartera General Diversas”, expresadas en “por ciento” anual, del Banco de la Nación Argentina (Tasa Activa BN).¹⁰⁸⁷ Por otro lado, se expone la variación de la tasa promedio ofrecida por ciertas entidades financieras a empresas de primera línea, para préstamos a treinta días de plazo (Tasa Prime BCRA).¹⁰⁸⁸ Los valores de la tasa pasiva (plazo fijo entre 30 y 59 días de plazo) han sido tomados de las estadísticas que publica el Banco Central de la República Argentina (Tasa Pasiva Promedio BCRA).¹⁰⁸⁹ Los valores correspondientes a porcentajes anuales (tasas de interés e inflación) se reflejan en el eje vertical de la izquierda del gráfico. Los correspondientes a “puntos EMBI”, sobre el eje vertical de la derecha.

Para visualizar gráficamente con más detalle la relación entre las tasas de interés, la inflación y el riesgo país, antes y después de la crisis financiera del 2001-2002 (o sea a partir del 2003), se puede recurrir al gráfico individualizado como Cuadro 16. De dicho cuadro se

¹⁰⁸⁵ Los datos del índice EMBI Argentina son elaborados por el Banco J. P. Morgan (Chase) según se indicó en la nota 999.

¹⁰⁸⁶ El Índice de Precios al consumidor Gran Buenos Aires ha sido tomado del sitio web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (<http://www.indec.gov.ar>), según la serie de empalme del índice con base abril de 2008=100, con las anteriores series 1943, 1960, 1974, 1988 y 1999. Los datos se exponen en el gráfico como porcentajes anuales, que se obtienen dividiendo el índice correspondiente a cada mes, por el índice correspondiente al mismo mes del año anterior.

¹⁰⁸⁷ Los valores de la Tasa Activa del Banco de la Nación han sido tomados, a los efectos de la confección del gráfico, del sitio del Colegio Público de Abogados de Capital Federal (<http://www.cpacf.org.ar/tasasNET/ValoresTasas.aspx>) y se expresan en valores diarios en “por ciento anual”. Asimismo, la página web de la citada institución, <http://www.bna.com.ar/> confirma la vigencia actual de la tasa del 18,85% anual desde el 26/9/03.

¹⁰⁸⁸ La estadística correspondiente a la tasa promedio cobrada por entidades financieras a empresas de primera línea, fue publicada por el Banco Central: <http://www.bcra.gov.ar>. Una vez en el sitio se elige la opción Estadísticas e indicadores, y luego la opción Monetarias y Financieras. Y por último la opción “Tasas de interés por préstamos a empresas de primera línea (serie diaria - abril de 1993 a julio de 2009) – Serie Mensual”. Los valores corresponden a la información provista por un grupo de 15 entidades financieras (hasta agosto de 2000) o por la totalidad de las entidades financieras con casas en Capital Federal y Gran Buenos Aires (a partir de setiembre de 2000). Dicha información se discontinuó en el mes de agosto de 2009. En todos los casos, los valores son expresados por el Banco Central como promedios mensuales en porcentajes anuales. Los valores no corresponden a operaciones concertadas, sino a tasas ofrecidas. Para los meses de diciembre de 2001 y marzo a julio de 2002 no se proveyeron datos, por lo que en el gráfico los valores fueron interpolados.

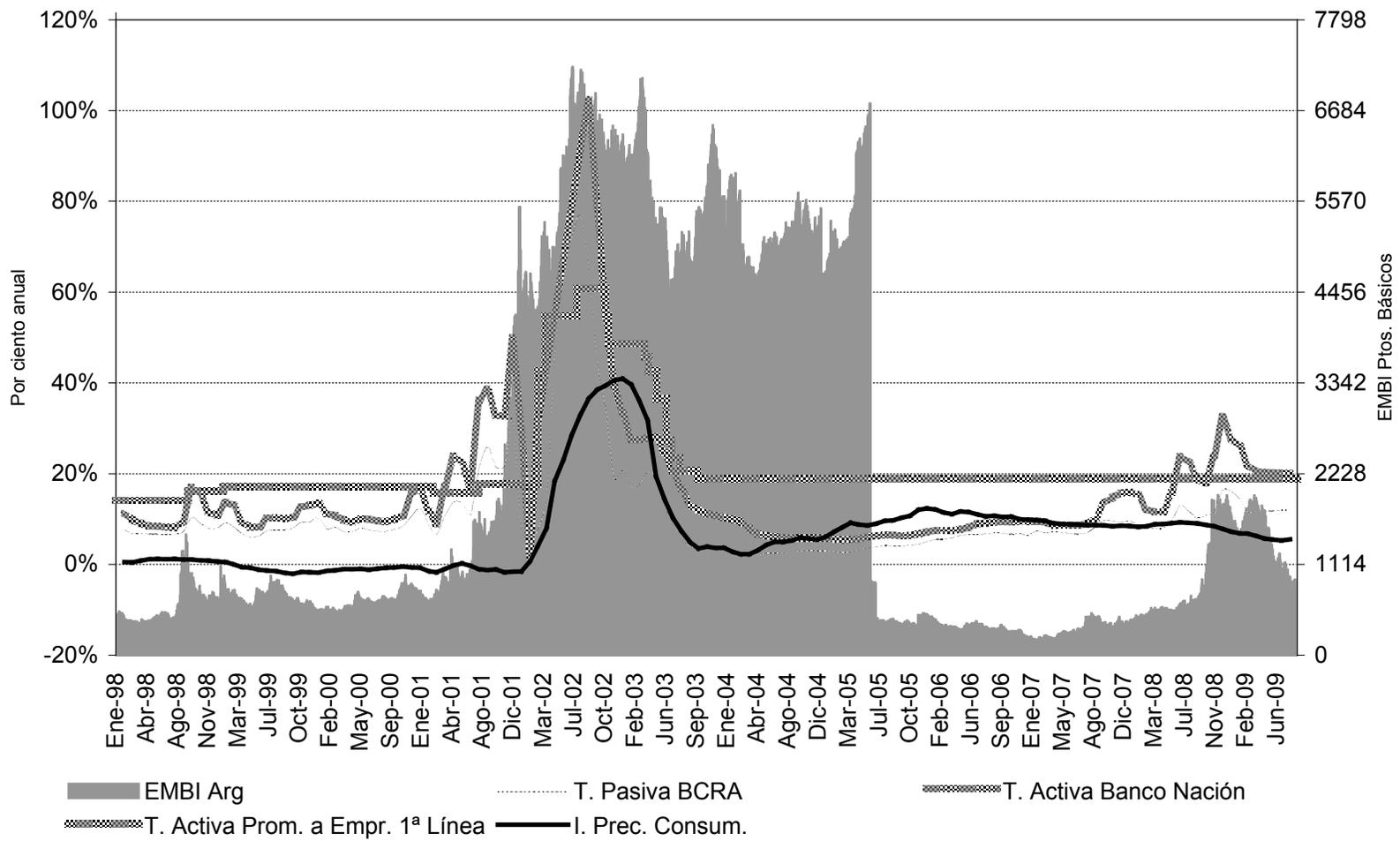
¹⁰⁸⁹ El Banco Central de la República Argentina elabora dicha estadística sobre la base del promedio diario de tasas de interés y se publican en el sitio web de la entidad mencionado en la nota 1088. Una vez en el sitio se elige la opción Estadísticas e indicadores, y luego la opción Monetarias y Financieras. Y por último la opción “Tasas de interés por depósitos (Serie Mensual)”. Dentro de dicha planilla, se tomaron los datos correspondientes a la hoja “Serie_Mensual” y la columna correspondiente a Plazo Fijo de 30 a 59 días de plazo (columna F). Dichos datos corresponden al promedio de entidades tanto del sector privado como del público.

han eliminado los valores extremos alcanzados por las mencionadas variables durante dicho período. De esa manera se evita el “achataamiento” de las curvas correspondientes a los valores más “normales” registrados con anterioridad y con posterioridad, y se puede observar su evolución más detalladamente.

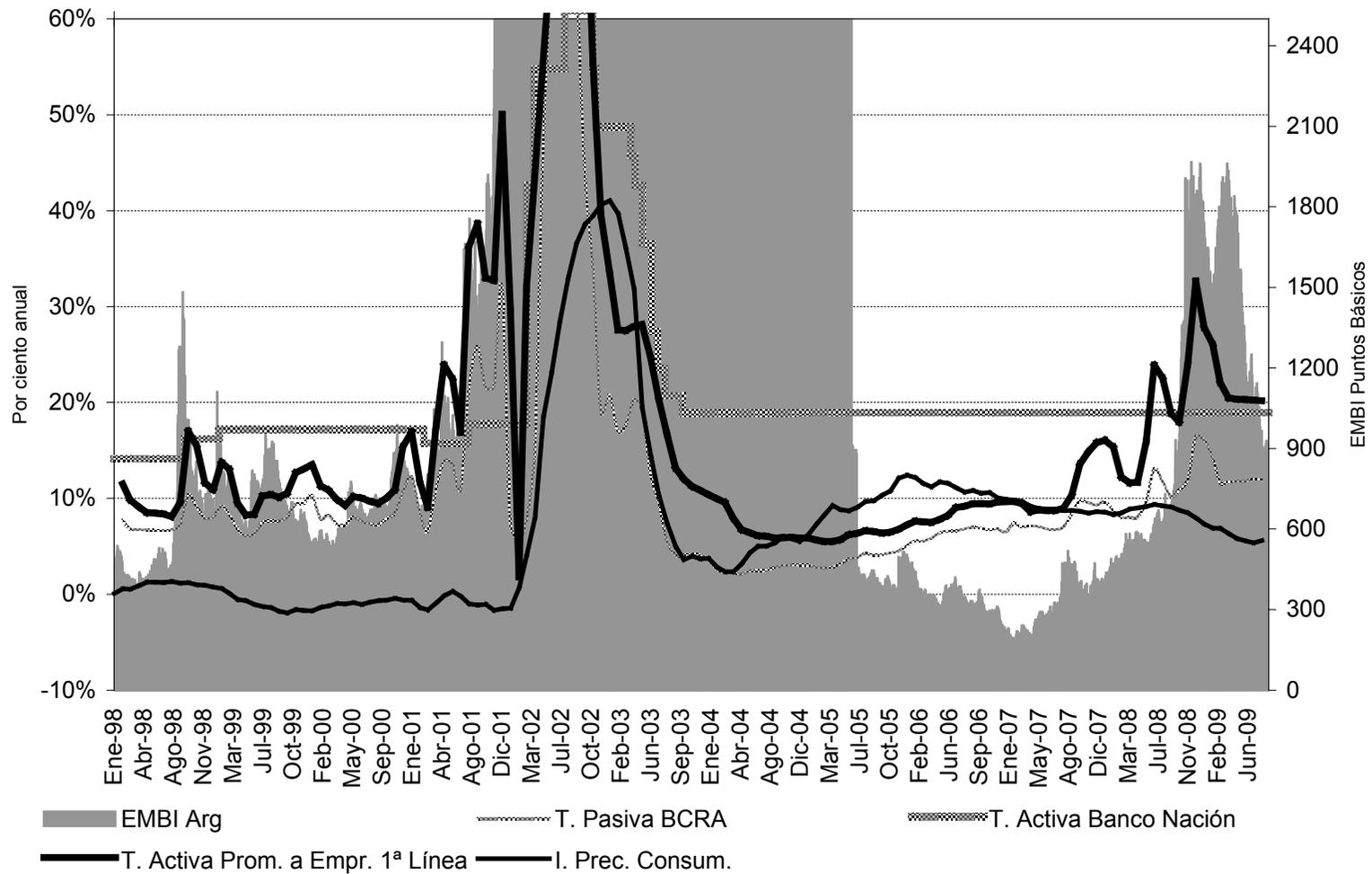
El Cuadro 17 muestra la correlación entre la evolución de las tasas de interés durante el período enero de 1998 hasta junio de 2009, con el resultado fiscal del Sector Público Nacional no Financiero (Base Caja, por Trimestres). A tal efecto se han tomado el Resultado Primario (Sin privatizaciones) y el Resultado financiero (Sin privatizaciones). De manera similar a los dos cuadros que comparan el “riesgo país”, se ha confeccionado un segundo, el Cuadro 18, que compara solamente la Tasa Prime BCRA (para simplificar con ello la visualización del gráfico, con los resultados fiscales (Resultado Primario y Resultado financiero), por el mismo período. Se han eliminado los valores “pico” de las tasas de interés correspondientes a la crisis de 2001/2002, con el propósito de evitar el mencionado “achataamiento” de las curvas correspondientes a períodos con valores muy inferiores a los de la crisis del default.¹⁰⁹⁰ En los dos últimos cuadros, los valores correspondientes a porcentajes anuales (tasas de interés e inflación) se reflejan en el eje vertical de la izquierda y tanto el correspondiente a superávit primario como a resultado financiero, sobre el eje vertical de la derecha.

(continúa en la pág.393)

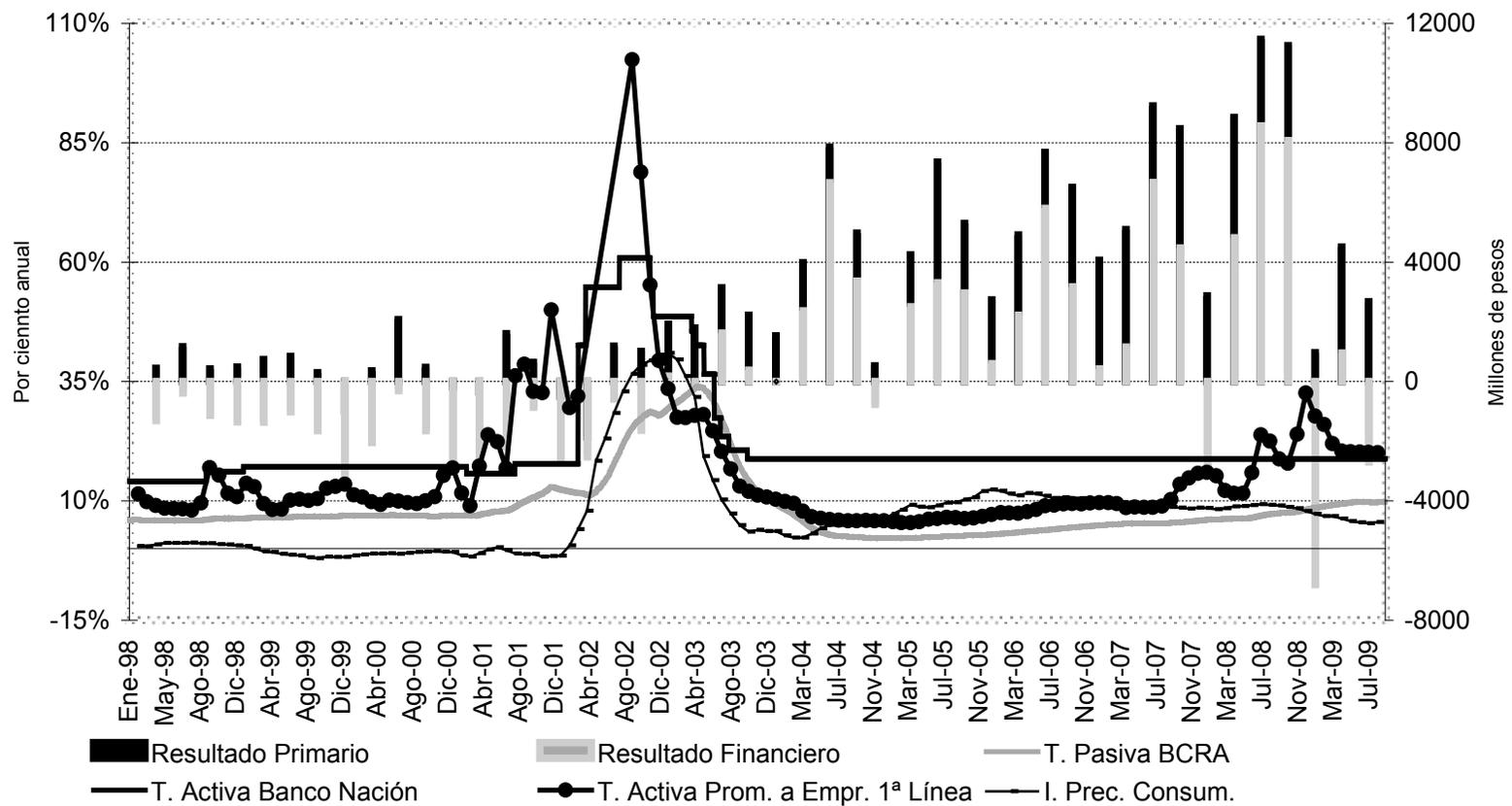
¹⁰⁹⁰ Los datos sobre resultado fiscal para la confección de los gráficos del Cuadro 17 y del Cuadro 18, se han tomado de las fuentes citadas en la nota 1084. En este caso se han tomado los datos trimestrales de las hojas A6.1 (T) y A6.1 (T) Cont de la misma planilla de cálculo considerada en la nota antes citada. En la hoja A6.1 (T) se encuentran las series de datos hasta el año 2006 inclusive, y en la hoja A6.1 (T) Cont los correspondientes a los años 2007 al segundo trimestre del 2009. La fuente para los datos sobre intereses e inflación, son los mismos que las correspondientes al Cuadro 15 y al Cuadro 16.



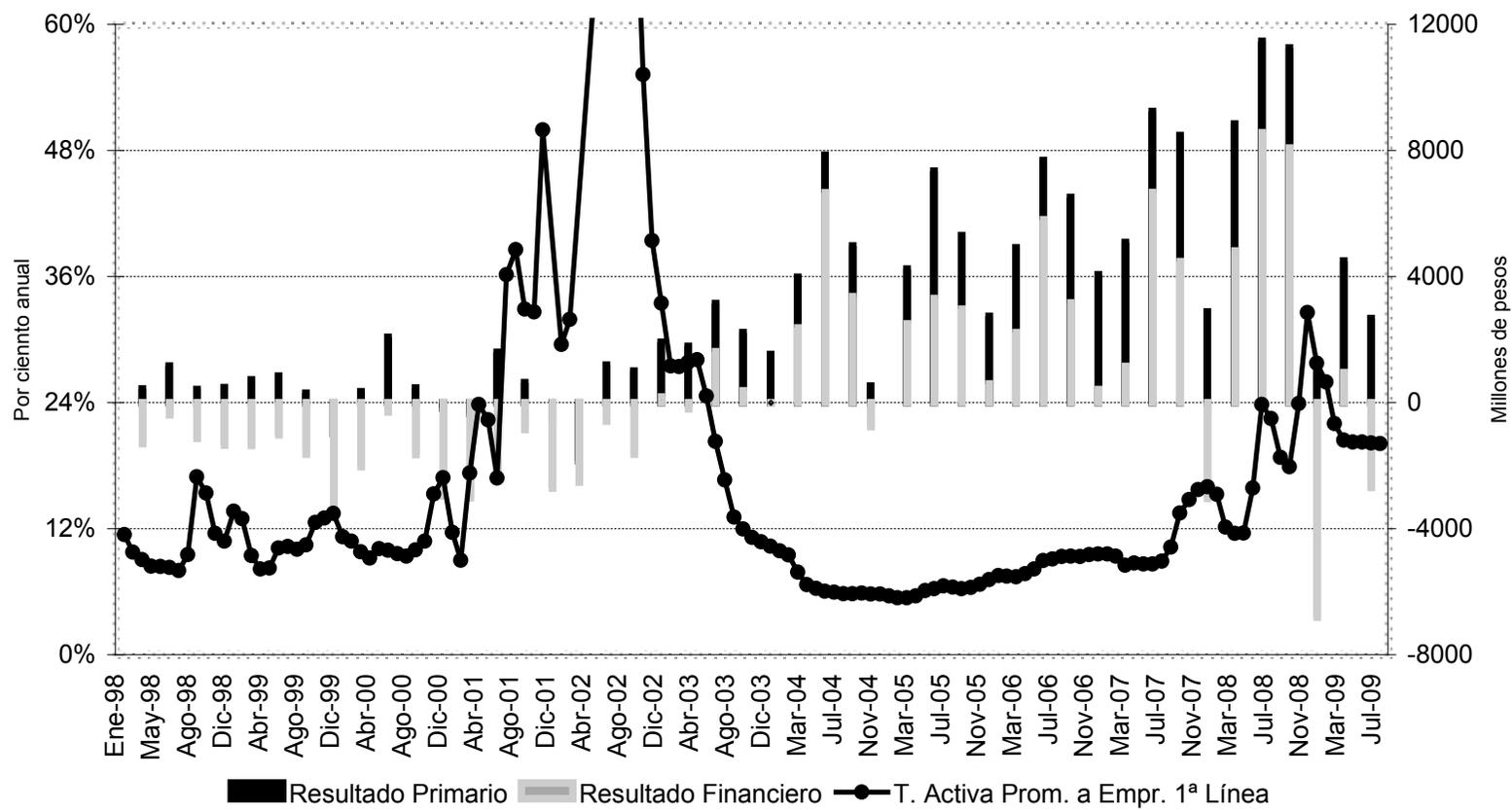
Cuadro 15– Comparación: Tasas de Interés con Riesgo País e Inflación (Información completa)



Cuadro 16– Comparación: Tasas de Interés, Riesgo País e Inflación (excluidos valores extremos del default)



Cuadro 17 – Comparación: Tasas de interés y Resultado Fiscal (enero de 1998 a junio de 2009)



Cuadro 18– Comparación: Sólo Tasa Prime BCRA y Resultado Fiscal (enero de 1998 a junio de 2009)

Veamos ahora los indicadores previos a la crisis financiera de 2001-2002. El gráfico del Cuadro 17 (y con más claridad el Cuadro 18) nos muestra que todos los trimestres previos al *default* de diciembre de 2001, arrojaban déficit financiero (luego del pago de los intereses de la deuda). No obstante ello, todavía los tomadores de deuda emitida por el Estado seguían confiando (relativamente) en su capacidad de pago, y ello no se reflejaba tan significativamente (como habría de suceder después) en la evolución del “riesgo país” (ver Cuadro 15 y con mayor claridad en el Cuadro 16): hasta agosto de 1998 el índice EMBI para Argentina osciló entre 400 y 600 puntos. A partir de agosto de 1998 dicho índice tuvo un primer salto a valores del orden de los 1000 puntos, que evolucionó en forma de “serrucho” hasta agosto de 2001, en que alcanzó valores de 1755 puntos y a partir de ahí, el “serrucho” empezó a moverse en un escalón más arriba. En octubre de ese año ya empezó a pasar los 2000 puntos, para alcanzar el 24/12/01 (ya declarado el *default*) los 5501 puntos. A partir del último trimestre de dicho año 2001, todas las demás variables que se habían mantenido más o menos “paralelas” a la evolución del índice EMBI Argentina, tuvieron también un salto. Dicho indicador llegó a superar los 7200 puntos entre julio y agosto de 2002. En este momento las tasas de interés alcanzaron también sus máximos valores: durante el mes de agosto de 2002 la Tasa Prime (BCRA), alcanzó un promedio del 102,38% anual, la Tasa Activa BN se colocó durante dicho mes en el 60,83% anual y la Pasiva Promedio (BCRA) para dicho mes fue del 65,05%, previo haber llegado a su máximo valor del 76,70% promedio para el mes de julio de 2002.¹⁰⁹¹

Como surge del Cuadro 17 y del Cuadro 18, desde fines del año 2002 y principios del 2003 la República Argentina comenzó a mejorar su situación fiscal: empezó a obtener superávit financiero (claro que sin normalizar el pago de su deuda). Esto último se reflejaba en los valores del índice EMBI Argentina, que siguieron elevados (ver Cuadro 15). También mejoró el superávit en el comercio exterior (que le permitía obtener un mejor panorama en el plano de la relación del peso frente al dólar). Estos son los llamados comúnmente los “superávits gemelos”.

En correlación con los datos antes señalados, a partir de julio de 2003 se volvieron a registrar tasas anuales de inflación, medidas por el índice de precios al consumidor, de un dígito (7,31%), luego de haber alcanzado un máximo del 40,95% en diciembre de 2002).

¹⁰⁹¹ Sobre la fuente de estos datos, ver notas 1087, 1088 y 1089. Es del caso aclarar acerca de la relatividad de los valores de tasas de interés alcanzados durante la fase más aguda de la crisis, puesto que pasados aproximadamente los 1500 puntos de riesgo país, no se tiene acceso a los mercados voluntarios de crédito.

Como consecuencia, primero del *default* y luego de la mejora de su situación fiscal, el Estado dejó de financiar sus déficits en el mercado financiero interno (la devaluación licuó el gasto público y mejoró el tipo de cambio real), y por ende dejó de competir con el sector privado por los recursos financieros disponibles en el mercado interno (ver cita de nota 1081).

En este contexto, se empezó a verificar un progresivo descenso de las tasas de interés, tanto activas como pasivas, no obstante que el riesgo país, medido por el índice EMBI siguió registrando valores muy altos.¹⁰⁹²

Durante el año 2005, la inflación empezó aumentar levemente y durante un tiempo ello no tuvo una influencia directa en la variación de las tasas de interés. El IPC que elabora el INDEC, desde septiembre de 2005 a fines del 2006 empezó a registrar tasas anuales ligeramente superiores al 10% anual. Y a partir del año 2007, se sumó al problema de la inflación, la desconfianza respecto de los valores de las estadísticas informadas por el citado Instituto. Si bien los valores arrojados por la estadística oficial se mantuvieron siempre en valores de una sola cifra, las estimaciones de todos los observadores privados coincidieron en que la inflación real durante 2008 habría oscilado entre un 20% y un 25% anual. Y las estimaciones privadas de la inflación durante el 2009 la calculan en un 15% anual, aproximadamente (los valores menores que en 2008 son consecuencia de la crisis internacional, y la disminución local del ritmo de actividad económica, aunque la tendencia para 2010 es de ascenso).

Así las cosas, la tasa pasiva que se había mantenido siempre por sobre la inflación, a partir de mayo de 2004 (ver Cuadro 16) empezó a ser negativa con relación a la citada variable.¹⁰⁹³ Por su parte, desde fines de 2007 la situación fiscal empezó a ser más ajustada.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹² Aunque a partir del canje de la deuda que llevó a cabo el gobierno nacional a principios de 2005 (que no regularizó totalmente los pagos, toda vez que quedó un porcentaje de acreedores que no aceptó dicho canje –los denominados *hold outs*– más los acreedores del denominado *Club de París*), se empieza a registrar una fuerte caída de los valores del citado índice (desde más de 6000 puntos a algo más de 900), durante junio de ese mismo año. En este punto (ver Cuadro 16) se vuelven a alinear los valores de las tasas de interés activas y pasivas, con la evolución del índice que mide el riesgo país y con la inflación (el índice de precios de febrero de 2004, medido contra igual mes del año anterior, había registrado una variación del 2,27% anual y se mantuvo en tasas de un dígito –un 9,68%– hasta agosto de 2005). La tasa Pasiva Promedio (BCRA) cayó del orden del 76,70% anual que había alcanzado en promedio para julio de 2002, a un 2,09% anual promedio para febrero de 2004 y se mantuvo en valores similares hasta principios del 2005 (en marzo de ese año el promedio mensual fue del 2,78% anual). Y la Tasa Prime (BCRA), bajó de más del 100% anual promedio en agosto de 2002 a un 5,42% anual promedio también para febrero de 2005. Y así como en el Cuadro 15 y el Cuadro 16, las líneas que representan las tasas de interés y la inflación expresan movimientos correlativos con la evolución del riesgo país, en el Cuadro 17 y el Cuadro 18 muestran que las líneas de las tasas de interés y de inflación se apartan de las barras verticales en los períodos en que los resultados fiscales son positivos.

¹⁰⁹³ Aún cuando –según las estadísticas oficiales– a partir de mayo de 2008 la Tasa Pasiva (BCRA) (cuyo promedio mensual fue del 9,66% anual) habría vuelto a superar a la inflación (que arrojó en dicho mes comparado contra igual período del año anterior, un 9,06%). Este hecho por cierto que es controvertido por todos los analistas independientes y por la percepción general. No obstante, más allá de los detalles estrictamente cuantitativos, la percepción de la negatividad de la tasa pasiva llevó al cambio de jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires (caso “Samudio de Martínez” nota 523), con relación a la remuneración del perjuicio moratorio en las obligaciones de dar sumas de dinero (art. 622 C. Civ.).

¹⁰⁹⁴ Los cuartos trimestres de 2007 y de 2008, así como el segundo trimestre de 2009, arrojaron resultado financiero negativo, y el resultado positivo del primer trimestre de 2009 fue muy ajustado, según muestra el gráfico del Cuadro 18. Lo dicho es más grave aún si se suma que la justeza de los números fiscales se verifica, no obstante que a partir de diciembre de 2008 (en virtud de lo dispuesto por la ley

A dichos factores se ha venido a sumar la crisis financiera internacional originada en los Estados Unidos entre el 2007 y 2008 con el mercado de créditos hipotecarios de “baja calidad”, que se propagara al resto del mundo durante mediados y fines del 2008. Ello, más el deterioro en la situación fiscal, y otros factores internos, se ha terminado por reflejar en un nuevo aumento del riesgo país, medido según el índice EMBI Argentina y un correlativo aumento de las tasas de interés, según se advierte en el Cuadro 16.¹⁰⁹⁵ Las señales de morigeración de la crisis internacional (o al menos la percepción de que la fase más aguda habría pasado), se ha reflejado en una disminución de los valores del índice EMBI Argentina.

Para ampliar la perspectiva dada por las tasas activas tomadas como referencia para los gráficos (Tasa Prime BCRA y Activa BN), se pueden citar estos otros valores para noviembre de 2008:¹⁰⁹⁶ por adelantos en cuenta corriente en moneda nacional, para personas físicas (sobre un total de \$ 1.451.368.000 de promedio de saldos diarios) fue de un promedio del 39,81% anual y para personas jurídicas (sobre una financiación promedio diaria de \$ 12.532.541.0000), fue del 28,17% anual, que hace un promedio ponderado general del 29,38% anual.¹⁰⁹⁷ Para operaciones de préstamos hipotecarios entre 5 y 10 años de plazo, para personas físicas (sobre un total de \$ 228.624.000 otorgados) la tasa fue de un promedio del 13,22% anual; y para personas jurídicas (sobre un total de \$ 9.638.000 otorgados), la tasa fue un promedio del 14,91% anual. Esto hace un promedio ponderado del 13,29% anual para ambos sectores.

La conclusión que se puede sacar de las consideraciones y datos expuestos, es –por un lado– que las fluctuaciones de los valores alcanzados por las tasas de interés (entendidas

26.425 y el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2104/2008), en las cuentas del Estado se suman los fondos correspondientes al stock de ahorro de los fondos de las personas que hacían aportes jubilatorios al sistema de capitalización, más los ingresos mensuales de los nuevos aportes posteriores a dicha fecha. Y que tales activos ingresan a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) con el destino de solventar el pago de nuevas obligaciones del Estado, como serán las jubilaciones de quienes efectuaron tales aportes.

¹⁰⁹⁵ Así el citado índice EMBI Argentina, después de haber alcanzado un mínimo (en el período que consideramos) de 289 puntos el día 13/10/06, comenzó a partir del 2007 a hacer nuevos “serruchos” alcanzando picos de 517 puntos el 16/8/07, 668 puntos el 15/7/2008, 930 puntos el 17/9/08, y sobrepasar los 1900 puntos entre los días 20 y 21 de noviembre de 2008, 12 y 16 de diciembre del mismo año y 25 y 30 de marzo de 2009, para luego empezar a descender de los 1000 puntos a partir de fines de julio de 2009. Por su parte, la Tasa Pasiva Promedio BCRA mensual, que para principios del 2005 apenas superaba el 2% anual, a partir de la segunda mitad del 2008 superó ya los dos dígitos anuales, para alcanzar un máximo del 16,32% anual en noviembre de ese año (en julio de 2009 se encontraba en el 11,95% anual). Por su parte, la Tasa Prime (BCRA), ascendió gradualmente de los poco más de 5% anual promedio de principios de 2005, hasta valores de casi el 10% anual promedio dos años después. Y a partir de ahí, comenzó oscilaciones siempre ascendentes, alcanzando un promedio del 15,99% anual durante diciembre de 2007, 23,88% durante junio de 2008 y 32,57% en noviembre de 2008. A partir de marzo de 2009 y hasta julio del mismo año se mantuvo en valores ligeramente superiores al 20% anual. En todo este período dicha tasa superó a la Tasa Activa del Banco Nación (que por ser una tasa general, supone que corresponde a clientes de un riesgo mayor que los de “primera línea” y por tanto deberían ser superiores a las cobradas a los clientes de mayor riesgo).

¹⁰⁹⁶ Los valores que se expresan a continuación fueron tomados de las estadísticas del Banco Central de la República Argentina (ver nota 1088), Estadísticas Monetarias y Financieras, “Tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero (Serie Mensual)”. Dentro de la planilla de cálculo correspondiente, se encuentran tres hojas: una denominada Serie_Mensual, que contiene los promedios de personas físicas y jurídicas y otras dos denominadas Serie_mensual_físicas y Serie_mensual_jurídicas. Los datos para operaciones de adelantos en cuenta corriente se ubican en las columnas D, E y E respectivamente.

¹⁰⁹⁷ Estas cifras muestran la escasa participación de los consumidores dentro del total de las financiaciones otorgadas por el sistema: sobre un total de \$ 13.983.909.000 de adelantos en cuenta corriente, fueron otorgados un 10,38% a personas físicas y un 89,62% a personas jurídicas.

como promedios del mercado) no pueden explicarse (si no en una parte muy poco significativa) por factores individuales referidos a las partes contratantes. Menos aún por el mayor o menor grado de “avaricia” de los acreedores. Tales factores individuales (como por ejemplo el “riesgo individual” o capacidad de repago de cada deudor: nota 994 y texto relacionado y § 84 ap. d) y nota 1012), operan solamente a partir de una base que se determina por los factores denominados *tasa libre de riesgo* (§ 84, nota 1005 y texto relacionado), y la *prima de riesgo general* (riesgo país, etc. según citas anteriores). Y esa base está influida fundamentalmente por factores macroeconómicos.

La segunda conclusión que se puede extraer es que, en caso que las presiones sobre la tasa de interés vuelvan a repetirse en el futuro, la política judicial sobre límites a las tasas de interés podrá hacer muy poco por solucionar los problemas que ello signifique, como sucediera con los sucesos acontecidos sobre finales de los años 90, hasta llegar a la crisis de 2001/2002.

e) *La política judicial de reducción de tasas frente a los criterios “externos” de justicia*

Estamos en condiciones ahora de analizar la doctrina judicial mayoritaria sobre la limitación de la facultad de pactar intereses a la luz de las causas de dicho problema, y los criterios de eficiencia, justicia y legalidad.

La primera distinción que el análisis de este problema requiere, es la relativa a si el pacto relativo a la determinación del tipo de interés aplicable a un contrato que implique concesión de crédito, se efectúa mediante la adopción de una tasa fija que regirá durante toda la vida del contrato, o si por el contrario, se ha recurrido a un parámetro externo a la voluntad de las partes (por ejemplo, la tasa LIBO más una cierta cantidad de puntos, en los casos de obligaciones en moneda extranjera, o la tasa BADLAR más otra cierta cantidad de puntos, en las obligaciones en moneda nacional).

Dicha diferencia es importante, porque en el primer caso el interés representa un *costo* cierto para el tomador de la financiación (nota 989 y texto relacionado) y una renta cierta para el dador de la misma. En el segundo caso, dicho interés es un costo indeterminado para el tomador del crédito y una renta incierta para el dador del crédito, que por tal razón constituye factor exógeno de *riesgo* para ambas partes del contrato (notas 1061 y 1062 y texto relacionado). En el primer caso, el riesgo del tomador de la financiación habrá de encontrarse en el empleo que le dé a los bienes o fondos obtenidos mediante el crédito (esperará que la utilidad que obtenga de tales empleos de los capitales recibidos supere el costo de la financiación). En el segundo, además del riesgo *operativo*, existe un riesgo *financiero*.

f) *La política judicial de reducción de tasas en operaciones a tasa fija*

Con relación al caso de financiación a tasa fija, es necesario, a la vez, efectuar varias consideraciones.

f-1°) La primera cuestión a dilucidar, habrá de ser la relativa al criterio de eficiencia para resolver cuál es el límite de intereses hasta el cual es razonable que pague un operador económico del sector productivo, interesado en tomar una financiación. Esta cuestión está determinada por el análisis de los factores antes denominados como Rentabilidad sobre los Activos (ROA) y Rentabilidad sobre los Recursos Propios (ROE) (nota 990). Dicho criterio indica que –en principio– será eficiente tomar un endeudamiento, siempre que la tasa de interés a la que se obtenga el mismo, no supere la rentabilidad de los activos adquiridos con la financiación. En otras palabras: la tasa de interés no debería superar la utilidad esperada por el negocio al cual se destinen los fondos obtenidos en la financiación (Cuadro 9, Cuadro 10 y nota 992).

Dicho análisis sin embargo, puede modificarse en función de la introducción de otro factor: el criterio de eficiencia debe tener en cuenta también, según vimos, cuál es la fuente de financiación más adecuada para realizar el negocio que el operador económico se propone: el endeudamiento con terceros (cuya tasa nunca debería superar la rentabilidad del negocio) o la financiación mediante recursos “propios”, o en qué proporción deberían ambos combinarse. Este análisis se logra mediante la utilización del factor que antes consideramos bajo el nombre del Costo Promedio Ponderado del Capital (CPPC) (nota 993 y texto relacionado).

Según los ejemplos que obran en el Cuadro 10, un aumento de la proporción de activos financiados con recursos de “terceros”, produce inicialmente un aumento de la rentabilidad de los accionistas –ROE–, siempre que la tasa a la que se obtengan los fondos de “terceros” se mantengan dentro de ciertos límites (nota 992), puesto que los accionistas se apropian de cualquier aumento del ROA por sobre la tasa de interés a la que se obtuvo la financiación. Pero esta situación a su vez está limitada por el hecho que se da a partir del momento en que los acreedores visualicen que la estructura de *deuda con “terceros”/capital “propio”* alcance un punto en que ellos (los “terceros”) están arriesgando más que los accionistas (sin el incentivo de la apropiación del excedente operativo por sobre el costo financiero). En este punto, los “terceros” es muy probable que decidan que no le darán nuevo endeudamiento, ni renovarían el existente, sin subir la tasa de la financiación otorgada (puesto que la *prima de riesgo* habrá aumentado para ese deudor, independientemente de que la tasa

promedio de mercado se haya mantenido constante: nota 994 y texto relacionado y § 84 ap. d) y nota 1012). Ello, porque el riesgo “individual” del tomador de los fondos, habrá aumentado.

f-2º) En este punto cabe preguntarse qué papel juega en los criterios de determinación de la tasa razonable de interés, la tasa promedio o corriente “de mercado”. A propósito de esta cuestión es conveniente aclarar que no es adecuado referirse a la “tasa de mercado” como si esta se pudiera expresar mediante un valor único. Por el contrario, según lo ya antes considerado en este mismo trabajo (§ 85), para establecer comparaciones entre distintas tasas de interés, se debe tener en cuenta si se trata de operaciones que trabajen con el mismo tipo de tasas (adelantadas o vencidas: subapartado b), y que se apliquen a operaciones en las que los períodos de percepción de intereses sean idénticos d).¹⁰⁹⁸ De lo contrario, la comparación solamente es posible si se llevan ambos términos a la “tasa efectiva anual” (§ 85 subap. d). Por último, habrá de considerarse también las particularidades que puedan surgir de los distintos mecanismos jurídicos de generación de intereses que se empleen en las operaciones que se comparen (§ 85 subap. e). Por otro lado, los valores promedio de mercado no son comparables entre sí, si no se considera el tipo de cliente con relación al riesgo individual que el mismo representa.

Los criterios que se acaban de desarrollar más arriba sobre la determinación de las tasas de interés para operadores del sector productivo, dan como resultado una diferenciación entre el costo habitual para la financiación de las llamadas “empresas de primera línea” y los tomadores de más alto riesgo, esto es las pequeñas y medianas empresas (PYMES), en el otro extremo del rango. Esta diferenciación no es resultado de un capricho, sino que, por responder a criterios racionales de análisis del riesgo, está inducida por las regulaciones que rigen el funcionamiento del sistema financiero.

Como ya se ha dicho, el funcionamiento del mercado financiero está caracterizado por los problemas de asimetría de la información, selección adversa y riesgo moral (nota 1070), que dan lugar a las llamadas “fallas de mercado” (nota 1071), para lo cual existe una fuerte supervisión del funcionamiento de dicho mercado, a los fines de corregir tales fallas. El que otorga la financiación, no obstante haber realizado un análisis del riesgo crediticio que asume, al otorgarle la financiación a un sujeto determinado, no puede controlar qué destino específico le dará a los fondos obtenidos el tomador, de modo que pueda cambiar el riesgo

¹⁰⁹⁸ Ver el caso “Conservas Vegetales c/ Chebaia” (C.N.Com., Sala D, 31-10-77) citado en nota 511. Dicha diferenciación en las tasas “nominales” según el plazo de duración de la operación, que es generalizado en todo el sistema financiero, se puede percibir también en la información estadística del BCRA mencionada en la nota 1096 titulada “Tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero (Serie Mensual)”.

analizado. Dicho posible cambio sería un hecho consumado, frente al que podría hacer muy poco. Esto constituye un factor de riesgo *endógeno* (esto es que depende de la voluntad de una de las partes y que la otra no puede controlar), *ex-post* (porque se manifiesta después de celebrado el contrato) que es una suerte de *riesgo moral*. Para cubrirse de esta situación, el dador de la financiación recarga su costo en forma más o menos constante a su clientela, por no saber quién incurrirá en esta conducta (notas 1064 y 1070 y textos relacionados). Por otra parte, dado el carácter de intermediarios de las entidades financieras (esto es tomadoras de depósitos del público para colocarlo en financiaciones a las empresas y otros demandantes de recursos financieros), la posibilidad de que los depósitos captados puedan ser devueltos por los intermediarios a los inversores, está íntimamente relacionada con el destino que los intermediarios den a tales depósitos: esto significa que si los préstamos otorgados por las entidades financieras no son recuperados, existe una alta probabilidad de que los depósitos tampoco puedan ser cobrados por los depositantes a su turno. En nuestro país, estas circunstancias han dado lugar –como es sabido– a la regulación establecida por la ley 21.526 y a la creación de un ente de control y aplicación, que es el Banco Central de la República Argentina (BCRA), que da a conocer sus reglamentaciones mediante comunicaciones.

Dentro de las regulaciones que tienen como resultado una segmentación de los costos de las financiaciones que las entidades financieras (que por cierto ocupan un lugar más que significativo dentro del total de financiaciones que se otorgan dentro de nuestra economía) otorgan a sus clientes, se encuentra por ejemplo el Texto Ordenado de Clasificación de Deudores. Según la actualización vigente al 28/8/09, todos los clientes de las entidades financieras que hayan recibido financiaciones, deberán ser clasificados “desde el punto de vista de la calidad de los obligados en orden al cumplimiento de sus compromisos y/o las posibilidades que a este efecto se les asigne sobre la base de una evaluación de su situación particular” (punto 1.1 texto mencionado). El criterio principal para llevar a cabo dicha clasificación por parte de cada entidad financiera, es la evaluación de la capacidad de pago de cada cliente, medida en primer lugar según el análisis de los “flujos de fondos” (balance entre ingresos de caja y egresos de caja) del mismo, y en segundo lugar, la posibilidad de liquidación de activos no imprescindibles para la operatoria de la empresa (puntos 4.2 y 4.3 norma citada). A su vez la cartera de clientes se dividirá en “cartera comercial” y “cartera para consumo y vivienda” (punto 5 norma citada). Además del ya citado criterio de evaluación del riesgo a partir de los flujos de fondos y la liquidación de activos prescindibles, que se reiteran, también las entidades habrán de evaluar el grado de exposición de sus clientes, a la luz de si tienen o no endeudamiento en moneda extranjera, y su capacidad para generar ingresos en esa

especie, y su situación frente a variaciones significativas del tipo de cambio (punto 6.2 norma citada). La clasificación de los clientes de cartera comercial debe incluir a cada cliente dentro de una de seis categorías: situación normal, con seguimiento especial, en negociación o con acuerdos de refinanciación, con problemas, con alto riesgo de insolvencia, irrecuperable e irrecuperable por disposición técnica. Los criterios para una u otra categoría tienen que ver con el grado de liquidez del cliente, su estructura de endeudamiento y su capacidad de ganancia, su capacidad de pago (o existencia de atrasos) tanto del capital como de los intereses de sus obligaciones, situación del sector económico al que pertenece, entre los más significativos (punto 6.5 norma citada). Será obligatoria la reclasificación, cuando un mismo cliente haya sido categorizado por al menos otras dos entidades financieras con más de un nivel de diferencia (punto 6.6 norma citada). Para ello, la información se publica en la “Central de deudores del sistema financiero” disponible en el sitio web del BCRA. Los clientes de cartera de consumo o vivienda también deben ser clasificados dentro de otras seis categorías equivalentes, aunque adecuadas a su diferente situación (relación entre los servicios en cumplimiento de la financiación y los ingresos regulares para atenderlos, atrasos en el cumplimiento de sus obligaciones, que cuanto más días impliquen determinará una clasificación más baja, recurrencia en refinanciaciones, existencia de acuerdos preventivos, etc.: punto 7 norma citada).

La clasificación de deudores debe hacerse por parte de las entidades financieras, de modo documentado, conservando un legajo por cada cliente, en que se conservarán los elementos de juicios que sustenten tal clasificación.¹⁰⁹⁹

El régimen de clasificación de deudores del BCRA está complementado a su vez por otro, cuyas normas han sido reunidas en el Texto Ordenado Previsiones Mínimas por Riesgo de Incobrabilidad. En su punto 1.1 esta norma establece que las entidades financieras deberán constituir provisiones por riesgos de incobrabilidad sobre todas las financiaciones comprendidas en el régimen de calificación de deudores. Tales provisiones deberán alcanzar los siguientes porcentajes, según el punto 2.1.1 de la norma citada:

Categoría	Con garantías preferidas	Sin garantías preferidas
1. En situación normal (puntos 6.5.1. y 7.2.1. de las normas sobre “Clasificación de deudores”)	1%	1%
2. a) En observación y de riesgo bajo	3%	5%

¹⁰⁹⁹ Normas sobre Gestión Crediticia (texto ordenado BCRA, al 28/8/2009, disponible en el sitio <http://www.bcr.gov>).

b) En negociación o con acuerdos de refinanciación	6%	12%
3. Con problemas y de riesgo medio	12%	25%
4. Con alto riesgo de insolvencia y de riesgo alto	25%	50%
5. Irrecuperable	50%	100%
6. Irrecuperable por disposición técnica	100%	100%

Una “previsión” es un concepto contable. Se constituyen provisiones ante eventualidades que puede afectar negativamente el resultado del ejercicio. Pueden consistir en provisiones de rubros del activo o del pasivo. Son ejemplos de provisiones del pasivo, las sumas que se estiman que pueden implicar el pago de indemnizaciones por despido al personal. En el caso se trata de un previsión de un rubro del activo, puesto la eventualidad consiste en la mayor o menor probabilidad (de ahí las categorizaciones obligatorias) de que un deudor de la entidad (un activo en su balance) pueda no pagar total o parcialmente sus obligaciones.¹¹⁰⁰ Como se advierte, este régimen induce fuertemente a que el mercado financiero (más allá de las mayores o menores diferencias de tratamiento de tasas aplicables a sus propios clientes, en función del riesgo atribuible a estos) establezca precios diferenciales en las tasas de interés, en función del segmento de mercado (clientes de mayor o menor riesgo) que cada entidad está interesada en captar. En efecto, no todos los clientes pueden ser atendidos por (o pueden conseguir créditos en) los bancos que prestan a las tasas más bajas, que se interesan en captar los clientes de menos riesgo. Y a partir de un grado de riesgo aún mayor, los clientes peor calificados por las entidades financieras, directamente no tendrán acceso a las financiaciones otorgadas por las entidades del sistema, sino que solamente podrán acceder a las otorgadas por personas o empresas ajenas a dicho circuito, y que fuera de toda regulación, cargarán el mayor riesgo de estos clientes a la *prima de riesgo* que incrementará la tasa de interés, seguramente que por sobre el límite del “techo” de las tasas del circuito.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la dispersión que muestran las tasas ofrecidas por las entidades del sistema en materia de préstamos personales a tasa fija a particulares (la información del BCRA no publica las tasas ofrecidas al sector de “cartera comercial” discriminado por entidad, sino solamente los promedios). Como se puede observar en el APÉNDICE 16, la dispersión de la tasa nominal anual entre entidades (sin considerar otros costos que conforman el llamado “costo financiero total”), para este tipo de operaciones oscila entre en 8,5% de mínima a un 133,95% de máxima. Con relación a las tasas ofrecidas para

¹¹⁰⁰ Quián, ob. cit., ps. 166 y 167.

financiaciones de saldos de tarjetas de crédito, se puede observar una dispersión similar en el citado APÉNDICE 16: entre el 85,17% y un 14% anual de tasa máxima y mínima. Por su parte, el promedio simple de tasas cobradas efectivamente por las entidades financieras, para el mes de julio de 2009, fue para préstamos personales hasta 180 días de plazo fue del 35,24% anual y para más de 180 días de plazo, del 36,66% anual. Para financiaciones de consumos con tarjetas de crédito, el promedio simple de julio de 2009 fue del 34,16% anual.¹¹⁰¹

Por esta otra razón, tampoco se puede hablar de una única tasa de mercado, sin hacer referencia al tipo de cliente de que se trate.

f-3°) Veamos ahora la cuestión de las tasas de interés a la luz de los criterios de *justicia*.

Respecto de financiaciones otorgadas a clientes “de cartera comercial”, mientras la tasa pactada por las partes en un contrato de financiación cualquiera, se mantenga por debajo la rentabilidad del negocio al cual se aplican los fondos (ROA), no se advierte ningún conflicto de “justicia”, por el hecho que la tasa pactada pudiera superar la tasa “promedio de mercado”. Ello sin considerar aún, la posibilidad de que el tomador de la financiación la haya dado a los fondos un empleo que haya podido aumentar el riesgo considerado al momento de la concertación del contrato. Según la adaptación por analogía del segundo criterio de justicia de Rawls (§ 87 ap. c), este sería un contrato que otorga ventajas a ambas partes (un *win-win agreement*). Y no afecta racionalmente a la Justicia, que las ventajas que obtienen ambas partes sean diferentes. Tampoco se advierte una lesión a la “moral y a las buenas costumbres” (art. 953), que a menos que se aporte una fundamentación específica, dicho standard debería entenderse subsumido en el concepto de Justicia.

Menos aún es del caso comparar los criterios de eficiencia “financiera”, con el costo ideal que usan muchos tribunales, a modo de “precio justo” (por ejemplo, fallos citados en § 29, ap. d), subap. (i) y ap. e) subap. (i) y (v)). En efecto, en estos casos hay una verdadera petición de principio: se da por demostrado lo que se debe demostrar, que es dónde está la injusticia de que se pacte un interés mayor del 30% anual, por ejemplo (fallos N° XXIX, XXXIX y XL del APÉNDICE 15, entre otros), sin indagar la rentabilidad a la que se dedicaron los fondos obtenidos en la financiación. Y que no se diga que dicha investigación está más allá del debate que se puede dar en un proceso judicial, o que es una prueba “diabólica”, puesto que el ROA es un índice que se obtiene de los datos de la contabilidad del tomador del préstamo, según la fórmula ya explicada en forma sucinta (nota 990).

¹¹⁰¹ Fuente de los datos: información estadística del BCRA, según nota 1096.

Con relación a las financiaciones a tasa fija otorgadas a personas físicas (cartera “de consumo”), es cierto que el único punto de comparación es la tasa corriente de mercado (§ 87 ap. c), pero con la salvedad referida al nivel de riesgo individual de cada cliente (nivel de ingresos, historial de cumplimientos, etc.).

f-4º) Queda por considerar el problema de la justicia de las tasas de interés pactadas en valores superiores a la utilidad que pueda obtener el tomador de la financiación, respecto del empleo que le dé a los fondos.

Naturalmente que este sería un caso de un contrato con riesgos para ambas partes: para el tomador de la financiación, porque lo perjudicará patrimonialmente; y para el que otorga la financiación es un contrato de alto riesgo, porque es probable que al arrojar un resultado negativo para el tomador, éste se encuentre en dificultades para poder cumplir un contrato con estas características.

Por tal razón es muy difícil que una entidad financiera esté interesada en celebrar un contrato de estas características, puesto que las normas antes citadas sobre clasificación de deudores y de provisiones por riesgos de incobrabilidad, desalentarían seguramente su realización.

El artículo 6.5.4.1 de las normas sobre Calificación de Deudores del BCRA (texto ordenado al 28/9/09) dice que deberá ser clasificado con “alto grado de insolvencia” el cliente cuyo análisis de flujo de fondos:

«presente una situación financiera ilíquida y muy alto nivel de endeudamiento, con resultados negativos en la explotación y obligación de vender activos de importancia para la actividad desarrollada y que materialmente sean de magnitud significativa. El flujo de fondos es manifiestamente insuficiente, no alcanzando a cubrir el pago de intereses, y es factible presumir que también tendrá dificultades para cumplir eventuales acuerdos de refinanciación.»

El artículo 6.5.5.1 de la citada norma, por su parte, agrega que el cliente deberá recibir la clasificación de “irrecuperable”, en caso que su flujo de fondos presente

«una situación financiera mala con suspensión de pagos, quiebra decretada o pedido de su propia quiebra, con obligación de vender a pérdida activos de importancia para la actividad desarrollada y que materialmente sean de magnitud significativa. El flujo de fondos no alcanza a cubrir los costos de producción.»

En estas circunstancias, en el caso de ser clasificado el cliente como “con alto grado de insolvencia”, deberá provisionar –según el punto 2.1 de las normas del BCRA sobre Provisiones Mínimas por Riesgo de Incobrabilidad (texto ordenado del 29/2/08) el 50% del total de la deuda (a menos que cuente con garantías preferidas, en cuyo caso deberá provisionar el 25%) y si la clasificación fuera de “irrecuperable”, la previsión deberá alcanzar al 100% del total de la deuda (a menos que cuente con garantías preferidas, en cuyo caso deberá provisionar el 50%).

Este contexto determina que, a menos que los flujos de fondos provenientes de los demás negocios del cliente compensen el resultado negativo de la operación, la misma habrá de ser perjudicial para la entidad financiera. Aún así, antes de afirmar la “injusticia de una transacción como esta, sería necesario analizar las motivaciones que llevan al tomador de la financiación en estas circunstancias aparentemente inconvenientes.

f-5°) Por último habremos de referirnos a la cuestión del encuadre legal, según nuestra opinión, que merece el problema de los límites a la tasa de interés a pactar por las partes.

Esta cuestión encuadra mejor –a juicio del que escribe– en la regla del art. 954 del Cód. Civil, que en la genérica fórmula del art. 953. No se trata de sostener que el art. 953 es ajeno a la problemática del nivel de razonabilidad de las tasas de interés, sino que se dice que para hacer uso de esta regla es necesario por parte de los jueces, dar razones de los criterios de aplicación (§ 87 ap. a)). Y en esta perspectiva, el art. 954 constituye una guía orientadora de los criterios relevantes para juzgar la justicia de la transacción.

El texto del art. 954 (ver nota 500) establece que deberán verificarse tres elementos: dos subjetivos y uno objetivo, para que se pueda hacer lugar a la anulación o modificación de un contrato por vicio de lesión. Tales elementos son: a) “aprovechamiento” de una parte (elemento subjetivo del explotador) de la debilidad de su co-contratante; b) posición de debilidad de la parte explotada, bajo la forma de necesidad, ligereza o inexperiencia (elemento subjetivo del explotado); c) ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación (en grado de evidencia); o d) que la ventaja patrimonial sea “notable” (no ya evidente), en cuyo caso se presume el elemento subjetivo. En este punto existen discrepancias de opiniones, respecto de si la presunción se refiere solamente al elemento subjetivo del explotador (parte activa del abuso, que generalmente actuará como demandada en el juicio),¹¹⁰² o si también alcanza al estado subjetivo del explotado (su necesidad, ligereza o inexperiencia).¹¹⁰³ Pero en general, en cualquier caso, se entiende que tal presunción es rebatible mediante prueba en contrario.

Por último, la norma en cuestión agrega que la comparación de valores deberá hacerse al tiempo de celebración del contrato, y para hacer lugar a la anulación o modificación, el desequilibrio de las prestaciones deberá subsistir al momento de la sentencia.

La desproporción entre el valor de las prestaciones, no es solamente una cuestión meramente cuantitativa, toda vez que el art. 954 recalca que la ventaja patrimonial debe ser

¹¹⁰² Este es el criterio sostenido por la mayoría (votos de los Dres. Tasia y Sanz) en los autos “Coronel, Lino c/ Gómez Haroldo y otra s/ Nulidad”, resueltos por la Cám. de Apel. Civil y Comercial de Mercedes, el 23/3/92, publicado en J. A. 1983-II-88 (Lexis N° 70026253).

¹¹⁰³ Esta otra es la opinión sostenida por el Dr. Varela, en minoría, en el caso “Coronel c/ Gómez”, citado en nota 1102.

“sin justificación”. Evidentemente que esta aclaración exige por parte del juzgador un análisis que no se limite al mero valor “corriente” de las prestaciones. Sobre esta cuestión se ha dicho que “el desequilibrio es muchas veces el resultado de situaciones totalmente ajenas a la especulación o el aprovechamiento; que tiene una justificación, que es querido por los contratantes... Por muy variados motivos se puede comprar algo por más de su valor o bien venderlo a un precio inferior al real.”¹¹⁰⁴

Volviendo a la cuestión del límite de las tasas de interés como supuesto de lesión, la posibilidad de que en el otorgamiento de una financiación a un tomador de tipo “comercial” (en la nomenclatura del Banco Central) se produzca una desventaja patrimonial en perjuicio del tomador, es bastante difícil, por las razones explicadas en la consideración f-4º) de este mismo apartado (es posible que el tomador de fondos productor, recurra a una financiación a un costo superior al de mercado, porque dispone de la posibilidad de darle a los fondos un empleo de mayor rentabilidad que el costo de la financiación –por tener un ROA mayor que el ROE–, y porque lo obtiene con menos requisitos de quien le presta más caro, por ejemplo).

Este es el criterio seguido por el Proyecto de Unificación Legislativa de 1987, en su artículo 624 (ver notas explicativas citadas en nota 504), que acepta en principio la reducción de intereses se efectúe solamente en operaciones en las que intervengan “personas físicas”, por considerar que es muy difícil determinar en las operaciones en las que intervienen “personas jurídicas”, cuál es la tasa “justa” o “no usuraria” de interés. Para las operaciones de pacto de intereses en que intervinieran personas jurídicas, siempre estaría a disposición de los jueces –en caso de ser necesario– el art. 953 del Código Civil, decían las notas del citado Proyecto. En una línea con similitudes a la del Proyecto de 1987, se situó el Proyecto de 1998, en su artículo 723 (§ 29 ap. f) in fine).

Con relación a este enfoque, es interesante recordar a Turgot (notas 336 y 497 y textos relacionados), cuando decía que en toda transacción cada contratante valúa la transacción que entrega en menos que la que recibe (de otra forma no habría razones para el intercambio), por lo que a los ojos de un tercero, podría decirse que tales valores son equivalentes. Y que no se puede formular ningún reproche a tales valoraciones, a menos que alguna de las partes hubiera utilizado algún recurso fraudulento sobre la otra. Este punto de vista es muy similar al del análisis económico del derecho, según la síntesis referida que hace Coloma (nota 1061 y texto relacionado).

¹¹⁰⁴ Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar S. A. E. C. I. y F., 1978, p. 153 y nota 40.

La posibilidad de establecer un juicio sobre la equivalencia o inequivalencia de las prestaciones en la financiación a sectores productivos, por la sola comparación de la tasa pactada con un valor de referencia único, implica dejar de lado todas las consideraciones vertidas en este apartado, sobre los criterios de justicia y eficiencia para determinar las tasas de interés. Ello solamente sería posible en la medida que se postule la existencia de un valor “objetivo” –en este caso del dinero– como lo sostenían los economistas clásicos. Esa teoría objetiva del valor¹¹⁰⁵ ha sido abandonada por los economistas posteriores (§ 25 en especial nota 437), y la corriente jurisprudencial que aquí se considera, no se ha ocupado de explicar ni fundamentar.

Queda por lo tanto, considerar el problema de la equivalencia de la prestaciones, aludida en el art. 954 del Cód. Civ., en la financiación al sector “consumo”.

En este caso, para evaluar el encuadramiento del requisito objetivo para la aplicabilidad del art. 954 –esto es la “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada” o la “notable desproporción de las prestaciones”, según fuere el caso– cabe recordar las siguientes conclusiones a las que ya arribáramos. Por un lado, no es posible comparar cuantitativamente el costo de un endeudamiento, con la utilidad que produce el consumo de los bienes adquiridos con los fondos obtenidos de la financiación. Por ello, el único parámetro de comparación sobre la razonabilidad de las tasas de interés a otorgar a personas del sector consumo (las personas físicas en el Proyecto de 1987), es la referencia a las tasas corrientes de mercado (§ 87 ap. c) in fine y consideración número f-3° de este mismo apartado). Para ello habrá de tenerse en cuenta las características individuales del sujeto tomador (su clasificación en la Central de Riesgo del BCRA, etc.: consideración número f-2° de este apartado), a los fines de su equiparación dentro de la gran dispersión de tasas en función de los riesgos que presenta cada cliente, verificados en el mercado de dinero (ver tasas del APÉNDICE 16).

En estas circunstancias, ante un “notable” alejamiento de las tasas pactadas en una operación en particular, respecto de las tasas de mercado (acorde con el grado de riesgo del deudor, habida cuenta de la gran dispersión de valores que acabamos de considerar), resulta razonable presumir un aprovechamiento de la debilidad (necesidad, ligereza o inexperiencia) del tomador de los fondos. Claro, que ello no impide que el dador de los fondos pruebe la inexistencia de tales extremos subjetivos, de modo tal que “justifique” la desproporción.

¹¹⁰⁵ Aquí se alude a la teoría del valor desde el punto de vista económico, tal como se tratara en el § 25 de este trabajo. Este enfoque es totalmente independiente del problema de si los valores en un sentido filosófico son “objetivos” o “subjetivos”. No es sobre esta cuestión a la que se alude en el texto, y ambos problemas no deben confundirse.

Ahora cabe referirse al problema que se presenta cuando las tasas promedio de mercado alcanzan niveles muy elevados (en momentos de crisis económicas, o cuando cualquiera de los factores que inciden en la determinación de las tasas, provocan estas situaciones), de modo que tornen muy onerosa la prestación para el tomador de fondos para el consumo. No se debe perder de vista que estamos analizando el problema de la legalidad de las tasas de interés (para el sector “consumo”) en operaciones a tasa fija. Por lo tanto, el problema de la elevación de tasas habrá de ser conocido tanto para el tomador de los fondos como para el que otorga la financiación, antes de concertar la operación. Y si quien otorga los fondos es una entidad financiera, habrá de evaluar la capacidad de endeudamiento del tomador, considerando la relación entre las financiaciones y refinanciaciones otorgadas y “la capacidad de pago de los deudores, evaluando la afectación de sus ingresos periódicos por la totalidad de los compromisos de crédito asumidos” (punto 7.1 Texto Ordenado sobre Clasificación de Deudores BCRA). Por lo tanto, una elevación de la tasa de interés debería redundar (y de hecho así sucede en la práctica) no en una mayor dificultad de pago, sino en una menor cantidad de financiación a otorgar. Por ello, no se advierte en este supuesto que las disposiciones del art. 954 determinen una consideración distinta que las ya analizadas: procederá la anulación o revisión del contrato en la medida que concurran los elementos objetivo y subjetivos ya analizados.

Por otro lado, la participación del sector consumo en el mercado de créditos es muy pequeña con relación al volumen de operaciones del sector productivo, lo que justifica que el precio de mercado se fije en torno a las consideraciones propias de este sector (Samuelson, nota 344).

Como última consideración sobre los problemas legales de las tasas fijas de interés, se afirma que no debe seguir sosteniéndose el pretendido dogma de que la tesis del límite objetivo a las tasas de interés se justifica en la dificultad de establecer los criterios para la graduación de las tasas. Esta afirmación se suele sustentar en el tan mencionado problema de la dificultad de prueba de los extremos legales prescriptos por el art. 954. Y esta consideración se aplica tanto a las operaciones de financiaciones al sector productivo, como al sector consumo. Todas las circunstancias relevantes para la determinación de los distintos niveles de tasa de interés resultan de datos conocibles: la rentabilidad de los activos (ROA) y la rentabilidad de los recursos propios (ROE) son factores que –como se dijo– surgen de la contabilidad de los tomadores (en el caso del crédito al sector productivo); los factores que inciden en la determinación de los distintos niveles de riesgo de los tomadores, surgen de los legajos que deben llevar las entidades financieras (nota 1099), a los fines de su clasificación;

la clasificación de los deudores por parte de las distintas entidades financieras es conocible a través de la Central de Riesgo del BCRA. Es cuestión de familiarizarse con los criterios técnicos desarrollados por la regulación del BCRA para las políticas de otorgamiento de crédito, y que los jueces soliciten la información correspondiente, que surge de tales normas.

g) La política judicial de reducción de tasas en operaciones a tasa variable

Es el momento ahora de analizar la situación de las financiaciones otorgadas con una tasa de interés variable. En este caso, como ya se dijo, al no estar determinado el tipo de interés que habrá de regir durante toda la vigencia del contrato (sino solamente la de un período inicial), es posible que las tasas vigentes al momento de concertación del contrato, que en un principio le permitían al deudor del sector productivo obtener una ventaja financiera (por conseguir un rendimiento mayor en la aplicación de los fondos a algún negocio, que la tasa de interés de la financiación), o al cliente del sector consumo cubrir el costo con sus ingresos habituales, en un momento posterior se altere ese estado de cosas y el negocio se le torne perjudicial.

g-1°) La primera consideración respecto de esta cuestión, es aclarar el contexto en que esta problemática ha solido aparecer. El recurso a esta operatoria se hizo notorio –en los años recientes– durante las décadas de los 80’ y 90’, aún cuando por cierto, todavía se utiliza.

Se recurre a esta forma de operar como consecuencia de un problema estructural de las entidades financieras: éstas otorgan créditos a plazos mayores de los depósitos que captan. En épocas de estabilidad financiera y con tasas de interés compatibles con la tasa de rentabilidad promedio de las actividades económicas de los particulares, la cobertura de dichos riesgos, por parte de las entidades financieras, es tolerada por los tomadores. Pero en épocas de inestabilidad, y con altas tasas de interés, para que los dadores de financiaciones puedan cubrirse en una operación a “tasa fija” de las posibles variaciones en la tasa de interés pasiva durante la vigencia de la operación (que incrementaría uno de sus insumos, y por ende el costo básico a cargar en la tasa de interés), deberían fijar tasas tan elevadas que harían muy poco conveniente o a veces directamente imposible para el tomador, la opción de obtener la financiación en estas condiciones. Entonces aparece la modalidad de la “tasa variable”.

g-2°) Así fue que en los años 80’, los niveles alcanzados por las tasas de interés eran tales que, el importe del primer servicio de interés era suficientemente alto para volver poco útil el recurso a la financiación (quien podía pagar el servicio de intereses, con poco más llegaba a la conclusión que disponía casi del capital, por lo que resultaba inútil la

financiación). La solución que se creyó encontrar para este problema, fue la utilización de mecanismos de indexación basados en la evolución de la tasa de interés, para prorratear en el tiempo el impacto de las altas tasas. El pago de los intereses se postergaba parcialmente, puesto que el importe de una parte de éstos pasaba a integrar “técnicamente” el rubro “ajuste del capital”.

Tal fue el origen, primero, de las circulares RF 292 y 687 del BCRA, aplicables a las operaciones de financiación para operaciones de ahorro previo para el otorgamiento de préstamos para la adquisición de viviendas. Estas circulares establecían índices basados en la evolución de los depósitos de ahorro que debían constituir los aspirantes a la obtención de préstamos para vivienda. Con posterioridad se dictó la circular RF 1050 del BCRA¹¹⁰⁶, que creó el “índice de ajuste financiero”, basado en la evolución de una “tasa testigo” que medía la tasa promedio de los depósitos, para el uso de las entidades financieras en general. El índice creado por esta última circular transformaba los valores promedio de las tasas pasivas de un día, en un número índice para cada fecha que, luego de ser dividido el índice de la fecha más reciente respecto el de la fecha de origen, daba como resultado un factor de ajuste de un capital, igual a la suma de los intereses vigentes promedio durante el período de las fechas de los índices tomados como base, sobre el capital original.

La utilización de estos mecanismos no dio el resultado que se esperaba, porque lejos de mantenerse constantes los niveles de tasas de interés que se tomaban como base para la elaboración de los índices, estos seguían creciendo. Y si bien en la época previa a la sanción de la citada circular, la evolución de la “tasa testigo” había sido más estable e inferior a los valores alcanzados por el índice de precios mayorista (que era el admitido para el uso por las entidades financieras que querían pactar préstamos indexados), con el tiempo esa relación se alteró. Ello creó serios problemas de cumplimiento para los deudores, sobre todo para los adquirentes de viviendas, que por requerir financiaciones a largo plazo, eran los que más usaban este mecanismo. Así fue que muchos de estos contratos llegaron a sede judicial con pedidos de revisión.

Años después, luego de la estabilidad momentánea que se logró con el denominado “plan Austral” (1985), volvió la inestabilidad hasta alcanzar nuevamente una hiperinflación en 1989. Recién se alcanzó dominar el problema de la inflación con el denominado “plan de convertibilidad” (1991), sin que ello significara una disminución de las tasas reales de interés. A partir de aquí se dejó de lado hasta la fecha, la utilización de mecanismos de indexación (§

¹¹⁰⁶ De fecha 1 de abril de 1980, disponible en www.bkra.gov.ar/pdfs/estadistica/RF1050.pdf.

29 ap. d). Así es que se volvió a las operaciones en las que se pactaban intereses sobre capitales nominales. Entonces, para enfrentar el problema de la financiación a largo plazo (en la que el financiador no podía estar seguro del costo de financiación que habría de cobrar en el futuro, ni de la posibilidad de contar con recursos para “calzar” las financiaciones a largo plazo), a la financiación a tasa variable, se agregó la utilización del descubierto en cuenta corriente en pesos (con tasas variables), y las operaciones en dólares estadounidenses (tanto con tasas fijas como variables).

g-3°) A continuación, es necesario recordar lo ya dicho respecto de las causas de incremento de las tasas de interés por encima de la productividad promedio de la economía.

Respecto de dicha pregunta, para el proceso que se dio a principios de la década del 80', la respuesta fue que ese fenómeno se debía a que la participación del Estado como demandante de recursos financieros en el mercado local, para financiar sus déficits crónicos, hacía subir la tasa de interés por encima de la rentabilidad que los particulares podían obtener en el empleo de los fondos.¹¹⁰⁷ Para el proceso de altas tasas reales de interés que tuvo lugar en la década del 90' la respuesta fue la misma (este § 87 ap. d)) y en particular nota 1082 y texto relacionado).

Dicho análisis determina que el incremento excesivo de las tasas de interés motivado por hechos de política económica del Poder Ejecutivo, ha significado para las partes tomadoras y dadoras de crédito, un factor *exógeno* de riesgo (§ 86 ap. d)). Ello significa, que la causa del aumento es ajena a la voluntad de las partes del contrato.

g-4°) Parecería a primera vista que la cuestión del encuadramiento normativo del problema de los intereses excesivos en las operaciones con tasa variable no debería dar lugar a dudas, a partir de la lectura de los artículos 954 y 1198 del Código Civil. En efecto, Mosset Iturraspe ha dicho al respecto, con relación a las condiciones de aplicación de la figura de la lesión:

«...el juez, soberano en la apreciación de los elementos objetivo y subjetivo, deberá remontarse al tiempo de celebración del contrato y observar si entonces, de acuerdo con los valores vigentes, existió o no la desproporción. Del desequilibrio surgido a posteriori se ocupa la “excesiva onerosidad sobreviniente” o teoría de la imprevisión, consagrada en el art. 1.198.”¹¹⁰⁸

¹¹⁰⁷ Ver Armando P. Ribas, “Culpable no es la 1050, sino el Estado”, en *El Cronista Comercial*, 17 de noviembre de 1981, p. 24. Este autor sostenía en dicho artículo: “Como decían los banqueros de Amberes en la Edad Media, la usura no es inmoral, es un mal negocio. Así vemos que la tasa de interés afecta hoy por igual a prestamistas y prestatarios, y las supuestas ganancias de los bancos quedan atrapadas en la telaraña de sus carteras morosas... En la medida que el Estado avanza sobre la economía, el mismo concepto de oferta y demanda y la teoría del valor marginalista son decididamente cuestionables. Toda la teoría económica, y particularmente la teoría del interés está fundamentada en el supuesto de que los productores demandan crédito hasta el punto en que su costo marginal iguala su ingreso marginal. Cuando la producción se encuentra mayormente en manos del Estado ese supuesto definitivamente desaparece, ya que éste demanda crédito interno o externo hasta tanto le sea suficiente para mantenerse, es decir para no quebrar.”

¹¹⁰⁸ Mosset Iturraspe, *Contratos*, cit., pág. 156.

Y este es el caso del problema de las operaciones pactadas con tasa variable, en las que el problema se plantea durante la vigencia del contrato de financiación, cuando la variable elegida se aparta respecto de lo que resulta deseable para una u otra de las partes. Los artículos 953 y 954 del Código Civil solamente podrían ser aplicables al pacto de intereses correspondientes al primer período de intereses. Los problemas sobrevinientes, deberían ser analizados a la luz del artículo 1198 del Código Civil.

Sin embargo, en la mayoría o en casi todos los planteos judiciales (por vía de acción o de defensa), los deudores encuadraron sus reclamos en contra de los sistema de ajuste basados en la evolución de las tasas de interés, en la figura de la lesión (ya fuere en el art. 953 o el 954 del Código Civil). El argumento en todos los casos, era que los índices basados en la evolución de tasas de interés, combinado con el mecanismo de amortización (generalmente el francés)¹¹⁰⁹ encerraba algún tipo de vicio o mecanismo perverso, que provocaba un excesivo aumento del saldo de deuda. En algunos casos, dicho planteo tuvo acogida favorable, por considerarse que el sistema de las circulares en cuestión tenía el efecto de que cuantas más cuotas amortizaba el deudor, más se incrementaba el saldo de deuda (a la inversa de lo que supone el sistema francés).¹¹¹⁰ Dicho argumento fue rebatido con acierto, al sostenerse que el razonamiento del tribunal en el caso “Argos c/ Oteiza” (citado en nota 1110) había incurrido en una extrapolación de los resultados del efecto de la aplicación del índice a las primeras cuotas, a todo el resto del plan de amortización del préstamo. Que en caso de haberse seguido con el desarrollo de la totalidad del plan, se habría advertido el error. El mecanismo de ajuste de capital puede determinar, según los valores que circunstancialmente corresponda aplicar, que dicho porcentaje supere al de amortización (con lo que se crea la ilusión monetaria de que cuanto más se paga más se debe). Sin embargo, supongamos que la amortización sea el resultado de una división en la que el dividendo sea el saldo de deuda actualizado menos el porcentaje de amortización, y el divisor, el número total de cuotas. En tal supuesta división, a medida que avanza el plan de amortización, el denominador de dicho cociente va disminuyendo (van quedando cada vez menos cuotas por pagar), con igual velocidad que el divisor (se trata de una función constante).¹¹¹¹

¹¹⁰⁹ El sistema de amortización francés, como es sabido, supone pagos periódicos mediante cuotas constantes, con una composición variable de las proporciones de amortización y de intereses. En las primeras cuotas la mayor proporción de los pagos se imputan a intereses y una pequeña parte a la amortización. Como el mecanismo de cálculo de los intereses es sobre saldo, luego de la amortización de una cuota, el saldo baja y por consiguiente la parte de intereses de la siguiente cuota baja también. Y por ende, aumenta en esa siguiente cuota la proporción de amortización.

¹¹¹⁰ Cám. Nac. Civil, Sala A, del 4/10/79, autos “Argos S.A. de Ahorro y Vivienda c/ Oteiza, Justo O.”, en J. A. 1980-III-3; Cam.Nac.Comercial, Sala A, del 13/7/82, autos “Pearson, Carlos M. C/ S.A. Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, en J. A. 1982-III-551

¹¹¹¹ La cuestión aparece desarrollada en Cabanellas (h), Guillermo, “Indexaciones, usos y abusos”, en J. A. 1982-III-17 (comentario al fallo citado en nota 1110), en los siguientes términos:

“Esto se puede demostrar de la siguiente manera. Supongamos que la cuota de amortización en el período inicial sea

En otros casos, el argumento para la revisión del contrato fue la inequidad del sistema de ajuste (fundado también en la regla del art. 953 del Cód. Civil): se entendió que el sistema de las circulares R.F. 202 y 687 permitían mantener el valor de la ganancia inicial del prestamista a lo largo del tiempo de duración del contrato, en tanto que encarecía el valor de la prestación del deudor. Para concluir ello, se decía que este sistema (de las circulares mencionadas) no cumplía con el requisito de mantener el poder adquisitivo del dinero prestado, sino que lo encarecía.¹¹¹² Ese argumento pasaba por alto que el objeto de los índices basados en la evolución de la tasa de interés no era medir la variación del poder adquisitivo del dinero.¹¹¹³ Por lo tanto, el pacto era devolver un capital más los intereses vigentes en el mercado, según la tasa pasiva, más un *spread* (diferencia entre tasas activas y pasivas), salvo que los intereses devengados en cada período no se pagaban íntegramente, sino que bajo la forma de ajuste de capital, se posponía su pago para cuotas futuras.

También hubo fallos que rechazaron los reclamos, por considerar que no se habían probado los extremos del art. 954 del Código Civil.¹¹¹⁴

$$\frac{x}{t}$$

donde x es el valor inicial de la deuda y t el número total de cuotas. En el período siguiente el monto de la amortización está dado por el número de cuotas faltantes. A su vez la deuda impaga es igual a la deuda inicial menos la amortización ya efectuada. Resulta así que la amortización en el segundo mes surge de la fórmula

$$x - \left(\frac{x}{t} \right)_{t-1}$$

Operando sobre esta fórmula se obtiene que ella equivale a

$$\frac{xt - x}{t - 1}$$

lo que a su vez equivale a

$$\frac{x(t-1)}{t - 1}$$

Eliminando la expresión t – 1 incluida en el numerador y en el denominador nos encontramos con que la cuota de amortización en el segundo período es igual a la del primero o sea a

$$\frac{x}{t}$$

¹¹¹² Fallo de Primera Instancia autos “Redelico, Francisco y otra c/ Fondo Popular Hipotecario de Ahorro y Préstamo”, del 16/4/1984, consentido por la parte demandada vencida, y revisado por la C. Nac. Com. Sala D sobre la cuestión de las costas el día 22/2/1985, en *Revista La Ley*, del 24/9/85.

¹¹¹³ En el caso del índice de la circular R.F. 202, del 3/2/19778, el índice era aplicable por las entidades de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, y expresaba el “costo financiero por unidad de préstamo determinado por cada sociedad en particular.” La circular RF 687, del 26/4/1979, por su parte, modificó la antes mencionada, a partir del mes de julio de 1979, en el sentido de que el índice de corrección sería “único y calculado sobre la base del promedio ponderado del costo financiero por unidad de préstamo que informe cada entidad” de Ahorro y Préstamo para la Vivienda. En el del “índice de ajuste financiero”, medía la variación de “la tasa diaria equivalente a la tasa de interés mensual promedio ponderada de los depósitos a 30 días” (punto 2 circ. R.F. 1050, citada en nota 1106).

¹¹¹⁴ Casos “Compañía Financiera del Sur Argentino c. Bohoslavsky, Jacobo”, del 14/8/1984, resuelto por la C. 1ª Civ. y Com. de Bahía Blanca, en *Revista La Ley*, del 14/1/1985; “Rodríguez c/ Compañía Financiera Tesei”, citado en nota 499; el caso “Habretche, Horacio J. y otra v. El Trust Viviendas S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda”, del 17/09/1986, resuelto por la C.Nac.Civ., Sala C, publicado en JA 1987-IV-141.

Pero es del caso que a partir de julio de 1982 se establecieron tasas de interés reguladas, menores que la inflación.¹¹¹⁵ A partir de ello quedó al descubierto que el problema de este tipo de índices no radicaba en el mecanismo del índice en sí mismo, sino en las altísimas tasas de interés vigentes hasta junio de 1982, que constituían la base de la elaboración del índice y que estaban relacionadas a su vez con la altísima inflación.¹¹¹⁶ Como conclusión que ahora se puede obtener, a la distancia, si se compara la evolución del Índice de Ajuste Financiero durante todo el tiempo en que el Banco Central lo elaboró (enero de 1980 a marzo de 1991: en abril entró a regir la ley de convertibilidad que prohibió el ajuste del capital de obligaciones en función de la variación de índices), con la evolución de los índices de precios al Consumidor y Mayoristas, se advierte que los porcentajes de aumento de las tres variables fueron: 370.210.789,13%; 6.873.546.856,85% y 5.328.422.273,36 respectivamente.¹¹¹⁷ Esto significa que en el mencionado período de poco más de once años, el índice que tuvo una variación menor fue el de “ajuste financiero” que puso en vigencia la citada circular RF 1050.

No obstante la disminución de los ajustes, así como el establecimiento de mecanismos de refinanciación previos (nota 1115), la ley 23.370 del 10/9/1986, refinanció las obligaciones nacidas bajo estos regímenes (circulares R.F. 202, 687 y 1050). Es de destacar respecto de este régimen, que las deudas refinanciadas se pagaban actualizando la deuda, a opción del deudor, por la variación del índice del salario total medio mensual para el trabajador industrial (excluido aguinaldo), o el índice anexo a la ley elaborado sobre la base de la tasa pasiva promedio efectiva mensual abonada por los bancos de plaza, desde el 1 de junio de 1977 al 30 de junio de 1982, y la tasa máxima fijada por el Banco Central de la República Argentina para los depósitos a plazo fijo de treinta días desde el 1 de julio de 1982 hasta la fecha de entrada en vigencia de esta ley, con más un interés del seis por ciento (6%) efectivo anual (art. 6 apartados a) 1. y 2). Y por otro lado, que el régimen legal no suponía que los regímenes creados por las circulares mencionadas contuvieran una inequidad intrínseca, toda vez que las entidades financieras que acreditaran pérdida o quebranto, como

¹¹¹⁵ Ver el paquete de circulares dictadas por el Banco Central el día 5/7/82, días después de la derrota en la Guerra de Las Malvinas, a partir de la Comunicación “A” – 135 y siguientes de esa misma fecha, que establecieron una virtual “nacionalización” de depósitos (las entidades debían guardar un encaje del 100% y prestaban según cupos que asignaba el Banco Central). Dicho régimen buscaba licuar los pasivos de los clientes bancarios (en particular aquellos cuyas deudas se ajustaba por el índice de ajuste financiero) que se habían endeudado a tasas elevadas de interés. Como ejemplo de ello, se puede citar que la comunicación “B” – 382, del mismo 5/7/82, fijó la tasa de interés en el 6% efectivo mensual, contra un 16,3% de variación del índice de precios consumidor durante el mes de julio de ese año, y del 27,86% para el índice de precios mayoristas.

¹¹¹⁶ Cámara Nacional de Comercio, Sala D, del 19/10/87, autos “Banco Liniers S.A. v. Chirón, Julio A.”, en JA 1989-I-665, donde se concluyó que para la época del fallo, la opción más conveniente para los deudores era el índice de ajuste financiero de la circular 1050, que arrojaba ajustes mucho menores que los de los índices de precios del INDEC.

¹¹¹⁷ Los datos correspondientes a los índices de precios fueron tomados del INDEC (Serie 1999=100 para el Consumidor y 1993=100 para el Mayorista). Los correspondientes a la circular R.F. 1050, de la Comunicación B-4532 del BCRA, de fecha 3/4/1991.

consecuencia de la refinanciación que preveía la ley, podían reclamar sólo al Estado nacional, a través de la autoridad de aplicación, una compensación (art. 13 ley citada).

g-5°) Antes de entrar a considerar el problema de las operaciones a tasa variable a la luz del artículo 1198 del Código Civil, habremos de analizar la formas más usuales de canalización del crédito en la década siguiente, luego de la entrada en vigencia del régimen de convertibilidad, que –como se dijo (parágrafo f-2°) de este mismo apartado– fue el descubierto en cuenta corriente, principalmente y en algunos casos también operaciones de mutuo, pero con la particularidad de que la tasa de interés era variable por períodos generalmente mensuales, y su determinación la establecía el propio banco otorgante de la financiación.

La operatoria de descubierto en cuenta corriente bancaria funciona bajo dos variantes, que en la práctica se conocen como “con acuerdo” o “sin acuerdo”. La primera es una especie del contrato de *apertura de crédito* (§ 34). La segunda es una operatoria que nace de una situación de hecho: el cuentacorrentista gira órdenes de pago contra la cuenta corriente, sin tener provisión de fondos en su cuenta, ni autorización para girar en descubierto, y el banquero la atiende igual, registrando saldos deudores en dicha cuenta corriente. Naturalmente que de dicha operatoria nace una obligación de restituir, pero el deudor no cuenta a su favor con un plazo cierto. Se expone a que en cualquier momento se le pida la restitución de la deuda. Según las normas contables del Banco Central, tales financiaciones pueden mantenerse registradas bajo la denominación de “adelantos transitorios en cuenta corriente” mientras sean canceladas dentro de los 30 días. Pasados 61 días contados desde su otorgamiento, si no se documentan por escrito con una obligación de restitución dentro de un plazo cierto, o se transforman en un descubierto “con acuerdo”, deben dejar de registrarse como clientes en situación “normal” a los fines del régimen de clasificación de deudores ya considerado (§ 87 ap. f) sub ap. f-2°).¹¹¹⁸ En función de esta circunstancia, las prácticas de mercado establecen un costo mayor para estas financiaciones sin acuerdo, que para las de “con acuerdo”, que suponen un plazo cierto de cancelación. Y no obstante estas circunstancias, los bancos muchas veces preferían mantener a muchos de sus clientes dentro de la operatoria “sin acuerdo”, por plazos que excedían en mucho (podían llegar a varios años) el plazo de 30 días, cobrando la tasa más elevada que correspondía a esta forma de operar.

¹¹¹⁸ Banco Central de la República Argentina, Texto Ordenado al 28/7/09, sobre Gestión Crediticia, punto 2.

Problemas como estos se discutieron en los fallos reseñados en los números I, IV, y VI a XII del APÉNDICE 14. El primer caso, que correspondió a un plenario de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en el que no se aclaró la operación a la que dio lugar la discusión sobre los intereses (pero sí describe cláusulas usadas en causas que llegaban a conocimiento del tribunal, del tipo de las que consideramos). El segundo (de la Cámara Civil y Comercial de Concepción del Uruguay), tuvo como origen un contrato de préstamo. Y los últimos se refirieron todos a operaciones de descubiertos en cuenta corriente bancaria.

En todos los casos señalados se fundó la facultad de los jueces para establecer un límite a las tasas de interés, en los arts. 953 y 1071 del Código Civil. Pero también se señaló en algunas oportunidades que, más que un problema de límites a la autonomía de la voluntad, aquí la razón que justificaba la intervención judicial, era la falta de consentimiento del deudor en la determinación de la cuantía de la tasa (dado que la misma era fijada por el banco acreedor). Ello ha quedado de manifiesto, por ejemplo, en el voto de la Dra. Zampini en el plenario citado de Mar del Plata, en los de la Dra. Miguez, considerando 11 del caso “Bidou c/ Banco de Crédito Argentino” (citado como N° VII) y considerando 9 en el caso “Avan S. A. c/ Banco de Tornquist” (N° XII), o de la Dra. Piaggi, considerando 11 de su voto en el mismo fallo anterior.

La utilización de este mecanismo de determinación de los valores de las tasas de interés, que omite tomar como referencia un parámetro externo a la voluntad del otorgante de la financiación (como era el caso de las operaciones pactadas bajo la vigencia de la circular R.F. 1050 de la BCRA, o las que actualmente toman como referencia la tasa BADLAR, en el ámbito local, o la tasa LIBO en el ámbito internacional), se encuadra claramente en el marco de una situación en la que falta el requisito de la manifestación de voluntad, para sostener que la obligación es el resultado de un *contrato* (o de una *estipulación* contractual). Esta forma de operar queda comprendida dentro de la misma objeción de la que fueron posibles las operaciones comprendidas dentro del régimen de la circular R.F. 202 del BCRA (generación del factor de corrección sobre la base de datos emanados por el propio acreedor), corregida luego por la posterior circular R.F. 687. Dicho vicio, supone una situación anterior a las que contemplan los arts. 954 y 1198 del Código Civil: estas últimas normas presuponen obligaciones nacidas de *contratos*. En los casos en que la determinación de la tasa de interés *compensatorio* (los debidos desde el otorgamiento de la financiación hasta el vencimiento) se delegaba por el deudor al acreedor, la cuantía de los intereses a pagar no derivaba de una fuente contractual. Y la ausencia de determinación contractual del interés compensatorio, es el caso previsto en el artículo 565 del Código de Comercio: “Mediando estipulación de

intereses, sin declaración de la cantidad a que éstos han de ascender, o del tiempo en que deben empezar a correr, se presume que las partes se han sujetado a los intereses que cobren los bancos públicos...” (voto Dra. Piaggi, en fallo N° XII del APÉNDICE 14).

g-6°) Descartado que el problema de la suba de las tasas de interés según los valores promedio de mercado, cuando las partes se refirieron a ellos en un contrato, pueda encuadrarse en un problema de lesión (ya sea bajo la forma objetiva del art. 953 u objetivo-subjetiva del art. 954), veremos ahora sí, si es un problema de excesiva onerosidad sobreviniente.

El problema de la “excesiva onerosidad sobreviniente” está contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma al Código Civil por la ley 17.711, en su artículo 1198, que dice:

«Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

«En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

«En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

«No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

«La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato».

No parece plantear problemas el encuadramiento de las obligaciones *financieras*, nacidas de contratos de concesión de crédito (sea cualquier el tipo de contrato de que se trate) dentro de la figura de “contrato bilateral conmutativo” o bien en la de “unilateral oneroso y conmutativo de ejecución diferida o continuada” (como sería el caso del *mutuo*). La cuestión relativa al carácter “extraordinario” e “imprevisible” que debe reunir el acontecimiento generador de la excesiva onerosidad, es contingente, según cada caso particular, por lo que no se hará aquí una referencia a dicho problema. El requisito que resultará más complejo de analizar, sin duda, habrá de ser el relativo a que la prestación se torne “excesivamente onerosa”.

g-7°) El concepto *onerosidad excesiva*, si bien pudiera parecer sencillo a primera vista, no lo es, a poco que se avance en el análisis de la cuestión relativa a de qué manera pueden volverse *onerosas* las prestaciones de las partes en un mutuo de dinero.

Podría decirse que para el deudor, su prestación (la obligación de devolver el *capital* más los *intereses*) se torna onerosa, cuando los intereses pactados a tasa variable (este es el

caso que estamos considerando), se elevan significativamente, respecto de los que estaban vigentes al momento de concertar la operación de financiación.

Sin embargo, esto puede ser correcto para el caso de un deudor de la “cartera” o “sector” de “consumo” (en la terminología de la normativa del BCRA citada) . Pero no para los clientes de la llamada “cartera comercial” (bajo esa misma terminología), para quienes la noción de razonabilidad o exceso del costo de la financiación no se mide con relación a la tasa “promedio de mercado” (ver § 87 ap. f) subap. f-2°, f-3°, y f-4°).

Por otra parte, este análisis toma en cuenta exclusivamente la onerosidad para el deudor de la prestación. El hecho es que una prestación puede tornarse excesivamente onerosa tanto para el deudor como para el acreedor. Y en el caso que consideramos (el encarecimiento de las tasas de interés tomadas como referencia en un contrato de financiación a tasa variable, durante la vigencia del mismo), el encarecimiento de la prestación para el deudor, no necesariamente significa un traslado de beneficios económicos para el acreedor.

Por el contrario, cualquier reajuste en la ecuación económica del contrato, que trate de aliviar la situación del deudor a cargo del acreedor, significaría trasladarle a éste el costo de tal readecuación. En tal caso, inmediatamente, el contrato pasaría a tornarse oneroso para él.

Visto desde otro punto de vista: si bien en estos casos, el encarecimiento de la tasa de interés puede ser excesivamente oneroso para el deudor, la sustitución de esa fuente de financiación (la proveniente del contrato cuya revisión se considerara) por otra en las nuevas condiciones de mercado vigentes, lo tendría en la misma situación. No se trata de que el viejo contrato lo perjudica. Lo perjudicaría también uno nuevo, en las nuevas condiciones del mercado.

Ahora bien, es del caso preguntarse respecto de la interpretación que se ha dado respecto del requisito de la *excesiva onerosidad*, contenido en el art. 1198 del Cód. Civil, a los fines de encuadrar o no en él, el caso que ahora se analiza.

Al respecto Llambías, resalta que el desequilibrio de las contraprestaciones, para dar lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, tiene que consumar una “flagrante injusticia”. Y para ilustrar la idea, da un ejemplo de un contrato en el que se haya contratado la provisión de 100 toneladas mensuales de carbón durante 5 años, a un precio X, y que como consecuencia de una guerra, el precio de dicha mercancía se decuplicara. En tal caso, agrega, “Si se obliga al contratista a seguir proveyendo el combustible al precio pactado, se le exige

una prestación deficitaria que lo descapitaliza a expensas de la otra parte, y finalmente puede conducirlo a la ruina.»¹¹¹⁹

De un tenor similar han sido otras expresiones de la doctrina: "reajuste equitativo", "mantenimiento del equilibrio necesario", "falta de equilibrio en el origen o vida del contrato" (Mosset Iturraspe, LL 1981-D-865); "restablecimiento del equilibrio en las prestaciones (Daniel R. Vítolo, LL 1981-D-868; "reajuste de prestaciones recíprocas", "conjugación con las demás condiciones de la figura" (Morello-Tróccoli, JA 1981-III-771) "correspectividad económica de los convergentes intereses" (ídem) "... a mantener la equivalencia relativa de las contraprestaciones" (Morello-Tróccoli, "La revisión del contrato", Ed. Platense, Conclusiones, p. 286, parág. 5); "evento que altera todo el equilibrio contractual... cuando se ha destruido el equilibrio contractual originario entre la prestación a cargo de una de las partes y la contraprestación de la otra, se halla reñido con la buena fe y hasta con la regla moral..." (Spota, A. G., LL 116-6). "Es asimismo ineludible tener presente que no basta, con que la prestación se haya hecho más onerosa. Debe tratarse de una modificación tal en el valor de la prestación que el deudor sufrirá un perjuicio considerable en tanto que el acreedor recibirá un beneficio injusto. A los factores objetivos debe agregarse un factor moral del que no cabe prescindir para hacer verdadera justicia" (Busso, Eduardo B., LL 156-1166).

Pero donde la cuestión ha sido más claramente expresada, probablemente, ha sido en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.¹¹²⁰ En dicho caso se discutió el problema de un préstamo otorgado en dólares estadounidenses. Dicho préstamo había sido otorgado por el prestamista (el Banco de la Provincia de Río Negro) sobre la base de una línea de préstamos que él a su vez había obtenido del exterior (también en dólares). Con relación a dicho préstamo, el deudor solicitaba la aplicación del art. 1198, con motivo de una devaluación del peso (la salida de la "tablita" –esto es devaluaciones pautadas que venían vigentes desde tiempo atrás– de febrero de 1981). Sobre el particular el Tribunal dijo:

«En efecto, cuando la reforma del Código Civil (ley 17711) permite modificar el pacto original en orden al acaecimiento de un hecho grave e imprevisible ha tenido en mira, como unánimemente se sostiene en la doctrina, impedir que la exigencia literal de las prestaciones concertadas ab initio (art. 1197) sumerja en la ruina a una de las partes enriqueciendo indebidamente a la contraria. Nunca se quiso, obviamente, trasladar la injusticia que soporta una sola de las partes, **a que la otra padezca un daño de la misma intensidad y signo opuesto.**»¹¹²¹ (el resaltado me pertenece).

¹¹¹⁹ Llambías, *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, T° I, N° 221 b, (Lexis N° 7006/002865).

¹¹²⁰ Otro caso que sigue similar argumentación del Superior Tribunal de Río Negro, en cuanto a que la onerosidad que justifica la aplicación de la teoría de la imprevisión tiene que favorecer a la contraparte, es el de la C. Nac. Com., sala D, en autos "Beltramino, Alejandro L. v. Banco Argentino de Inversión", del 08/03/1984, con voto del Dr. Julio C. Rivera, publicado en JA 1984-III-190 (ver también Lexis N° 70026801).

¹¹²¹ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, autos "Zanellato, Víctor I. y otro v. Banco de la Prov. de Río Negro", del 07/05/1985, en JA 1986-III-544 y Lexis N° 70032700.

En el caso motivo de la sentencia citada, el préstamo tomado en dólares, se había encarecido para el deudor, luego de la devaluación del peso de febrero de 1981. Pero esa mayor onerosidad no se traducía en un beneficio para el acreedor, quien a su vez tenía que seguir pagando su préstamo a su acreedor del exterior, en los mismos dólares que le eran tan onerosos como a su deudor. Por el contrario, el reajuste del contrato de préstamo en dólares, reduciendo en algún porcentaje la incidencia de la devaluación, le habría significado al Banco de la Provincia de Río Negro un perjuicio, por tener él que seguir pagando a su acreedor en dólares sin reajuste alguno.

Un criterio similar se evidencia en la forma que se legisló respecto del impacto de la devaluación del peso que tuvo lugar a comienzos de 2002, con motivo del abandono del régimen de convertibilidad que había regido desde 1991. El conjunto de medidas que se adoptaron en ese momento,¹¹²² si bien no permitía mensurar desde el comienzo la magnitud que habrían de tener las mismas en la cotización del dólar estadounidense, había conciencia acerca de que dichas medidas tendrían el efecto de tornar excesivamente onerosas, para sus deudores, las obligaciones en moneda extranjera. Así fue que junto con la mencionada devaluación del peso, se adoptó un mecanismo progresivo (en el sentido que fue el resultado de sucesivas disposiciones normativas) que fue denominado de “pesificación” de las obligaciones en moneda extranjera.¹¹²³

En ese marco de alteración de las relaciones económicas, el Poder Ejecutivo se vio obligado a dictar numerosas disposiciones, con el objeto de resolver situaciones particulares. Así por ejemplo, en los casos de “pesificaciones” de obligaciones en moneda extranjera a favor de entidades financieras, se reconoció la onerosidad que dicha medida implicó para estos intermediarios. En efecto, puesto que estas entidades prestan fondos que fueron a su vez

¹¹²² La ley 25.561 a la par que estableció en su artículo 3° y siguientes, el abandono del régimen de convertibilidad del peso, que había regido en virtud de la ley 23.928, por su artículo 2° autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras. En virtud de dicha delegación, mediante decreto 71 del 9/1/2002, el Poder Ejecutivo estableció un doble régimen para el funcionamiento del mercado cambiario: en virtud de lo dispuesto por el artículo 1°, las operaciones que determinara el Banco Central de la República Argentina (BCRA) mediante posterior reglamentación, se cursarían por el denominado “mercado oficial de cambios”, en el que el peso cotizaría a razón de \$1 = US\$ 1,40. Las operaciones que estuvieran excluidas del mercado oficial, serían libremente pactadas. El BCRA reglamentó el funcionamiento del mercado oficial de cambios mediante la Comunicación “A” 3425 del 10/1/2002, luego modificada por la Comunicación “A” 3444 del 23/1/2002. Poco tiempo después, el 8/2/2002, mediante decreto 260/2002, el Poder Ejecutivo resolvió unificar el funcionamiento del mercado cambiario en un mercado único, que fue reglamentado mediante Comunicación “A” 3471, del 8/2/2002, en el que la relación entre el peso y las demás monedas extranjeras se fijaría libremente. Así, si bien el abandono del régimen de convertibilidad implicó una primera devaluación del 40% (con la fijación del dólar oficial en \$1,40 el 9/1/2002), a los pocos días, cuando se lanzó el mercado único de cambios, el 8/2/2002, la cotización del dólar libre ya estaba a \$ 2,10 y cerró el mes con una cotización de \$ 2,25 (fuente de los datos sobre la cotización del dólar: <http://www.dolarsi.com.ar>).

¹¹²³ En efecto, en un primer momento, el artículo 6 de la ley 25.561 estableció un tratamiento diferenciado, en materia de ciertas obligaciones en moneda extranjera para con las entidades financieras en cuanto debían cancelarse a razón de un peso por dólar, y en la misma ley, el artículo 11, con relación a las obligaciones en moneda extranjera entre particulares (o ajustables en función de la variación de dichas monedas) mandó que se cancelaran a la relación originaria entre el peso y el dólar (esto es un peso = un dólar) y que se negociara entre las partes durante un plazo de 180 días negociaran sobre la forma definitiva de recomponer la relación económica del contrato. Asimismo, el Poder Ejecutivo quedaba autorizado a dictar medidas “aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del artículo 1198 del Código Civil y el principio del esfuerzo compartido.” Así fue que días después, el 3/2/2002, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 214/2002, que en su artículo 1° estableció la transformación a pesos, de todas las obligaciones en moneda extranjera que no hubieran sido ya convertidas con anterioridad.

tomados mediante depósitos o préstamos de otros sujetos (art. 1 ley 21.526), si se establece la imposibilidad de recuperar los préstamos (créditos) en las condiciones pactadas, se pueden establecer asimetrías, en tanto que las obligaciones (pasivos) no fueran modificados en la misma medida. Y en el caso de los préstamos contraídos por entidades financieras con sujetos residentes en el exterior, tal asimetría era inevitable. Por ello, el artículo 6 párrafo tercero, de la ley 25.561, estableció la posibilidad de compensaciones. Tal compensación fue materializada mediante la emisión de bonos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 28 del decreto 905/2002.

La misma ley 25.561, con relación a las obligaciones en moneda extranjera convenidas entre particulares, estableció en su artículo 11 la solución ya citada (nota 1123) de la negociación por 180 días, al cabo del cual, ante la falta de acuerdo de las partes resolverían los jueces. Y de hecho, éstos siguieron en la mayoría de los casos¹¹²⁴ el criterio previsto en la parte final del citado artículo, (como directiva para el Poder Ejecutivo respecto del arreglo de situaciones particulares) denominado la doctrina del “esfuerzo compartido”. La idea de “compartir” el “esfuerzo”, era una manera de resolver aquellos casos en que la mayor onerosidad que la devaluación causaba a la parte deudora, no favorecía correlativamente a la acreedora, sino que su corrección directa hubiera trasladado íntegramente el perjuicio a esta última. Por ello, la solución fue repartir en proporciones variables, según los casos, la mayor onerosidad de la devaluación, sin establecer un único perjudicado y un único beneficiado.

Con relación a otros casos específicos, se entendió¹¹²⁵ –invocando la opinión de Alterini– que la hiper-devaluación del peso de principios de 2002, no justificaba admitir la acción de reajuste basada en el art. 1198 del Código Civil, promovida por el comprador de moneda extranjera, “si el objeto vendido tiene mercado y cotización internacional, caso en el cual sólo cabría la rescisión (Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo-Teoría General”, n. 16 g, p. 455)”. Se dijo también en el mismo fallo:

«... cuando el art. 1198 del CCiv. hace referencia a la excesiva onerosidad sobreviniente, alude a la prestación a cargo de una de las partes en relación a la prometida o anticipada por la otra, pero sin computar lo gravoso que podría tornarse el cumplimiento de la prestación desvinculada del nexo contractual. De allí que el art. 1198 alude a la mejora equitativa de los "efectos del contrato". Y también dijo que el equilibrio querido es el referido al contrato y no al patrimonio global de las partes, sino a las prestaciones en juego. A los fundamentos de dicho fallo me remito que, bueno es recordarlo, derivó de una intervención de la Corte Sup., que dejó sin efecto el de otra sala que había admitido la aplicación de la teoría de la imprevisión, por entender que no se habían atendido planteos vinculados a la situación expuesta que, a criterio de dicho Alto Tribunal, eran conducentes "para la correcta solución de la causa" (causa 29663 del 31/10/1986 in re "Cecchi, Alfredo H. c/ American Express Arg. S.A. s/ sumario).»

¹¹²⁴ Ver en APÉNDICE 15, los casos N° [XXX.], [XXXII.] a [XXXIV.], [XXXVI.] y [XXXVII.], [XLIV.] y [XLVIII.].

¹¹²⁵ Cám. Nac. Civil, Sala E, autos “Bordeu, Martín J. v. Tarzetti, Fernando R. y otro”, del 27/5/2003 (Lexis N° 70006835).

g-8º) Como conclusión de lo expuesto respecto de la política judicial de reducir indiscriminadamente las tasas de interés en los contratos de préstamo, cuando se pactaron variables y luego se encarecieron, se puede afirmar que –en principio– no encuentra justificativos ni fundamento.

El problema del encarecimiento de los intereses, con posterioridad al celebración del contrato, no es una cuestión que se encuadre en el art. 953 ni en el art. 954 del Código Civil (salvo para el primer período). Dicho problema del encarecimiento de los intereses, a la luz del art. 1198 del Código Civil, tampoco puede ser encuadrado en sus supuestos, sin más.

En los casos de préstamos con entidades financieras, dado que éstas son intermediarias (art. 1 ley 21.526), el encarecimiento de los intereses de los préstamos es una consecuencia del encarecimiento de los intereses de los depósitos. Y el encarecimiento de éstos últimos (sobre todo cuando supera la rentabilidad promedio de la economía), suele ser el resultado de situaciones ajenas a las partes (financiación de los gastos del estado en el mercado interno, otras políticas económicas que determinan el aumento del “riesgo país”, etc.). Por lo tanto, dichos supuestos, no cumplen –además de otras inadecuaciones que puedan verificarse– con el requisito de la “excesiva onerosidad”, toda vez que el reajuste de los intereses a la parte deudora, implica un perjuicio para la parte acreedora (entidad financiera), que debe pagar sus obligaciones pasivas conforme las nuevas condiciones financieras.

Lo expuesto no significa que en ciertas circunstancias específicas, puedan verificarse los extremos del citado art. 1198 del Código Civil.

También es necesario aclarar que, elegida por las partes de un contrato de financiación la modalidad de “tasa variable”, la práctica de delegar en el acreedor la determinación de la cuantía de dichas tasas en los períodos sucesivos, es en sí objetable. Pero ello no encuadra ni en los supuesto de los artículos 953-954, ni del 1198 del Código Civil. Ello es un supuesto de falta de acuerdo sobre la determinación de la tasas, que es subsanable judicialmente en la forma prevista por el artículo 565 del Código de Comercio.

Frente a las situaciones de perjuicio para los deudores afectados por los fenómenos de encarecimiento de las tasas de interés, las herramientas a aplicar que determinarán las soluciones más justas, son los subsidios del Estado (tal el caso de las refinanciaciones de la ley 23.370 para las operaciones concertadas con ajuste de la circular RF 1050, o las medidas dispuestas por el art. 6 de la ley 25.561 y 28 del decreto 905/2002, citados, por ejemplo) y no el reparto de perjuicios entre los afectados, por parte de los jueces.

h) Oportunismo contractual, riesgo moral y traslación de costos

Es del caso analizar ahora cuáles pueden ser las consecuencias de la política judicial imperante en materia límites a las tasas de interés.

Dicha política –se dijo– no suele atender a diferencias entre las operaciones pactadas a “tasa fija” o “tasa variable”. Supone la adhesión a una tesis *objetiva* respecto del límite de los intereses, fundada en el art. 953 del Código Civil, habida cuenta de la dificultad que puede implicar muchas veces la prueba de la explotación de la necesidad, inexperiencia, debilidad o ligereza ajenas (requisitos para la resolución o revisión de los contratos con fundamento en la figura de *lesión* del art. 954 del Cód. Civil). Asimismo, la política judicial imperante no parece aceptar distinciones entre las posibles causas de los intereses elevados. Esto es si la elevación de los intereses es el resultado de la imposición de una de las partes a la otra, o si lo es de políticas gubernamentales ajenas al ámbito de decisión de ambas partes por igual, o de otras causas. La política en cuestión tampoco toma en cuenta las causas de elevación de los intereses que se funden en la situación subjetiva (la aceptación de un costo mayor al promedio en razón de que el deudor tiene una expectativa cierta de obtener utilidades aún mayores, o se trata de la imposición de condiciones inconvenientes mediante algún tipo de aprovechamiento) u objetiva (diferente grado de riesgo de cada sujeto tomador de la financiación) de las partes en cada caso particular. Tampoco suele atender dicha corriente jurisprudencial a la circunstancia de que el supuesto desequilibrio de las prestaciones (que nunca es objeto de análisis profundo, sino en el mejor de los casos superficial) sea coetáneo a la formación del contrato, o sobreviniente y en este caso por qué. Dicha política judicial suele resolver todos los problemas antes señalados (sin distinguir las distintas situaciones mencionadas), con una misma receta: la sustitución de la voluntad de las partes por una tasa determinada judicialmente sobre la base de un criterio de “justicia” abstracto, que puede fijarse aún por debajo de la tasa promedio de mercado (esto es sin referencia a las condiciones financieras que efectivamente imperan en un momento y lugar determinados, o al menos sin que tales referencias se expliciten),¹¹²⁶ toda vez que como se dijo, los tribunales no indagan necesariamente dicha información. Muchas veces los jueces no aceptarían la prueba de la inexistencia de abuso alguno, porque consideran que la cuantía de la tasa de interés en sí misma constituye una situación de “injusticia” en abstracto, aún cuando dichos intereses correspondan a los corrientes de plaza.

¹¹²⁶ Molinario, ob. cit. y lug. cit. en nota 1010. Comparar con el fallo N° X, del APÉNDICE 14.

Esta política en cuestión parece ser coherente con una situación en la que los intereses elevados son consecuencia siempre de situaciones imputables al prestamista de los capitales. Pero el análisis efectuado a todo lo largo de este apartado § 87, nos muestra que la mayor parte de los últimos años en nuestro país, la tasa de interés promedio del mercado se ha mantenido elevada como consecuencia directa de ciertas políticas económicas de diferentes administraciones del Estado. Es por ello que la solución de tales problemas está en manos de las autoridades a quienes les toque ejercer Poder Ejecutivo nacional (revirtiendo tales medidas, o estableciendo subsidios transitorios hasta tanto tales medidas puedan ser adoptadas).

Pero mientras tales difíciles y complejas medidas no se toman (o no se terminan de tomar), es del caso preguntarse si la política judicial del criterio *objetivo* de reducir las tasas que superan un cierto límite fijado según criterios nunca explicitados, es una respuesta adecuada (aún aceptando que provisoria, ante la inacción de quien tiene las herramientas para hacerlo) frente a tal estado de cosas, o no.

La cuestión es que en tanto sea conocido por los tomadores de crédito, que los jueces autorizan a no cumplir los términos en que los contratos fueron pactados originalmente, en lo referido a la cuantía de los intereses, fijando nuevas tasas inferiores a las pactadas, es evidente que esto ha de interferir necesariamente en el funcionamiento del mercado de dinero.

Tal interferencia se habrá de manifestar en dos aspectos principalmente: 1º) Tal política judicial habrá de generar incentivos para el incumplimiento del deudor. 2º) Dicha política es ineficaz para producir una reasignación de recursos, por las razones que más adelante se expondrán.

h-1º) En efecto, la política judicial de interferir en los convenios de las partes por fuera de las causas establecidas en los artículos 954 y 1198 del Código Civil, crea las condiciones para un aumento del nivel de incumplimientos: además del que se verifique por parte de los que de hecho no pueden pagar porque carecen de medios para hacerlo, habrá de sumarse el de los que lo hacen por simple cálculo racional de conveniencia (para qué pagar espontáneamente lo pactado, si en sede judicial se cancela la obligación por una suma menor). Esta situación ha sido descripta por el AED como de *oportunismo contractual* (nota 1067 y texto relacionado). Ampliando lo ya expuesto, se puede caracterizar esta idea en los siguientes términos:

«El oportunismo es un fenómeno que implica la posibilidad de que alguna de las partes incumpla su promesa o se aproveche de su situación para adoptar una acción que vulnera el espíritu de lo pactado contractualmente...

«..La existencia de normas jurídicas que aseguren que las partes no pueden incumplir gratuitamente sus promesas contractuales es por lo tanto un factor que contribuye a reducir los costos de transacción en situaciones como la descrita. En efecto, si la segunda parte sabe que su incumplimiento la obliga a indemnizar a la primera parte, esto puede hacer que –cuando tenga que decidir si cumple o no con su obligación– halle más conveniente cumplir que incumplir y el contrato termine llevándose a cabo tal como fue pactado. Si, antes de celebrar el contrato, las dos partes hallaban beneficioso involucrarse en dicha relación contractual, entonces la existencia de una norma jurídica como la mencionada sirve para permitir que un intercambio mutuamente conveniente se pueda llevar a cabo.»¹¹²⁷

Pero el oportunismo que crea la intervención judicial de reducir los intereses pactados por debajo del costo del mercado (así como la de indemnizar el daño moratorio con tasas inferiores a las que pagan los deudores corrientes), no es del tipo que existe naturalmente, por ejemplo, en el caso de la relación existente entre partes en las que una ya recibió su prestación y luego de ello recién debe entregar la suya. En el caso de la intervención judicial, la oportunidad se le crea artificialmente a la parte deudora, luego de celebrado el contrato de financiación, cuando un juez lo autoriza a no cumplir su contrato en las condiciones pactadas. Pero por otra parte, esa decisión deja al deudor en la posibilidad de ser él quien elija si recurre a la justicia (si hace uso de la decisión judicial que obtuvo) o no. Por lo tanto, también las decisiones judiciales en análisis crean un riesgo *endógeno* (nota 1062 y texto relacionado). Y este tipo de situación en la que el resultado económico esperado por una parte en un contrato, depende del comportamiento de la otra parte (como en el caso de asegurado que con su negligencia puede aumentar las indemnizaciones que habrá de pagar el asegurador), se denomina (y así lo hemos referido) *riesgo moral* (nota 1064 y texto relacionado).

Y aquí es donde se advierte que bajo la advocación de la “justicia” que implicaría reducir las tasas de interés que han superado ciertos límites cuantitativos que los jueces así deciden, se crea un incentivo a los deudores para actuar en forma inmoral. ¿Por qué se dice que este proceder es “inmoral”? Veremos por qué.

El problema nos remite a la “ley fundamental” de la razón pura práctica de Kant, que dice:

«Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal.»¹¹²⁸

No requiere demostraciones empíricas sostener que si –en épocas de altas tasas de interés imperantes en una comunidad determinada– todos sus tomadores de créditos de adoptaran el comportamiento de recurrir a la justicia para solicitar la reducción de las tasas que pactaron (en conocimiento de que los jueces les otorgarán tal reducción), dicha

¹¹²⁷ Coloma, ob. cit., apartado 4.4., p. 59 y sig.

¹¹²⁸ Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga 1788 (traducción castellana, *Crítica de la razón práctica*, E. Miñana y Villagrasa y Manuel García Morente, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994), § 7, p. 49.

comunidad sería inviable. Otorgar a los deudores de financiaciones una acción para dejar sin efecto las tasas de interés pactadas, sin duda que es una conducta que no puede transformarse en una “legislación universal”. No parece que una economía pueda funcionar, si en ella dejara de haber cumplimiento espontáneo de las obligaciones, y todas debieran cancelarse judicialmente. Pareciera que el sistema judicial colapsaría (por no poder satisfacer semejante incremento de los juicios), y el mercado de dinero terminaría por desaparecer (pues nadie estaría dispuesto a prestar dinero, si sabe de antemano que la tasa esperada no se respetará y no podrá cubrirse de tal riesgo de ninguna forma).

Este razonamiento fue sostenido por el vocal de la Cámara Nacional de Comercio Sala D, Edgardo M. Alberti, con relación a la aplicación de la tasa pasiva a los efectos de establecer el resarcimiento moratorio cuando las partes no lo pactaron en sus contratos, en estos términos:

«Es imposible suponer que pueda subsistir como sociedad económicamente organizada una en la cual los jueces impongan concientemente a los malos pagadores abonar un interés inferior a que pagan los buenos deudores de todos los bancos del país. No es congruente que la compensación del incumplimiento sea inferior a lo que pagan los deudores durante el período de cumplimiento tempestivo de sus deudas...

«Es inimaginable que los dueños de los capitales los dejen por mucho tiempo en una sociedad cuya justicia premia implícitamente a los deudores, al hacerlos pagar menos interés del que solventan todos los tomadores de crédito. La persistencia en la solución reductora del interés conducirá a la fuga de los capitales de tal sociedad. Luego de esa temible desaparición de buena parte de los capitales el interés corriente en el medio económico sería justamente cada vez más elevado, porque los propietarios de los capitales aumentarían lo cobrado de los cumplidores para resarcirse de la privación del interés por devengar ante el incumplimiento.

«Si el interés que todos los tribunales impusieran a todos los deudores incumplidores fuera el más bajo de la plaza, nadie pagaría sus deudas; porque los tribunales establecerían durante el juicio una tasa reducida respecto de la corriente. Y entonces, esto parece novelesco pero ocurriría de difundirse a todos los pleitos el proceder fatal recientemente adoptado en situaciones atípicas, los pleitos crecerán hasta ser tantos como créditos existan sin cláusula relativa al interés moratorio.»¹¹²⁹

Podría entenderse que el argumento expuesto en el apartado I-4) del voto en minoría del Dr. Sánchez sobre la primera cuestión, en el plenario de la Cámara Nacional Civil, “Samudio de Martínez” (nota 522), constituye una réplica al argumento del oportunismo contractual. Allí sostuvo que la utilización de la tasa pasiva, en lugar de la activa, para resarcir la mora del deudor, no habría provocado un aumento de la litigiosidad –como opinó la mayoría– sino lo contrario. Al respecto dijo:

«... sostiene la minoría, y así lo hice en el debate, que en este fuero civil, desde que entró en vigencia la Ley de Mediación Obligatoria 24573 (1995) -y siendo obligatoria ya entonces la aplicación de la tasa pasiva promedio del Banco Central (plenario "Vázquez" de 1993)- disminuyó el índice de litigiosidad, lo que se acredita con nuestras conocidas estadísticas...

«La vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ... Dra. Elena I. Highton de Nolasco (... LL Actualidad, 12/8/2008) expresa que desde la incorporación de los medios alternativos de resolución de disputas en nuestro país la reducción de litigiosidad es palmaria; y agrega que la

¹¹²⁹ Autos “Ganadera Argentina S.A. de Seguros v. Torrisi, José L. y otros”, resuelto por la Cám. Nac. de Com. Sala D, el 11/03/1993, publicado en JA 1993-IV-219 y Lexis N° 93400059. Este fallo fue citado también en el fallo citado en el APÉNDICE 14, caso IV (voto de la minoría, en nota 1171).

información estadística producida por el servicio informático de esta Cámara Civil acredita que un 65% de los conflictos devenidos en juicio quedó afuera del sistema...

«Por el contrario, y sin afirmar que en el supuesto anterior -ni en el que ahora consideraré- la cuestión se vincule a una sola causa, diré que aquellos otros dos fueros nacionales que aplican el derecho privado y se distinguieron por sostener los mayores índices de actualización y tasas de interés, terminaron colapsados; así ocurrió con las Justicias Nacionales del Trabajo y en lo Comercial, que continúan aplicando la tasa activa según recuerda el voto mayoritario.»

Por cierto que traer a colación la disminución de la litigiosidad que se produjo en el fuero civil como consecuencia de la implementación del régimen de mediación obligatoria, y relacionarlo con que en ese fuero se utilizó la tasa pasiva, y en los fueros comercial y del trabajo (que usan la tasa activa) aumentó, no prueba una relación de causalidad entre una cosa y otra. No obstante que el Dr. Sánchez admite que no se puede considerar que la disminución de la litigiosidad obedezca a una sola causa, usa el argumento para relativizar la postura de la mayoría (sobre la inducción al incumplimiento, en caso de aplicarse una tasa no remunerativa frente a la inflación).

De hecho debe haber muchos deudores que aún siéndoles más conveniente pagar en sede judicial, a fines de solicitar una reducción de la tasa pactada, prefieran honrar lo pactado, a los fines de preservar su reputación crediticia frente a su acreedor (y de esa manera volver a ser destinatario de una nueva concesión de crédito). Pero no todos los deudores están en una posición en la que dependan de su buena reputación. Las compañías de seguro (que fue precisamente el caso de deudores que se discutió en el plenario civil “Samudio de Martínez”) parecen no estar en esa situación y son más bien proclives a demorar el cumplimiento del pago de los siniestros, para lo cual, sin duda la fijación de la tasa pasiva los favorecía.

Por otro lado, aquí también existe un factor moral respecto del *oportunismo contractual*. La política judicial, tanto de retribuir el perjuicio moratorio con una tasa de interés inferior a la que paga cualquier deudor en el sistema financiero, así como la de reducir los intereses pactados, por debajo aún de la tasa corriente de mercado, parece estimular el concepto desarrollado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, del *efficient breach of contract*. Esto significa algo así como que cuando el incumplimiento de un contrato es socialmente útil, es preferible indemnizar su incumplimiento, que cumplirlo. Por cierto que esta idea no ha tenido buena acogida entre nosotros. Así se ha dicho que “en el horizonte dogmático occidental los contratos están para ser cumplidos, no para generar indemnizaciones por su quebrantamiento”.¹¹³⁰

No se trata de indagar si efectivamente la corriente jurisprudencial que comentamos induce efectivamente (es la causa) del comportamiento de muchos deudores, que recurren a

¹¹³⁰ Siperman, ob. cit., p. 204.

los estrados judiciales para solicitar la reducción de las tasas pactadas, aún por fuera de los supuestos de abuso (art. 954) o de excesiva onerosidad sobreviniente (art. 1198) que habilita la legislación civil. El problema es que dicha política, al crearle a los deudores la *oportunidad* de incumplir sus contratos, cancelándolos con un costo menor al convenido, no es sustentable si se generalizara. Por cierto que todavía no se ha generalizado al grado de ser total. Pero lo censurable es la mera “posibilidad” de que así suceda. Es más, la posibilidad de que la política judicial en cuestión subsista, radica en que precisamente no todos los deudores de obligaciones financieras recurran a su utilización. De hecho siempre hay deudores que valoran más su reputación crediticia y prefieren cumplir sus obligaciones en la forma pactada. Pero la existencia de estos deudores es la que hace posible el “oportunismo” de los otros: puesto que si por hipótesis, todos los deudores optaran por solicitar judicialmente la reducción de los intereses pactados, se caería en la inviabilidad del sistema, que señalaba el voto citado de Alberti. En esto radica la “inmoralidad” de la práctica en cuestión.

h-2º) El segundo aspecto de la interferencia de la política judicial que se viene comentando, respecto del funcionamiento del mercado de dinero, es el relativo al aumento de la “tasa de riesgo” que esta política acarrea. No sólo es injusto generar la oportunidad de incumplimiento a favor de los deudores de las obligaciones financieras (generando un “riesgo moral” para los acreedores), fuera de las condiciones previstas en la legislación de fondo, sino que además es estéril. En efecto, dicha política produce el efecto contrario que busca: beneficia (¡por una sola vez!) a los deudores que recurren a la justicia, en detrimento de los deudores que prefieren pagar espontáneamente, y a los mismos deudores antes beneficiados, para la próxima vez que necesiten recurrir al crédito.

La consecuencia de esta política judicial es la siguiente: los prestamistas que conociendo esta situación (y por cierto que la conocen) acepten prestar sus capitales, habrán de protegerse adicionando a la tasa de interés, una suma que cubra el riesgo de incumplimiento.¹¹³¹ Con lo cual, la única tasa de interés que pueden reducir los jueces, es la que se paga en los estrados judiciales. Por el contrario, la tasa de interés de las operaciones que se cancelan espontáneamente habrá aumentado, como consecuencia de lo expuesto.

Y esta esterilidad de la política judicial de traslado de costos entre dador y tomador de financiaciones, no es privativa del fenómeno financiero, sino que es más general aún. Sobre esta cuestión se ha dicho:

¹¹³¹ Ver considerando 7 del dictamen de la Fiscal adjunta en el plenario de la Cámara Nacional de Comercio “Calle Guevara, Raúl” citado en nota 519.

«En su introducción al análisis económico del derecho, Mitchell Polinsky (1989) dedica cierto espacio a discutir la capacidad del sistema de normas jurídicas como instrumento para influir sobre la distribución del ingreso y a la conveniencia de utilizarlo en ese papel. Su conclusión básica es que existen ciertas áreas del derecho que son susceptibles de influir en la distribución del ingreso y otras que son incapaces de hacerlo, y que dicha capacidad tiene que ver con la existencia de relaciones contractuales entre las partes entre las cuales se desea efectuar la distribución en cuestión. En efecto, si lo que hacen las normas es definir la asignación de ciertos derechos para que los mismos puedan luego ser oponibles ante terceros, tales normas afectan en principio la distribución del ingreso entre las partes eventualmente involucradas. Si, en cambio, lo que hacen es definir el modo en el cual los derechos pueden ser transferidos entre las partes, el impacto distributivo de las mismas es mucho menor (y se vuelve eventualmente nulo).»¹¹³²

El autor citado pone como ejemplo de la poca utilidad de aumentar las responsabilidades contractuales, los supuestos de vicios redhibitorios o de aumento de las indemnizaciones en casos de incumplimiento contractual, y agrega respecto de dicha inutilidad:

«...Esto se debe a que el contrato en cuestión prevé también una contraprestación que está directamente relacionada con las características del bien o derecho comercializado, y que hace que una situación en la cual se comercia un bien implícita o explícitamente garantizado contra vicios redhibitorios implique un precio mayor que una situación en la cual no existe dicha garantía, y que dicho precio sea también superior si el incumplimiento contractual genera el derecho a percibir una indemnización que compensa el daño emergente y el lucro cesante del comprador que en un caso en el cual la indemnización prevista es meramente restitutiva.

«... en el capítulo 5 sobre responsabilidad civil... se vio que las reglas objetivas y subjetivas de atribución de la responsabilidad sólo actuaban redistribuyendo ingresos entre actores y damnificados cuando los eventuales accidentes tenían lugar entre personas no ligadas por un contrato directo ni indirecto. En los casos en los que media un contrato (explícito o tácito, inmediato o mediato) el impacto redistributivo se diluye porque los precios pasan a cumplir una función de ajuste de las prestaciones. Por lo tanto, un aumento en las indemnizaciones patronales por riesgos del trabajo suele generar a mediano plazo una reducción en el salario y un aumento en las garantías de los productos elaborados tiende a implicar un incremento en el precio de dichos productos.

«En su análisis de las funciones económicas del derecho, Mitchell Polinsky llega además a la conclusión de que, aun en los casos en los que el derecho privado (y, por extensión, el derecho regulatorio) pueden influir sobre la distribución del ingreso, dicha influencia es menos efectiva que la que puede lograrse utilizando instrumentos específicamente distributivos como pueden ser los sistemas de impuestos y subsidios. Esto es así porque el impacto distributivo de una norma que asigna derechos sobre un determinado activo o que regula una determinada actividad sólo puede redistribuir ingresos entre las personas que deciden participar directamente de la actividad en cuestión, y no afecta a otras personas que están en situaciones equivalentes pero que tienen preferencias distintas o que tienen su riqueza distribuida de diferente manera.... »¹¹³³

Un argumento similar al expuesto más arriba, se encuentra en el voto del Dr. Lorenzetti, como Juez de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un caso en que se discutió la razonabilidad de la reglamentación de la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante la resolución 25429/1997, que fijó una franquicia de \$ 40.000 respecto todo contrato de seguro que cubra la responsabilidad civil de vehículos destinados a transporte público de pasajeros. Entre otros argumentos, el Dr. Lorenzetti sostuvo la legalidad de dicha franquicia y su oponibilidad a la víctima de un accidente de tránsito, basado en que a la larga, la

¹¹³² Coloma, ob. cit., § 7.1, p. 115.

¹¹³³ Coloma, ob. cit., lug. citado nota 1132.

eliminación de la franquicia no redundaría en una mejor cobertura de futuras víctimas de accidentes. Lo dijo en estos términos:

«Interpretada conforme a sus consecuencias, la decisión de declarar la inoponibilidad de la franquicia no constituye un beneficio para las víctimas. Establecida una regla semejante, los aseguradores eliminarán la franquicia, elevarán los precios y difundirán sus costos, lo cual aumentará el volumen de sus negocios. Si se incrementan los capitales asegurados y disminuyen los incentivos para la prevención porque el seguro se hace cargo de la totalidad de las indemnizaciones, se satisface el objetivo de la reparación pero disminuye drásticamente toda motivación para evitar los accidentes. En el largo plazo, también habrá problemas para el aseguramiento y resultará afectado el objetivo de la reparación.»¹¹³⁴

Hay que aclarar que esta postura no ha sido unánime compartida.¹¹³⁵

De lo expuesto cabe concluir que por muy loable que sea el propósito de proteger a los deudores de factores que no controlan (como es el caso de la elevación de las tasas de interés, producidas por el efecto de políticas públicas sobre las que no tienen ninguna capacidad de influir), no hay manera de proteger a esos deudores (los que eligen cumplir sus obligaciones en sede judicial), si no es perjudicando a los que de hecho cumplen sus obligaciones espontáneamente y en un futuro, a los mismos deudores antes protegidos, si necesitan volver a contraer un crédito.

h-3º) Podría replicarse que esta redistribución de beneficios entre los deudores que no pagan, sustentado por los que sí lo hacen, por muy injusto que parezca, es una manera de optar a favor de la situación de los deudores que carecen de medios de pago, frente a la de los que disponen de ellos. Y que en última instancia, los que disponen de medios de pago, también tienen abierto el acceso al remedio de concurrir a la justicia y cancelar sus obligaciones de manera reducida. Esta segunda parte del argumento hemos visto que hace inviable la primera: si todos los deudores recurren a la justicia, entonces ya no podrán beneficiarse todos. Por lo tanto, solamente subsiste que la política en cuestión beneficia a algunos en perjuicio de otros, a la par que perjudica al acreedor de obligaciones financieras y lo obliga a protegerse mediante un recargo en la tasa de interés (prima de riesgo) que impondrá a las operaciones futuras.

En este punto llegamos a una cuestión de índole claramente valorativa. Desde el punto de vista del autor, la política judicial del límite *objetivo* a la cuantía de la tasa de interés, solamente podría justificarse como solución extrema y transitoria en el tiempo, frente a una crisis de duración acotada, en tanto el las autoridades que ejerzan los poderes políticos (ejecutivo y/o legislativo) establecen medidas generales de subsidios que restablezcan el

¹¹³⁴ Voto del Dr. Lorenzetti en autos “Cuello, Patricia D. v. Lucena, Pedro A.”, resueltos por la CSJN, el 17/10/2007, publicado en Lexis N° 20071664.

¹¹³⁵ En contra de la citada opinión, ver Stiglitz, Rubén, “La franquicia en el autotransporte público de pasajeros en el pensamiento de la Corte”, en JA 2007-IV-745 (ver también Lexis N° 0003/013508), apartado XVI.

equilibrio de las prestaciones entre todas las partes en cuestión (como se ha hecho frente a todas las crisis que hemos vivido).

CONCLUSIONES

Cabe ahora pasar revista al cumplimiento de los propósitos de este trabajo. Tales motivos fueron, por un lado procurar la reunificación de las situaciones relacionadas con las obligaciones surgidas de contratos cuyo objeto fuera el otorgamiento de *crédito*, para que de dicha reunificación se pudiera visualizar la necesidad de una interpretación que procure homogeneizar las soluciones normativas aplicables a todas ellas. Por otro lado, que dicho proceso de reunificación y visualización conjunta, aportara mayor racionalidad a un ámbito de problemas teñido desde antiguo por fuertes posturas emocionales, arraigadas en divergencias valorativas respecto del problema de los intereses.

Luego de la reseña histórica efectuada, no debería ponerse en duda la vinculación económica de figuras formalmente tan disímiles –a la luz de las relaciones jerárquicas entre los conceptos– como el *mutuo*, la *compraventa a plazo*, y la *sociedad* (como los casos más comunes de contratos generadores de relaciones de *crédito*). Y la diversidad jurídico-formal que ellas hoy exhiben debería buscarse en el trasfondo de la historia de la prohibición de los intereses a partir de la legislación canónica, su intento por extenderla a otros contratos, y los esfuerzos de los comerciantes desde la baja edad media, para eludir tales prohibiciones.

Como consecuencia de dicho proceso, hemos heredado una compleja estructura de contratos que dejó de lado el sentido de la sencillez sistemática, y no obstante haber superado la etapa de la discusión ontológica sobre la identidad o disimilitud de contratos tales como el mutuo, el contrato trino, la mohatra, etc., no nos ha permitido aún saltar otros cercos. Tal el caso del que tiene encerrada al pacto de participación en las utilidades de un negocio en un mecanismo lleno de repercusiones y analogías antropomórficas, tales que reúne en una misma categoría los acuerdos entre sujetos para gestionar un negocio común, con los mecanismos de captación de capitales que habrán de financiar tales negocios.

En cuanto al intento de dotar de más racionalidad al debate sobre las cuestiones relativas al régimen de los intereses y de las rentas en general, no esperamos haber hecho un aporte concluyente. Por un lado se ha puesto de manifiesto que la cultura jurídica occidental está asentada sobre numerosos presupuestos (tales como la llamada plenitud hermética del orden jurídico, la supuesta inexistencia de “lagunas”, la pretendida exhaustividad de la grilla de figuras contractuales en uso, etc.) que no resisten un análisis racional riguroso. En este sentido, parece

algo difícil de negar que la pretensión de que la grilla de figuras contractuales que usamos para canalizar los contratos de *crédito*, dé lugar a regímenes legales diferenciados para cada una de ellas, es una mera ficción. Para que un conjunto de reglas de derecho dé como resultado un tratamiento normativo coherente (sin soluciones repetidas ni contradictorias), las circunstancias relevantes que se toman como criterio para determinar una solución u otra, tienen que tener la propiedad de dividir el universo de posibilidades en dos: las situaciones que poseen esa circunstancia relevante y las que no lo poseen. Pero mal puede nuestro sistema de contratos usados para la generación de operaciones de crédito cumplir con dicho requisito, si las definiciones de las distintas familias de contratos (la de los reales y los consensuales, por un lado y la de los contratos parciarios por otro) no usan las mismas características definitorias. Cada uno de dichos grupos de contratos se define en función de distintos grupos de características. Por ende, la uniformidad normativa es imposible y las incoherencias normativas inevitables. Por consiguiente, aspiramos a que aquellos presupuestos de nuestra cultura jurídica sean considerados como ideales merecedores de su búsqueda y concreción, pero que a su vez se tenga conciencia de las limitaciones de tales presupuestos.

Por otro lado, el ideal de racionalidad está limitado por la imposibilidad de reducir la totalidad de los fenómenos valorativos a procesos racionales. Y si bien el problema de la prohibición de los intereses ha sido dejado atrás por la historia, aún sigue vigente una intensa polémica respecto de la cuestión de la cuantía razonable que habrán de tolerarse a los mismos.

En este sentido, se ha procurado explicitar los criterios racionales del ideal de justicia, desde una perspectiva que supone dejar de lado la concepción de ésta como un ideal estático establecido de una vez y para siempre, sino desde un punto de vista dinámico. Se ha tratado de dejar de lado las oposiciones binarias del tipo bien-mal, frente a las cuales no se puede sino estar a favor o en contra y que se instalaron en Occidente desde Platón en adelante.

El problema de lo que puede resultar justo hoy, no debería ser una cuestión que dé lugar a expresar tantas certidumbres, sino más bien una oportunidad para cotejar aspectos conflictivos sobre los que no tenemos respuestas concluyentes sino más bien intentos de soluciones por aproximación mediante el ensayo y el error.

Las incertidumbres que pueblan nuestro presente nos deberían remitir a la actitud agonal que caracterizó el espíritu trágico,¹¹³⁶ que supo tratar con los conflictos, sin tener la pretensión de eliminarlos de una vez y para siempre.

¹¹³⁶ Se pueden citar numerosos ejemplos de lo que llamamos "espíritu trágico". Uno de ellos lo encontramos en el conflicto entre la religión familiar, privada, practicada en el círculo estrecho de los parientes, que encarna Antígona en la versión homónima de Sófocles, con la religión pública, en la que los dioses tutelares de la ciudad terminan fusionándose con los valores supremos del Estado, según la entiende Creonte. Este conflicto entre esas dos formas de religiosidad, no termina con el triunfo de una sobre la otra. Por el contrario la obra culmina de modo que

Ya antes de que el llamado siglo de oro de la antigua Grecia nos brindara las demostraciones del enfoque que propiciamos para abordar los conflictos complejos, encontramos un caso específico relativo a la primera vez en que la cuestión de los intereses se manifestó en nuestra cultura como problemática. Cuando Solón fue llamado a resolver el problema del sobreendeudamiento de un sector de la Atenas del siglo VI a.C. (§ 10) no actuó sobre la base de buscar a cuál sector darle la razón y a cuál negársela, sino que trató de “construir” una solución que permitiera la convivencia de ambos grupos. Por cierto que las cosas hoy y entre nosotros, son mucho más complicadas aún, y la cuestión de la circulación del crédito ha dejado de ser un proceso que involucra a dos sectores económicos –como el caso en la Antigua Grecia– sino que por el contrario involucra a más actores: hoy tenemos unidades económicas superhabitarias (que muchas veces son los particulares y las familias), unidades económicas deficitarias (que suelen ser principalmente las empresas, el Estado mismo, aunque también los particulares en menor medida), los intermediarios financieros, y el Estado en su función de regulador y que incide fuertemente respecto de la circulación del crédito (muchas veces sin escindir su papel de demandante de recursos monetarios).

Los conflictos que genera la circulación del crédito, no son susceptibles de solucionarse con la clasificación de los acreedores en la categoría de los “malos” y los deudores en la de los “buenos”. Hemos visto que las cosas son más complejas. La elevación crónica de los tipos de interés en nuestro país, no es un problema que concierna a la mayor o menor avidez generalizada de la parte dadora de crédito (no obstante que sin duda habrá de existir en casos puntuales), sino a condiciones estructurales del mercado que responde así a ciertos factores externos a las partes de la relación crediticia. Los partidarios de las restricciones a los intereses cuentan con una larga tradición respaldada por la natural y justificada simpatía hacia los “débiles”. Pero en la complejidad de las sociedades modernas, los recursos que pueden parecer más directos, a veces tienen efectos contrarios a los esperados (§ 87 apr. h). La historia reseñada en este trabajo sobre los intentos de limitar los intereses, ha puesto de manifiesto la inviabilidad práctica –en el mediano y largo plazo– de tales tentativas.

La visión resultante del enfoque unitario del problema de la *renta*, lleva a la necesidad de evitar la apelación al encuadramiento de los problemas bajo etiquetas que no van más allá de la descalificación según criterios personales, pero que eluden las necesarias distinciones en el

sugiere al espectador la necesidad de que ambas actitudes le reconozcan un espacio a la otra, tal como se infiere de la muerte de Antígona y del suicidio de los familiares de Creonte.

Otro ejemplo del denominado espíritu trágico se encuentra en la ambigua valoración del papel de la cultura (representada por el fuego que Prometeo le entrega a la especie humana), en cuanto a si ésta significa o no un progreso en la visión de los atenienses del siglo V a.C. (que acababan de dejar atrás el mundo arcaico y se estaban adentrando en la vida de la *polis*). El hombre y sus logros son calificados con el adjetivo *deinós* en el famoso coro del elogio del Hombre (*Antígona*, vv. 330 y siguientes). Esta expresión griega significa a la vez lo que en castellano expresamos como “admirable”, así como “terrible”.

tratamiento normativo de la cuestión. Por ejemplo, a que no deberían resolverse los problemas relativos a la cuantía de los intereses razonables, sin distinguir si se trata de un conflicto entre comerciantes o empresarios, o si es uno entre empresas y consumidores. O que los distintos mecanismos para transmitir recursos de *capital* a una actividad económica sean juzgados menos en función de la bipartición entre recursos aportados por sus dueños o por terceros, y más en atención a una tipificación más rica de las complejas y diversas reglas a las que las partes deciden someterse.

Asimismo, dicho enfoque unitario, debería prevenirnos de caer en la creación proteica de figuras múltiples, con la finalidad de establecer tratamientos diferenciados encubiertos mediante el viejo recurso simplemente retórico de encubrir dichas diferenciaciones, como tantas veces viéramos hacer durante la historia de la prohibición de los intereses.

En todos los casos, el vehículo pensado para lograr un nuevo punto de vista sobre las formas jurídicas de las situaciones nacidas de las relaciones de otorgamiento de *crédito*, fue la proposición de una clasificación de las obligaciones de modo tal que resultaran englobadas en un solo conjunto, aquellas que resultaban de relaciones jurídicas en las que hubiera habido un intercambio de prestaciones que denominamos *presentes*, por otras que denominamos *futuras*. Esto fue lo que hemos llamado obligaciones *financieras*.

Esta propuesta fue una manera de sobreponerse a la situación de fragmentación de las figuras contractuales generadas para eludir la prohibición de los intereses.

La visualización de las obligaciones desde el punto de vista de poseer o no la propiedad de diferir la exigibilidad de la contraprestación, entendemos que permitió reorganizar un sector de relaciones jurídicas –en razón de una particular función económica– en vistas a reunir dentro de una misma categoría casos merecedores de una misma solución interpretativa. Encontrar las similitudes entre los fenómenos, siempre es más provechoso que resaltar las diferencias. Así se ha dicho:

«Dados dos fenómenos, demostrar que son distintos es relativamente fácil, pues con encontrar un aspecto diferente basta. La diferencia generalmente salta a la vista. Lo común es en cambio abstracción aproximada y difusa que se busca bajo las diferencias. Por eso, para superar incertidumbre, la información relativa a diferencias es menos útil que aquella que alude a similitud. Sondar lo diferente es mero observar. Buscar lo común es comprender. En otras palabras, encontrar detalles diferentes es coleccionar datos en tanto que descubrir esencias comunes es crear conocimiento.»¹¹³⁷

Puesto que se suele decir que los juristas van siempre detrás de los hombres de negocios, es importante generar un mecanismo que, luego de mirar el revés de la trama con que los hábiles comerciantes medievales lograban eludir las prohibiciones canónicas, descubra las

¹¹³⁷ Plastino, Ángel, “Entender el mundo”, en *El Día*, La Plata, 12 de marzo de 2010, p. 4.

líneas de vinculación de lo que ellos se preocupaban por disimular. Hoy, en el punto en que nos encontramos, no podemos seguir atados a los artilugios ingeniosos que cumplieron una función que ya no se justifica.

Entendemos que mediante este recurso, se ha obtenido una visión de conjunto, superadora de la superposición de figuras legales que nos evite caer en la proliferación de categorías de animales, que aparecían en la enciclopedia china de la que hablaba Borges (*El idioma analítico de John Wilkins*).

APÉNDICE 1: CONTRA LOS QUE PRACTICAN LA USURA

por Gregorio de Nisa¹¹³⁸

Las personas que aman la virtud viven de acuerdo con la razón a través del seguimiento de las leyes benéficas y las ordenanzas. Dos características pertenecientes a los legisladores distinguen a tales personas: una es opuesta a la perversidad mientras la otra favorece las buenas acciones. Una persona no puede de otra forma vivir bien y moderadamente, a menos que tenga la virtud como madre y aleje al demonio. Por eso hoy estamos reunidos para oír los mandamientos de Dios y prestar mucha atención al profeta (Ezequiel). El mató al demonio del préstamo de dinero cuyo hijo es la usura y ha desterrado de su vida el dinero ganado mediante el comercio (Ezeq. 22,12). Aceptemos pacientemente los mandamientos [de Dios] y evitemos convertirnos en la roca bajo la cual la semilla cae, se seca y no da frutos (Lucas 8,13). Tampoco debieran aplicarse a nosotros las palabras dichas a los obstinados israelitas: “Escuchan aunque no entienden, y miran aunque no ven” (Is. 6,10).

Le pido a los que me escuchan que no condenen mi audacia ni mi falta de entendimiento cuando oyen a una persona hábil como yo en los discursos y la filosofía y entrenada en cada tipo de conocimiento porque he abandonado cualquier relación con la usura. Descenderé ahora a una competencia pareja; aunque pueda ser unido al yugo junto a un asno o a un buey, estoy sin embargo coronado con la victoria obtenida por un caballo. Lo pequeño siempre aparece con lo grande y la luna luminosa con el sol radiante. Un barco mercante es empujado por el viento y un pequeño bote atraviesa la profundidad; atletas entrenados, así como los jóvenes esparcen arena sobre ellos antes de luchar. Con esto en mente, nuestros comentarios deberían invitar vuestra reflexión.

¹¹³⁸ Traducción del autor del texto traducido al inglés del griego, por Casimir McCambley, "Against Those Who Practice Usury by Gregory of Nyssa," *Greek Orthodox Theological Review* 36.3-4 (1991): 287-302, que estuvo disponible en Internet hasta hace un tiempo en el sitio <http://www.ucc.ucom.edu/~das93006/nfnyssa.htm>.

Vosotros a quienes me dirijo, quienes quiera que sean, abandonen los hábitos de un insignificante ladrón. Amen a los hombres, no a los ricos, y resistan este tipo de pecado. Digan con Juan el Bautista a aquellos que aman la usura, “Apartaos de mí, ‘raza de víboras’” (Mateo 3,7). Ustedes están malditos por esos quienes los tienen a disposición de ellos. Aunque ustedes permiten un [placer] trivial para deleitarse ahora, una serpiente venenosa trae luego daño a sus almas. Ustedes dificultan el camino de la vida y cierran las puertas del reino [de los cielos]. La fascinación con cosas triviales hace tintinear sus oídos y los somete a eterna aflicción. Las siguientes palabras que son pertinentes a la acumulación [de riqueza] y a la usura deben inspirar vuestro amor por el pobre: “No rechacéis a quien os pida prestado” (Mateo 5,42). La persona desamparada está suplicando y está sentada afuera de tu puerta; en su necesidad busca tu riqueza para conseguir un alivio. En cambio haces exactamente lo opuesto, y la conviertes en un adversario. Fallas en asistirlo y en liberarlo de la necesidad mientras te permites el placer de la riqueza personal. A más de esto, siembras demonios en este desdichado afligido, retiras las ropas de su desnudez, le provocas daño y acumulas una preocupación y aflicción sobre otra. Quienquiera que obtenga dinero de la práctica de la usura garantiza una prenda de pobreza y trae mal a su casa mediante una aparente buena obra. Una persona con fiebre ardiente tiene una sed insaciable, honestamente ruega por vino. Aunque la copa dada por caridad le satisface por un momento, la fiebre furiosa pronto retorna con diez veces más fuerza. Así, quienquiera que preste dinero a una persona desamparada intensifica su miseria en lugar de aliviar su sufrimiento.

No vivas con fingida caridad ni seas un médico asesino con la pretensión de curar por un provecho; si haces esto, una persona confiada en tu habilidad puede sufrir un gran daño. El préstamo de dinero no tiene ningún valor y es voraz. Es desconocedor de tales negocios como la agricultura y el comercio; como una bestia, la usura reside en un lugar y encuentra deleite en los banquetes. El préstamo de dinero quiere que cada cosa sea salvaje y engendra cualquier cosa que sea agreste. Tiene una caña por arado, un papiro por campo y tinta negra por semilla. La lluvia y el paso del tiempo producen dinero mientras la guadaña exige compensación. La casa de la usura es como un lugar para trillar granos donde la fortuna de los oprimidos es secada y donde se considera todo como propio. Se reza por aflicciones y desgracias con el objeto de destruir a tales personas. El préstamo de dinero desprecia a la gente satisfecha con sus posesiones y las trata como enemigos porque no le proveen dinero. Observa en las cortes judiciales para encontrar angustia en las personas que reclaman pagos y sigue a los cobradores de impuestos quienes son un nido de buitres en formación de batalla para la guerra. El préstamo de dinero lleva un monedero y lo deja entrever como carnada igual que una bestia salvaje a aquellos en zozobra,

con el propósito de atraparlos en su necesidad. Diariamente cuenta las ganancias y no se satisface. Se irrita por el oro escondido en la casa de una persona porque se mantiene ocioso e improductivo. La usura imita a los granjeros que inmediatamente siembran para cosechar; toma y da dinero sin ganancia mientras lo transfiere de una mano a la otra. Frecuentemente se ve bienestar y riqueza entre personas que carecen de una sola moneda. En su lugar su esperanza reside en un pedazo de papel que representa su riqueza por mutuo acuerdo; esas personas no tienen nada aunque poseen todo. Por otro lado tenemos la admonición del Apóstol referente a las personas que no dan por caridad sino por codicia (cf. Mateo 5, 42). La usura opta por una forma conveniente de desamparo con el propósito de tener dinero como un esclavo afanoso constantemente. De esta manera el préstamo de dinero recupera lo que había prestado. Uno puede observar así, cómo la esperanza por el futuro vacía la casa de uno y vuelve temporaria a la riqueza inútil.

¿Cómo tiene lugar esta situación? Nada escrito sobre un papel es asegurado para generar sufrimiento; se presta con interés y se debe restituir lo que se ha ganado. Estoy exhortando a vosotros ahora porque una persona endeudada es indefensa y está encadenada, mientras que Dios que es rico y confiable te escuchará (Lucas 6, 30). El Evangelio nos incita a dar y recibir con relación a cualquier deuda pública registrada (Lucas 6, 38). Habla de un documento escrito por cuatro personas en lugar de un contrato de una persona cuyo testimonio pertenece a toda la Cristiandad empezando desde el tiempo de su salvación. Vosotros tenéis la prenda del paraíso y una valiosa divisa. Si buscáis más allá, [podréis ver que] el mundo entero es la posesión de un justo Deudor quien sabiamente tiene el cuidado de obtener abundancia y riqueza. La tierra entera es oro y pertenece a vuestro Deudor; plata cobre y todo otro material están bajo su autoridad. Considerad la extensión del cielo, examinad el ilimitado mar, aprended de las magnitudes de la tierra y contad los seres vivientes que se nutren de ella. Todos son sus súbditos y le pertenecen a quien trasciende vuestra comprensión. Oh amigo, presta mucha atención. No insultes a Dios ni lo consideres peor que un cambista. Hazle una promesa a él que es inmortal y cree en su confiable vínculo que no puede ser separado nunca.. No pidas ganancias sino da generosamente y sin corrupción (cf. Prov. 19,17). Entonces verás a Dios que abundantemente dispensa su gracia.

Si estas palabras os sorprenden, Dios mismo es un testigo confiable, porque su compensación es más generosa. Él [Cristo] responde a la pregunta de Pedro, “Mira, hemos dejado todo y te hemos seguido. ¿Qué obtendremos?” [Cristo] responde, “En verdad os digo que todo el que haya dejado su casa, hermanos o hermanas, padre o madre, esposa, hijos o tierras

recibirá el céntuplo y heredará la vida eterna” (Mateo, 19, 27). ¿Sois vosotros conscientes de su generosidad y bondad? El prestamista de dinero trabaja sin vergüenza con el objeto de doblar su capital mientras que Dios libremente concede el céntuplo a la persona que no aflige a su hermano. Así, cualquiera que confía en Dios deliberadamente no realiza ningún perjuicio negándose a entregarse a la usura. ¿Por qué os perjudicaríais vosotros con la ansiedad de calcular los días, meses, sumas de dinero, soñando con las utilidades y temiendo el día señalado en el cual la fructífera cosecha trae la lluvia? El prestamista de dinero es curioso con relación a las actividades de las personas de sus deudores, así como con sus viajes, actividades, movimientos y medios de vida personales. Si escucha un mal informe acerca de alguien que ha caído entre ladrones, o cuya buena fortuna se ha transformado en desamparo, el prestamista de dinero se sienta con las manos entrelazadas, gruñe constantemente, llora mucho, enrolla el documento de la obligación, lamenta el oro que representa, y hace un contrato que corta a su hijo como si fuera un vestido. Tal impaciente actitud resulta en una obsesión. Si el prestamista hubiera prestado a un marino, el se sentaría en la costa, preocupado por el movimiento del viento, constantemente examinaría su disminución, y esperaría el informe de un naufragio o alguna otra desgracia. Su alma está inquieta cada vez que ve que el mar se enfurece; examina los sueños y revela su disposición mediante los eventos que habían acontecido durante el día. Con relación a esta actitud estamos obligados a decir: “No permitas, oh hombre, que la ansiedad ni el deseo de ganancias te perturben. No busques el interés del dinero ni permitas que la acumulación de dinero te corrompa. Asóciate con el pobre y acumula su riqueza si quieres recibir abundancia de trigo de un campo reseco, racimos de la viña después de que el granizo haya caído encima de ellos, criaturas de una entraña estéril o leche nutritiva de una mujer sin niños.” Todos estamos familiarizados con estas experiencias, por lo que no hay razón para humillar a nadie. Dios solo es todo poderoso y no demanda riqueza porque nos provee con aspiraciones que trascienden todas nuestras esperanzas. Él evoca un manantial para brotar de la roca (Ex. 17,6), envía desde el cielo un nuevo y maravilloso pan (Ex. 16,15), endulza el agua amarga mediante una vara, envía un niño a la estéril Isabel (Lucas 1,13), le da a Samuel, Ana (Sam. 1,20) y el Primogénito a María en su virginidad (Lucas 2,7). Todas estas cosas vienen de la mano del Todopoderoso [Dios].

Puesto que estáis compuestos de cobre y oro, nadie busque la usura, fuerce la pobreza sobre los que son ricos, ni sea codicioso con las personas que piden dinero. ¿No sois concientes de que la necesidad por un préstamo es un pedido por caridad concedido jubilosamente? Por esta razón la ley [divina] constantemente nos aconseja sin tomar en consideración la piedad y prohíbe la usura: “Si prestas dinero a tu hermano, no debes ser demasiado rígido” (Ex. 22,25). La gracia

es una fuente de abundante generosidad que prescribe la remisión de multas como las siguientes palabras dicen: “Si haces un préstamo, esperas ganar” (cf. Lucas 6,34), y en otra parábola, “[Ese servidor] violentamente oprimió a su camarada servidor quien argüía que no podría pagarle. Ninguno perdonó cien denarios, una pequeña deuda, cuando había recibido el perdón por mil talentos (Mateos 18,28–34).” Como Maestro de nuestra fe, nuestro Salvador introdujo un modelo de plegaria y simple práctica a sus discípulos cuando los inició con las palabras de súplica convenientes a Dios: “Y perdónanos nuestras deudas así como nosotros perdonamos a nuestros deudores” (Mateos 6,12). ¿Cómo se puede rezar así, oh usurero? ¿Cómo se puede pedir a Dios en buena conciencia cuando tiene todo y no se sabe cómo dar.? ¿No sabéis que vuestra oración se compone de palabras despectivas? ¿Qué dais y que perdón solicitáis? ¿A quién mostráis perdón y lo llamáis perdón? Si demostráis compasión, ¿cuándo la das? ¿No estáis exigiendo tributo de vuestra hostilidad y odio? ¿No es de las desgracias, lágrimas y lamentaciones de otros? Si el pobre hombre hubiera sabido el origen de su oferta referente al perdón, no la habría tomado como saboreando la carne de su hermano y la sangre de sus parientes. Sabiamente diría a vuestras palabras directas: “Oh hombre, no te apoyes en las lágrimas de tu hermano y no des como alimento al hambre los gemidos de esos que han sufrido calamidades. Devolved a vuestro hermano lo que habéis perversamente robado y sed misericordiosos. ¿Qué propósito hay en afligir a mucha gente con pobreza mientras confortáis a uno en particular? Si la usura abundara, entonces una multitud de personas desamparadas cesaría de existir. Dejad de lado vuestros reclamos y sed generosos con todos. Condenad a los prestamistas de dinero porque no tienen cura como consecuencia de la Ley, los profetas y evangelistas. El santo Amos dice: “Oíd esto, vosotros que oprimís al pobre en la mañana, y conducís a los necesitados de la tierra diciendo: ‘cuándo el pasará el mes para que podamos vender’ (Amos 8,4–5)?

[Prestamistas de dinero] rotulan a los pecados con finos nombres, tales como “beneficio”, imitando a los Griegos, que dicen “demonios” u “odiosos asesinos” en lugar del verdadero nombre Euménides [la graciosa diosa]. La bondad consiste en no imponer gravosos intereses a nuestros hermanos, distribuyendo riqueza y extendiendo una generosa mano a esclavos que tienen poca felicidad al principio [de su cautiverio] y sufren amargamente más tarde durante su vida. Los usureros pueden ser comparados a las personas que intentan cazar pájaros. Al principio los pájaros disfrutaban de las semillas esparcidas; aquéllos frecuentan dichos lugares de abundante comida y luego perecen en las redes. Así sucede con las personas que reciben grandes cantidades de dinero prestado; durante un corto tiempo tienen dinero en abundancia y más tarde se ven despojados del hogar paterno. La misericordia abandona a

aquellas almas contaminadas y avaras que no son movidas por la piedad en absoluto cuando ven la casa de un deudor a punto de ser vendida. En lugar de ello, solicitan la venta con el propósito de obtener una rápida utilidad y ligarlos más fuertemente a la miseria de otra persona, a través de la persona que hizo el préstamo. Ellos [los prestamistas de dinero] son como cazadores insaciables que han cercado un valle en particular con redes. Habiendo tomado todo de ellas llevan las redes a otro valle cercano y repiten el proceso hasta que la totalidad de las presas son eliminadas de cada lugar.

Si vosotros os parecéis a tales personas, ¿cómo podéis ser mirados en el cielo? ¿Cómo podéis pedir por la remisión de vuestros pecados? ¿Estáis haciendo de una manera imprudente lo que el Salvador ha enseñado: “Perdónanos nuestras deudas, así como nosotros perdonamos a nuestros deudores” (Mateos 6,12)? ¡Cuántas personas son atrapadas por la usura y son lanzadas de cabeza en los ríos torrenciales! Esta es una muerte más tolerable que [resultar endeudado con] un prestamista que ha abandonado a sus hijos como huérfanos y los somete al desamparo como una perversa madrastra. Pero los usureros exigentes no prescinden de un hogar abandonado; en lugar de ello, persiguen a los herederos cuya única posesión puede ser una horca y buscan oro que para ellos es alimento tomado de un banquete. Cuando han sido reprochados, por ejemplo, a la muerte de un deudor y están avergonzados a la sola mención de la horca, ni se esconden ni se asustan; en su lugar hablan sin vergüenza en su amargura. ¿Es esta injusticia intrínseca a nuestra naturaleza [humana] porque el destino ha determinado un nacimiento desafortunado, sinsentido y miserable que habrá de terminar en una muerte cruel? A los prestamistas de dinero les gusta filosofar y mostrarse a sí mismos como discípulos de magos egipcios cada vez que uno de ellos hace súplicas por sus abominables proezas en defensa de tal conducta asesina. Hablan entre ellos de esta manera: “Vosotros habéis nacido en la ignominia y estáis bajo la perversa coerción de las estrellas. Si vosotros alimentáis la misericordia, descartáis parte de una deuda, adquirís una parte mediante remisión, no despreciaréis la vida como gravosa ni participaréis en ella. Entonces, ¿con qué ojos miraréis lo que está condenado a morir a la resurrección? Vosotros vendréis al asiento del juzgamiento de Cristo donde las usuras no son contadas pero donde las vidas son juzgadas. Vosotros responderéis al incorruptible Juez cuando el os diga: ‘Vosotros tenéis la Ley, los profetas y los Evangelios. ¿Los habéis oído clamar en una voz diciendo: ‘No prestarás dinero a interés a tu hermano’ (Deuteronomio 23,20) ‘No ha dado su dinero en usura’ (Salmos 14,5), ‘Si prestas dinero a tu hermano no serás exigente con él’ (Éxodo 22,24)? Pero Mateo proclama las palabras del Señor en parábolas: ‘¡Siervo malvado! Te he perdonado toda aquella deuda porque me lo suplicaste. ¿No debías tú también haberte apiadado de tu compañero como yo me apiadé

de ti? Y el señor irritado, lo entregó a los torturadores, hasta que pagase toda la deuda' (Mateos 18, 32–34). Entonces un arrepentimiento ineficaz acompañado por gruesos quejidos y el sentimiento de la inevitabilidad del castigo os embargará. De ninguna manera el oro os asistirá ni la plata os defenderá, puesto que la distribución del dinero prestado es cuestión de una ira más amarga. Estas palabras no tienen por objeto sembrar el miedo; más bien son honestas obras que testifican en el juicio ante la corte y deberían ser bien atendidas por prudencia y previsión.”

Prestad mucha atención ahora para que podáis obtener provecho de lo que estamos diciendo respecto de los juicios de Dios y los tiempos en los que estamos viviendo. Quizás muchos de vosotros estéis familiarizados con las cuestiones que estamos presentando.

Un cierto hombre vivía en una ciudad (no mencionaré su nombre para evitar ridiculizar a los muertos) que era un usurero y lucraba de los préstamos de dinero. Era un miserable en su pasión por el dinero y por la forma en que lo administraba (esa es la forma en que las personas que aman el dinero se comportan). Su mesa nunca tenía suficiente comida, y siempre tenía suficiente ropa y otras posesiones. Este hombre no cumplió en proveer a sus hijos con las necesidades vitales y fue reacio a tomar un baño por temor a pagar tres óbolos. Además de esto estuvo constantemente tratando de acumular más y más dinero. No estuvo satisfecho con dejar a sus hijos, a su esclavo, a su banquero, con llaves y sellos, la guarda de su tesoro. En lugar de ello este usurero guardó su dinero en hendiduras en la pared y las revocó con fango para ocultarlo.

APÉNDICE 2: DISPOSICIONES DEL DECRETO GRACIANO RELATIVAS A LA USURA

2a. Parte

Causa XIV. Cuestión I.¹¹³⁹

“Sobre las usuras, y el hecho de que una cosa es usura, y otra exigir lo debido”.

CAUSA XIV

Los canónigos de cierta Iglesia promueven la cuestión acerca de sus propiedades: presentan testigos de entre sus propios hermanos: entregaron dinero a los comerciantes para recibir provecho de las mercaderías de ellos.

- 1. Aquí, en primer lugar, se desea averiguar si es lícito para ellos (los canónigos) reclamar sus propias cosas.*
- 2. En segundo lugar, si ellos deben ser escuchados como testigos.*
- 3. Si aquello es exigir usuras.*
- 4. Si es lícito a los clérigos o a los laicos pedir usuras no importa de dónde.*
- 5. Si pueden hacerse limosnas a partir de las usuras.*
- 6. Si los usureros pueden tener penitencia si no devolvieren lo que mal recibieron.*

CUESTION I

Fácilmente parece probarse que no pueden reclamar, no obstante, sus cosas. Pues el Señor dice en el Evangelio: “Si quieres ser perfecto, ve y vende todo lo que posees, y ofrenda a los pobres”. Por lo tanto, mucho menos lícito les es reclamarlos: porque no debe ser reclamado lo que no es lícito que se posea. No.1 así: “Si alguien quisiera arrancar tu túnica y contender

¹¹³⁹Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición del *Corpus Iuris Canonici* ad modum Chritoph. Her. Friesleben alias Ferromontani, Coloniae Munatiana, Thurinsii, 1767, Decr. Grac. 2a. Parte, causa XIV, p. 637.

contigo en un juicio, déjale también la túnica”. No.2 . *Así el apóstol en la Epístola de los corintios*: “Por lo tanto si hubiereis tenido juicios seculares, en verdad el pecado está en vosotros”.No. 3. *Así Gregorio exponiendo*: “Todas las cosas están permitidas para mí: pero yo no seré llevado por la autoridad de ninguna”, *dijo*: “Cuando la inteligencia va detrás de la concepción de los deseos, está demostrado que sirve a las cosas, por el amor de las cuales es vencida”.

C.I. En cosas transitorias el Obispo apelado no disputa.

Así, del Concilio Cartaginés IV. e. 19.

“El Obispo apelado no disputa en cosas transitorias”. Graciano. Ya que generalmente se prohíbe a los prefectos contender en un juicio, es evidente que para éstos no es lícito estar delante del juez. Así se les responde. Se prohíbe a un prefecto estar en juicio, buscando ganancia, pero no evitando pérdida. O de otro modo: una cosa es poseer sus propias cosas: otra cosa es ser administradora de las cosas comunes. Los canónigos no poseen cosas propias: porque las cosas ofrecidas por Dios no pertenecen a alguien. Emplean pues las cosas de la Iglesia no como suyas sino como créditos para ser distribuidos por ellos. De donde Próspero, en el libro de la vida contemplativa: “El sacerdote a quien es confiada la misión de la distribución, y etc.”, proponía buscar en la causa de aquello, de donde era exigido (el) dinero para el monasterio. Por lo tanto, como éstos no poseen sus propias cosas, así no reclaman las suyas, sino las cosas de la Iglesia cuya procuración llevan adelante. Del mismo modo, el hecho de que les estuviere prohibido contender en el juicio, debe ser entendido así, a saber (verdaderamente), que no se presenten delante del juez por ellos mismos sino por otros. No obstante vemos que algunos de los Santos han estado frente al juez por otros y en favor de ellos han interpelado al juez. Estos, sin embargo, no están por si mismos, sino en favor de los pobres, para cuyas necesidades reclaman lo que les será útil: y así no se les prohíbe estar frente al juez. No. 2. Aquello, en verdad, del Evangelio: “Si alguien te robare la túnica, y etc.”, no le corresponde al que toma, sino al que exhorta.

C. II. Peca quien exige más allá de lo debido, no quien reclama para si lo debido.

Sobre lo que Agustín dice en lib. 19 contra Faustum, cap.25.

“No es reclamado inicuaamente, sin embargo, lo que es debido, aunque benignamente sea perdonado. Peca, sin embargo, el que exige más allá de lo debido: y por eso la ley,

restringiendo el modo instituye la pena del tali3n. Pero t3, por eso, est3s lejos del pecado de injusto exactor, porque no exiges la deuda: y por eso el buen maestro dice: “Al que te golpea en una mejilla, ofr3cele tambi3n la otra”: principalmente, no nos obliguemos nosotros mismos a devolver la deuda que no tiene deuda”.

“Correctori Romani”. En algunos ejemplares este cap3tulo est3 unido con el superior y confeccionado con las palabras de B. Agust3n, lib. 19, contra Faustum, c.25. desde entonces aceptadas e inmutables. Por eso recomienda leer de punta a punta aquel cap3tulo 3ntegro.

Graciano. Sic E catera accipias.

C. III. *Sobre el mismo asunto.*

As3, en el libro sobre la santa virginidad c. 14 y 15.

“Quienquiera que no haya obedecido a los preceptos es reo y deudor de castigo”. Y un poco despu3s No. 1. “No obedecer el precepto del Se3or es pecado: en consejo (concilio) si, en contra de tu voluntad, empero no hubieras obtenido un bien, nada de mal perpetrar3s”. As3 Jer3nimo lib. I. contra Joviniano. No. 2. “Lo que es recibido como precepto es ordenado: lo que es ordenado es necesario que se haga: si no se hiciere, hay castigo”. Y abajo. No. 3. “Cuando se da un dictamen la decisi3n es del que lo ofrece: cuando se da un precepto, la obligaci3n pertenece al dependiente”

“Correctori Romani” a “Virginitate”.) Ha sido restituida la cita del Policarpo. Antes era citado, “del serm3n del Se3or en la monta3a”. As3 tambi3n “Quod praecipitur”, ha sido restituido por B. Jer3nimo.

J C “Servientis”. Segu3an estas palabras: “*ut obediat; vel imperantis, ut el obediatur*”: que han sido codificadas con la autoridad de c3dices antiguos, y del original.

.....

CUESTION III

El hecho de que buscar provecho m3s all3 de la usura sea exigir usuras, es probado por la autoridad de Agust3n, que en el Salmo 36. en el vers. “Tota die”, escribe diciendo:

C.I. “*Quien recibe m3s de lo que ha dado, pide usuras*”.

“Si hubieras prestado con usura (*foenero*) a un hombre, es decir, si le hubieras dado tu dinero en préstamo (*mutuam*), del que esperas recibir algo más que lo que diste, no sólo el dinero sino algo más que lo que diste, ya sea trigo, o vino, o aceite, u otra cosa, si más que lo que diste esperas recibir, eres usurero, y por esto debes ser condenado, no alabado.

C.II. *Cualquier cosa que se exige sobre lo dado, es usura.*

Así Jerónimo sobre Ezequiel, lib. 6. en c. 18.

Algunos piensan que la usura está solamente en el dinero, y previendo esto la Escritura divina impide la superabundancia (o usura) de toda cosa, para que no recibas más de lo que diste. Así allí. No. I. Unos por el dinero prestado suelen recibir “reagalitos” (*minuscula*): y no entienden que, cualquier cosa que ello sea, se llama usura o superabundancia, si, de lo que han dado, hubieran recibido más”.

C.III. *Cualquier cosa que se agrega al capital es usura.*

Así Ambrosio en lib. “de Tobia”; c. 14.

Muchos rehuyendo los preceptos de la ley, puesto que han dado dinero a los comerciantes, no exigen usuras en dinero sino en mercaderías de ellos, del mismo modo que perciben provecho de las usuras. Por esa razón que escuchen qué cosa dice la ley: “No recibas usura, dice, de los alimentos, ni de ninguna cosa”. (lo mismo poco después). No. 1. No sólo el alimento es usura, sino también el vestido y cualquier cosa que aumente el capital (*sors*), es usura. (Lo mismo con pocas cosas intercaladas). No.2. Si alguien piensa hacer un banquete va a lo del comerciante para llevarse gratis (sin interés) un tonel de ajenjo, se dirige al tabernero para pedir vino Picenum o Tirio, al carnicero para procurarse embutidos, y a otro para equiparse de frutas.

Corr. Rom. *Absynthiaci*) Sobre este vino, que apura la cocción lenta, y por eso es apto para hacer banquetes, se acuerda Dioscorides lib. 5.c. 49. Lampridio de Heliogabalo dice: “no sólo con vino de cosas, sino también con vino de ajenjo el vulgo invitó a beber”. Sobre este parecer, Alciato lib.7. cap. últ.

C.IV. *“Cuando se exige más que lo que se debe es usura”*

Así, del Concilio Agathense

Es usura, cuando se requiere más de lo que se da. Por ejemplo, si hubieras dado diez monedas de oro, y pidieras más; o si hubieras dado un medio de trigo, y por encima exigieras algo más.

Graciano: “He aquí, se manifiesta evidentemente que cualquier cosa que se exige más allá del capital, es usura”.

CUESTION IV

Que en verdad, exigir usura no es lícito ni a los clérigos ni a los laicos, está probado por la autoridad de Gelasio y de otros.

C.I. “*Los Clérigos deben abstenerse de las ganancias de la negociación*”

El Papa Gealsio dice, pues, escribiendo al Obispo de Lucania y Sicilia, c.17:

Los clérigos o deberían saber abstenerse de indignas ganancias, y apartarse de todo pensamiento o deseo de cualquier tipo de negociación, o, en cualquier condición que estén colocados, si no hubieran querido apartarse, al instante serían obligados a abstenerse de los oficios clericales.

Corr. Rom. a *Si cessare noluerint*) Estas cosas no están en la carta, ni se expresan claramente antes (88.c. y sig.) sino que no han sido verificadas por glosa.

C.II. “*Que sean excomulgados los ministros que presten dinero con usura.*”

Así, del Concilio Arelatense I. que confirmó el Papa Silvestre, c. 12.

Los ministros que presten dinero con usura, conviene, según la norma divinamente dada, que sean separados de la comunión (excomulgados).

C. III. “*Quienes quieren estar en el clero, deben abstenerse de la preocupación de negociar*”.

Así, del Concilio Tarraconense, c. 2.

Está confirmado por los estatutos de las leyes (cánones) que cualquiera que quisiera estar en el clero, no se sirva de la preocupación de comprar más barato o de vender más caro. Pero, ciertamente, si quisiera hacerlo, sea apartado del Clero.

C. IV. *“Que sea apartado del Clero el que exige usuras y superabundancias”.*

Así, del Concilio del Papa Martino, c. 62.

I. Si alguien, olvidando el temor del Señor y la Santa Escritura, que dice: “No dio su propio dinero para usura”, hubiera cometido usura (*foeneravit*) después de este consentimiento del Gran Concilio, y hubiera exigido la centésima parte, o si hubiera buscado torpe provecho (lucro) de cualquier negocio, o, comprando a través de distintas especies: vino, o frutos, o cualquier cosa, o vendiendo hubiera recibido algún incremento, rebajado de su condición, sea tenido por ajeno al clero.

Corr. Rom. Magni Concilii) Así dice Martino a los Bracrenses, puesto que tomó esta oración del cap. 17 del Concilio de Nicea, que está citada en el mismo cap. “quoniam”, y en dos antiguos ejemplares de Graciano está ligada a continuación de esto.

C. V. *“Por el dinero que el clérigo prestó, puede recibir especies a precio justo”.*

Así, del Concilio Tarraconense, c. 3.

II. Si algún Clérigo diera una moneda de oro por necesidad, que reciba esto en vino o trigo que, para comprar en el tiempo establecido, hubiera estado decretado que se vende. Además, si la especie no se considerara necesaria, reciba eso mismo que dio sin ningún aumento.

C. VI. *“Que el clérigo no reciba más que lo que ajustó”.*

Así, del Concilio Cartaginés III. g. cap. 16.

Ninguno de los Clérigos reciba más que lo que hubiera acordado a alguno: si dinero, reciba dinero, reciba la misma especie que haya dado, y reciba cualquier otra cosa tanta cuantía hubiera dado.

C. VII. *“También la usura es condenable en los laicos”.*

Así, el Papa León, epist. I. c. 3. i

Ni aún esto consideramos que deba ser pasado por alto, que algunos, atrapados por el deseo de un torpe provecho, quieran trabajar dinero usurario y enriquecerse con la ganancia

(usura). Lo cual nos aflige que caiga, no diría ya en los que están constituidos en el oficio clerical, sino también en los laicos que desean ser llamados Cristianos en la fe. Juzgamos que ello debe ser castigado con más acrimonia en esos que hubieran estado confundidos, para que sea evitada toda oportunidad de pecar.

C. VIII. *“Que sean expulsados del Clero los que buscan provechos deshonestos (turpia)”*.

Así, del Concilio Niceno, cap. 17.

Puesto que muchos Clérigos, buscando lucros deshonestos a causa de la avaricia, se han olvidado del precepto divino por el cual ha sido dicho: “Quien no ha dado su propio dinero para usura”, cometiendo usuras, exigen intereses (centésimas), este Santo Concilio ha establecido que si alguien hubiere sido encontrado, después de esta delimitación, recibiendo usuras, o buscando lucros deshonestos de cualquier negocio, o dando cantidades de trigo a una vez y media, todo el que hubiere intentado buscar una cosa tal, que sea separado del Clero, y considerado ajeno al grado eclesiástico.

Corr. Rom. Además del punto 47 este mismo canon es confirmado por la versión de Dionisio que surge de la antigua que está en la colección de Isidoro.

APÉNDICE 3: DISPOSICIONES DE LAS DECRETALES DE GREGORIO

IX RELATIVAS A LA USURA

Libro IV – Título XX

Sobre las donaciones entre marido y mujer

Capítulo VII¹¹⁴⁰

El marido que demanda dote no está excluido, en absoluto, por el hecho de caer en situación de pobreza, ni precisamente obligado a dar caución más allá de sus propios recursos; sino que la dote se le asigna bajo una caución que puede garantizar su mantenimiento. Pero si a través de aquella caución no hubiera, en forma suficiente, previsión del empleo de la dote, ésta será entregada a un comerciante para que el marido sostenga las cargas del matrimonio a partir de un lucro honesto. h. d. según comprensión de Panormitano adhiriendo a las palabras de la carta. Y es un caso notable y cotidiano.

Inocencio III *al Arzobispo y Archidiácono Juanensi (año 1213)*

A través de vuestras cartas hicisteis saber que os habíais preocupado en convenir con vuestra autoridad en el momento en que el magistrado R. intervino sobre cierta suma de dinero en favor de H. pobre, que el mismo H. le requería por dote de su esposa. El nombrado R. opuso contra él la excepción, porque había repudiado a su esposa, y tenía cartas con tácita verdad sobre esto, es decir, que, cuando sobre la misma dote, otra vez, públicamente, la cuestión había sido removida por los cónsules de vuestra ciudad, ellos mismos declararon que, ya que el mismo H. había caído en estado de pobreza, aquella dote no se le asignaría si la caución idónea de la misma no garantizara su mantenimiento, para que no esté en peligro de perecer; de ahí vosotros le mandasteis que cuidara su conservación y que recibiera a su esposa: [*infra a*]

¹¹⁴⁰ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición del *Corpus Iuris Canonici* citada, en lo que corresponde al libro *Decretales de Gregorio IX*, p. 594.

Por lo tanto, en el caso de que solo pueda garantizar una poca cantidad de dote, la cual se pone para la integridad de la esposa: mandamos que hasta que hagáis asignarle la dote bajo aquella caución que puede garantizarla, sea enviada a algún comerciante para que el nombrado pueda sustentar las cargas del matrimonio a partir de un lucro honesto, de modo que por ocasión del deterioro de la dote, la esposa abandonada por el marido, o el marido, que abandonó a su esposa, no cometa el delito de adulterio.

[a Y hasta tanto ello se lleve a cabo, (mandasteis) que aquella dote fuera reservada, si él quisiera, en la Sacristía de la Iglesia Juanensi, cosa que, como no se pudiera implementar, os preocupasteis de escribirnos a su pedido.]

Libro V – Título XIX

Sobre las usuras

Capítulo I¹¹⁴¹

Usura es obtener usufructo de una cosa prendada: cae en el caso estipulado aquí.

Alejandro III, *en concil. Turon. (an. 1180)*

Con respecto a gran cantidad de Clérigos: [*V infra. a*]. La autoridad del concilio General decretó que ninguno, constituido en clero, intente ejercer ninguna clase de usura. Y si alguno, habiendo recibido en prenda la posesión de alguna cosa, con entrega de dinero, bajo esta especie (o condición), y si ya hubiera percibido su capital, deducidas las expensas de las ganancias, que restituya totalmente la posesión al deudor. No obstante, si no tuviera otra cosa, una vez retiradas las ganancias, que la posesión se devuelva libre al dueño. Que, si después de reglamentado de este modo existiera alguno, dentro del Clero, que se encuentre en medio de las detestables ganancias de la usura que tenga la responsabilidad bajo riesgo del oficio eclesiástico de que, si por casualidad hubiera beneficio para la Iglesia, sea considerado obtenido por él de la mano de un laico.

[*a Y por eso llamamos “marentes” a aquéllos que, por profesión de palabra y por estado han abandonado el mundo presente, hasta el punto que las usuras del común los horrorizan como si fueran más manifiestamente condenables, suministrando dinero a los que carecen, incluso, reciben en concepto de ganancia las posesiones de los otros, y, sacando usufructo, perciben más que el capital*].

Capítulo II

Dice lo mismo, efectivamente, que el precedente, pero agrega que se da por entendido entre los laicos, pues en el cap. anterior tan sólo se hizo mención de los clérigos.

El mismo. *Canturien. Arzobispo y sus sufragantes (an. 1180.)*

Puesto que no sólo para los eclesiásticos sino también para cualquier otro es peligroso empeñarse en los lucros de la usura, con la autoridad de los presentes hemos dispuesto un

¹¹⁴¹ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición del *Corpus Iuris Canonici* citada, en lo que corresponde al libro *Decretales de Gregorio IX*, p. 663 y sig.

añadido para que induzcas a aquellos, que han recibido el capital (deducidas las expensas) de posesiones o de árboles que reconozcan poseer en prenda (pignus), a restituir la misma prenda sin exigencia de usura, por prohibición eclesiástica.

Capítulo III

Los usureros manifiestos no pueden ser admitidos en la comunión del altar, ni en la sepultura eclesiástica, ni en la oblación, y los clérigos que hagan lo contrario serán castigados, como aquí se dice.

El mismo, *en el concilio de Letrán (an. 1179.)*

Puesto que en todas partes prevalece el crimen de la usura, de modo tal que muchos (dejando de lado otros negocios) la ejercen como si fuera lícita, y de ningún modo consideran de qué forma están condenadas en uno y otro Testamento, por eso, establecemos que los usureros manifiestos no sean admitidos en la comunión del altar, ni reciban cristiana sepultura (si cayeran en este pecado), ni que tampoco ninguno reciba sus oblações. El que, sin embargo, las recibiere u otorgare cristiana sepultura, que sea obligado, por un lado, a devolver lo que recibió, y, por otro, hasta que colme el arbitrio de su Obispo, permanezca suspendido en la ejecución de su oficio.

Capítulo IV

Puede comprenderse de dos maneras: 1) en préstamo, 2) el que recibe usuras; y el segundo está comprendido como el primero. Tampoco por obra pía es lícito tomar usura, aún cuando esto se dé como causa de cometerla encubiertamente. Es decir, no es lícito inclinar a nadie a realizar usura incluso por trabajo pío, y esta lectura se infiere de lo expresado.

El mismo. *Panormitano Arzobispo (an. 1180.)*

Sobre esto, en verdad, [*ver infra a*]. Respondemos que, ya que el crimen de la usura está rechazado por la página de uno y otro testamento, no consideramos que pueda haber ninguna dispensa sobre esto: puesto que, como la Sagrada Escritura castiga el mentir por la vida de otro, mucho más debe ser castigado quien, para incluso salvar la vida de los cautivos, se envuelve en el crimen de la usura.

[*a. Y tu discreción nos pidió si podía haber dispensación al recibir dinero en usura, siempre que los pobres, mantenidos en el cautiverio de los Sarracenos, pudieran ser liberados por medio de este dinero*].

Capítulo V

Los usureros que están en condiciones de pagar, están obligados a restituir las usuras según pena del Concilio de Letrán, incluso las que las hubieran tomado antes del Concilio; y no existiendo recursos las posesiones compradas con dinero del muerto deben ser vendidas y recibir satisfacción de los deudores.

El mismo. *Salernitano Arzobispo (an. 1180.)*

Puesto que tú prescribiste que los usureros manifiestos debían ser privados de la comunión del altar y de la sepultura eclesiástica, según decreto que hace poco fue promulgado en el Concilio, hasta que devuelvan lo que tan malamente habían recibido; algunos de ellos (para excusar disculpas en los pecados) afirman con impudicia que sólo serán restituídas aquellas usuras que fueron tomadas después de nuestra prohibición: [*ver infra a*]. Sobre estas cosas Frat. t. t. r. dice que: si antes, o si después de nuestra prohibición hubieran obtenido usuras, deben ser obligados, por la pena que establecimos en el Concilio, a restituirlas a aquéllos de quienes fueron obtenidas, o a sus herederos, o (no habiendo supervivientes), a legarlas a los pobres; con tal que tengan recursos de donde pudieran restituirlas a los mismos; según palabra de B. Agustín: *No se perdona el pecado, si no se restituye la purificación*. Sin embargo, aquellos que no cuentan con recursos de donde poder restituir las usuras, no deben ser multados por ninguna pena, puesto que una conocida pobreza los excusa evidentemente. En verdad, las posesiones que fueron compradas por medio de las usuras, deben ser vendidas, y el precio de las mismas debe restituirse a aquéllos de quienes fueron obtenidas las usuras; de modo que no solo de la pena, sino también del pecado puedan ser liberados (pecado en el que incurrieron por obtención de usura).

[*a. Y que no deben ser obligados a pagar usuras que habían obtenido antes de la prohibición.*]

Capítulo VI

El que vende una cosa a más de lo que vale, porque difiere su pago, peca: si no existiese duda de que el valor de la cosa será variado en el momento del pago, y de que en el momento en que el vendedor disponía para vender, no vendió.

El mismo. *Genuen. Arzobispo (an. 1173.)*

Dices que, a menudo, en tu ciudad sucede que, cuando algunos compran pimienta, cinamomo, u otras mercaderías que no valen más de 5 libras, prometen pagar, en término establecido, 6 libras a quienes se las adquirieron. Aunque el contrato establecido de este modo no

pueda ser considerado con el nombre de usura, no obstante los vendedores incurren en pecado, si no hubiera duda de que aquellas mercaderías serán valuadas más o menos en el momento de su pago. Y por eso los ciudadanos confiaron sus preocupaciones a tu cuidado (o resguardo), consultando si debían apartarse de tal contrato, puesto que los pensamientos de los hombres no pueden ocultarse a Dios omnipotente.

Capítulo VII

El usurero advertido que no desiste, si es Clérigo, que sea suspendido de oficio y beneficio; si es laico, que sea excomulgado.

El mismo (an. 1175.)

En adelante prohíbe a tus parroquianos recibir usuras, a los cuales, si despreciaran la advertencia siendo Clérigos, suspéndelos de oficio y beneficio; si fueran laicos, oblígales, con el vínculo de la excomunión, hasta que den digna satisfacción.

Capítulo VIII

Las ganancias de la cosa prendada deben ser computadas en el capital, y se recoge un caso.

El mismo. *Abad y hermanos de S. Laurenti* (an. 1176.)

El Clérigo C. se quejó a vosotros: [*ver infra a*]. Mandamos a vosotros que, ya que, si retenéis propiamente la tierra a título de prenda, y recibisteis su capital de las ganancias, devolváis la tierra dicha al Clérigo nombrado, si la tierra no fuera del feudo de vuestro monasterio.

[*a. El portador de la presente dice que, aunque recibisteis vuestro capital, deducidas las expensas, de cierta tierra que su padre os legó, sin embargo la retenéis, no sin derogación de vuestra integridad, honestidad y fama.*]

Capítulo IX

El hijo heredero de un usurero, o el extraño, que sea obligado a restituir las usuras obtenidas por el muerto.

El mismo. *Obispo Placentino* (an. 1177.)

Tu Frat. nos mandó consultar qué debe observarse sobre los hijos de los usureros, quienes suceden a los muertos en el crimen de las usuras, o sobre los extraños, hacia los que allegan los bienes de los usureros. Por lo tanto, a tu cuestión respondemos, con la presente carta, que los hijos deben obligarse con la misma restricción de devolver las usuras con la cual sus padres, si vivieran, fueran obligados. Creemos que se debe realizar lo mismo contra los herederos extraños.

Capítulo X

El que presta con la intención de recibir más que su capital, que arda en el fuego de su alma por restituir aquello que, eventualmente, hubiera conseguido por esto. Lo mismo, en el caso de que nada recibiera, al no dar palabra de juramento (de no reclamar usuras). E igualmente, al vender una cosa en más de lo que vale, porque difiere su pago.

Urbano III (*an. 1186.*)

Tu devoción nos consultó si debe ser juzgado como usurero, en el juicio de las almas, aquél que confía dinero en préstamo con el propósito, aunque cesante todo pacto, de recibir, eventualmente, más. Y si en la misma condición de reo del delito debe ser envuelto quien (como se dice vulgarmente) no dando palabra de juramento (de no reclamar usuras), percibe de allí algún emolumento. Y si el negociante que vende a un precio mayor sus mercaderías, si el tiempo de pago se prorrogara, como si se pagara el precio mantenido por él, debe ser condenado a pena similar. En verdad, ya que, lo que en estos casos deberá ser tenido en cuenta es manifiestamente conocido por el Evangelio de Lucas, en el que se dice: *Dad en préstamo sin esperar nada*, así, debe considerarse que los hombres obran mal por la intención de lucro que tienen (ya que toda usura y superabundancia está prohibida en la ley) y, en el juicio de las almas deben ser eficazmente inducidos a restituir esas cosas que fueron recibidas de tal forma.

Capítulo XI

El usurero manifiesto que apela para escapar a la restitución, no debe ser escuchado.

Inocencio III. *Prelados constituidos en el Reino de Francia (an. 1213.)*

Cuán pernicioso [*v. infra a*]. Mandamos que no permitáis que se protejan con el subterfugio de ninguna apelación los usureros manifiestos (especialmente los que conste que han renunciado a las usuras) cuando alguno conviene con ellos sobre usura.

[*a Es el vicio de la usura, creemos no ignorar vuestra discreción, ya que además de las constituciones canónicas que emanaron en rechazo de ella, ha sido comprendido por el Profeta que aquéllos, que dan su dinero a la usura, son rechazados del tabernáculo del Señor, y tanto en el Nuevo como en el Viejo Testamento están prohibidas las usuras, como lo adelanta la misma verdad: “dad en préstamo sin esperar nada”, y fue dicho por el Profeta que “no recibirás usura y toda suerte de superabundancia”.]*

Capítulo XII

Los judíos deben ser obligados a restituir la usura a través de la sustracción de la comunidad (comunión) de los cristianos y de los príncipes seculares.

El mismo *al Arzobispo de Narbona (año 1213.)*

Después del lamentable: [*v. infra*]. Ordenamos que los judíos sean obligados a devolver las usuras a los Cristianos, a través de los Príncipes y poderes seculares. Y, hasta que las remitieren a ellos, mandamos denegarles toda suerte de comunidad (comunión) en el conjunto de los fieles de Cristo, tanto en mercaderías cuanto en otras cosas, por sentencia de excomunicación.

Capítulo XIII

A pesar del juramento de no reclamar usuras, prestado en nombre del deudor, el Judío tiene por propio deber obligar al usurero a restituir las usuras.

El mismo. *Mutinensi Obispo (an. 1213.)*

Hace tiempo recibimos tus preguntas: por qué ciertos usureros hacen prestar juramento a quienes dan dinero para usura, y si no mueven ninguna cuestión por el hecho de no reclamar usuras y por las que eventualmente hubieran pagado. Nosotros por lo tanto, respondemos que obligues a los mismos usureros, por la advertencia remotamente pronunciada a través de la opinión eclesiástica, a desistir del reclamo de ellas antes del pago de las usuras, o restituir las mismas, después que hayan sido satisfechas, para que no suceda que ellos las reporten, precisamente, del dolo y el fraude.

Capítulo XIV

El usurero que reclama usuras no es escuchado, si antes no restituye las adquiridas.

El mismo (*an. 1213.*)

Puesto que en vano invoca el auxilio de la ley quien contra la ley comete infracción, hemos establecido que, si algún usurero obtuviera de nosotros documentos sobre la usura que debe ser restituida, o las ganancias que deben computarse al capital, si antes él mismo no hubiera restituido las usuras, que es sabido que ha recibido de otro, que de ninguna manera sea escuchado por la autoridad de los documentos mismos.

Capítulo XV

Convicto de parvidad usurera, por la forma y otros argumentos, el usurero puede ser manifiesto y también retenido como usurero manifiesto, según disposición del Concilio de Letrán.

El mismo, *Altisodoro Obispo (an. 1213.)*

Ya que en tu diócesis hay gran cantidad de usureros, de los cuales no hay duda de que son usureros manifiestos, contra los cuales, a causa del temor de los poderosos que los protegen, ningún acusador aparece, ni son condenados por sentencia; respondemos a tu Fraternidad que, aunque contra ellos no aparezca acusador, no obstante constar, por otros argumentos, que son usureros manifiestos, podrás ejercer libremente contra ellos la pena producida por el Concilio de Letrán contra los usureros.

Capítulo XVI

El marido que recibe prenda por dote prometida, no está obligado a computar las ganancias en el capital (hoc dicit). Y es caso singular y no probado en otro lugar.

El mismo. (*an. 1213. En Roma*)

Saludablemente [*v. infra*]. Creemos, en verdad, que no se debe obligar a computar en el capital las ganancias de cualquier clase de posesiones que, obligadas a prenda, tiene de parte del suegro por dote, ya que frecuentemente las ganancias de la dote no bastan para soportar las cargas del matrimonio.

Capítulo XVII

El que reclama usuras no es escuchado, si no restituye las obtenidas por sí mismo o por otro, por cualquier causa que sea.

El mismo. Obispo Bonon. (*an. 1213. Roma en Angliam.*)

Miguel Laico nos destinó su reclamo de que M. y ciertos otros ciudadanos Bonom. sacaron muchas cosas, a él y a su padre, del que es heredero, en nombre de usura [*v. infra*].

Atentamente habrás de prever que no procedas en este negocio con nuestra autoridad, si dicho querellante no hubiera restituido o restituye, hasta el momento, las usuras que, alguna vez, él mismo, por su parte, o su padre extorsionaron.

Capítulo XVIII

También los judíos deben ser obligados a restituir usuras extraídas a los Cristianos, y a pagar las décimas u oblaciones de las posesiones de ellos.

El mismo *en Concilio General (an. 1216.)*

Cuanto más ampliamente la religión cristiana se retenga al reclamo de usuras, tanto más gravemente la perfidia de los judíos surge arrogante sobre éstas, de modo que los recursos de los cristianos se agotan en breve tiempo.

Por lo tanto, con el ánimo de vigilar por los Cristianos, en esta parte, para que no sean terriblemente sobre cargados por los judíos, hemos establecido, en un decreto sinodal, que, si los judíos extrajeran graves e inmoderadas usuras de los Cristianos por cualquier pretexto, que se les substraiga a ellos la parte de los Cristianos, hasta que den satisfacción en forma competente del inmoderado gravamen. De allí que los Cristianos (si fuera necesario), por opinión eclesiástica, sean obligados a abstenerse del comercio con ellos. Sin embargo, a los Príncipes advertimos que, en estas cosas, no sean enemigos de los Cristianos, sino que más bien se apliquen a contener a los Judíos de tan grande gravamen.

Con esta misma pena juzgamos que deben ser obligados los judíos para satisfacer a la Iglesia con décimas y oblaciones debidas, que habían tenido la costumbre de percibir de las casas y otras posesiones de los Cristianos, antes de que deviniesen con cualquier título a los judíos, para que se conserven indemnes para la Iglesia.

Capítulo XIX

Es usurero quien recibe del deudor algo más que su capital, aunque asuma riesgo para sí. h. d. 1o. No es usurero el que adquiere una cosa en menos que su precio justo, si hubiera duda de que en el momento del pago la cosa será evaluada en más o menos h. d. 2o. A causa de

la duda es excusado quien, porque difiere el pago del precio, vende una cosa a más que lo que vale, aunque no la hubiera vendido en tiempo diferente. h. d. 3o.

Gregorio IX, *al hermano R. (an. 1236. En Roma)*

El que presta cierta cantidad de dinero al comerciante marítimo o al paseante de ferias, asumiendo para sí riesgo, para recibir algo más que el capital, debe ser considerado usurero. Aquél, por otra parte, que da 10 sólidos (sumas), para que, en otro momento, le devuelvan medidas de grano, vino y aceite, que, aunque entonces valgan más, si habrán de valuarse en más o en menos en el momento de pago, es verdaderamente dudoso: no debe por esto ser considerado usurero. A causa de esta duda también se excusa quien vendió paños, grano, vino, aceite u otras mercaderías para recibir por ellas en cierto término, más que lo que entonces valen, si no hubiera tenido intención de venderlas en el momento del contrato.

APÉNDICE 4: DISPOSICIONES DEL *LIBRO DE LAS CLEMENTINAS* RELATIVAS A LA USURA

Libro V – Título V

Sobre la usura

Capítulo único¹¹⁴²

“Los ministros de las comunidades que hacen, dictan o escriben estatutos sobre el pagar, no reclamar, o no restituir usuras, o que juzgan conforme a aquéllos, ya sea que no los borren (si pueden), en menos de 3 meses, de los libros de las comunidades, o que lo conserven aún, están excomulgados.” Joanes Andreas.

Clemente V en Concilio de Vienne.

En materia de grave insinuación nos ha llegado que, las comunidades de ciertos lugares, ofendiendo a Dios y al prójimo, y contra los derechos divinos y humanos, aprobando de algún modo la parvidad usurera, a través de sus estatutos confirmados, a veces, por juramento, no solamente conceden que las usuras sean exigidas y pagadas, obligan hábilmente a los deudores a pagarles e, imponiendo graves cargas, conforme al contenido de los estatutos, a los que reclaman usuras, y haciendo su uso de otras cosas sobre estas diversas situaciones y de fraudes escogido, impiden el reclamo de las mismas.

Por lo tanto, nosotros, queriendo obviar estas audacias perniciosas, en sacro Concilio aprobante, hemos establecido que cualquiera sean las autoridades de las comunidades, Capitanes, Rectores, Cónsules, Jueces, Conciliares, o Ministros que se atribuyan juzgar hábilmente, además de hacer, escribir o dictar estatutos que aprueben el pago de las usuras, o que, una vez pagadas, no se restituyan plena y libremente cuando son reclamadas, incurran en sentencia de excomunión.

¹¹⁴² Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición del *Corpus Iuris Canonici* citada, en lo que corresponde al *Libro de las Clementinas*, p. 251 y 252.

Incurrirán también en la sentencia en el caso de que no suprimieran los estatutos editados de ese modo, hasta el presente, de los libros de las comunidades (si sobre esto tuvieran potestad) antes de 3 meses, o si se arrogaran observar los mismos estatutos o las costumbres que tienen su mismo efecto.

“Los prestamistas encausados por usura están obligados a publicar libros de sus cantidades (usuras).” Joanes y Andreas.

§ 1. Además puesto que los prestamistas se entregan oculta y dolosamente a los contratos usureros, que con mucha dificultad pueden ser convencidos de la parvidad usurera, decretamos que los mismos deben ser obligados, por censura Eclesiástica, a exhibir, puesto que se trata de usura, códigos de sus sumas.

“Es herético el que propone pertinazmente que realizar usuras no es pecado.” Joanes y Andreas.

§ 2. Si alguien cayera en aquel error de afirmar pertinazmente que ejercer usuras no es pecado, decretamos que debe ser castigado como herético. Para ellos imponemos a los Ordinarios de los lugares y a los Inquisidores de la parvidad herética, que no omitan proceder contra los que se encontraren difamados por ese error, o sospechosos; tanto en uno como en otro caso.

APÉNDICE 5: DISPOSICIONES DEL LIBRO DE LAS *EXTRAVAGANTES* RELATIVAS A LA USURA

Libro III – Título V

Sobre compra y venta¹¹⁴³

Capítulo I

El contrato de censo anual de compra y venta, con la condición de venta no es usurero. Y al final se manda a que se publique una bula en tal sentido.

Martino V a los venerables Hermanos Treverenses y Obispos Libicinos y Almicen. (an. 1420 en Roma, para Germania)

Para gobierno de la Iglesia Universal, ante el Señor disponente, estamos continuamente preocupados por tender a la paz, conforme al deber de dispensa confiada a nosotros de cualquiera de los súbditos (cuanto nos es concedido desde lo alto). Así también nos preocupan que sean aclaradas las dudas, que se nos han presentado, para que no se produzca la inseguridad de los litigios o el fomento de los escándalos.

La petición de los dilectos hijos del clero, de los nobles, campesinos y habitantes de la ciudad y diócesis Vratislaviana exhibida ante nosotros, decía que de cien años atrás y aún más tiempo, del cual no hay memoria para los hombres, en esta misma ciudad y diócesis, y en otras partes vecinas, había sido introducida cierta costumbre razonable, observada, prescripta y aprobada por el uso, para común utilidad de los hombres.

En virtud de ello, el Príncipe, el barón, el militar, el ciudadano o el vecino de estas mismas partes, siempre que esto parecía expedirse, no pudiendo resolver mejor por sí mismo, se acostumbró a “vender” a persona eclesiástica o a colegio secular, o universidad, castillo o ciudad, sobre sus propios bienes, dominios, fortalezas, tierras campos, predios casas y heredades, censos anuales a razón de uno o muchos marcos, o de gruesos Pragenses de moneda Ptolomaica,

¹¹⁴³ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición del *Corpus Iuris Canonici* citada, en lo que corresponde al *Libro de las Extravagantes*, ps. 352 y sig.

y no sólo de pagamentos comunes, sino también por cualquier marco del censo anual de X. XI. XIII. XIV. de marcos, o en más o en menos, según habían convenido los mismos contrayentes.

Eran íntegramente pagados por el vendedor en dinero contante, pero en el mismo contrato estaban expresos los bienes y obligados a perpetuidad por pago del propio censo anual.

Y en los mismos contratos, siempre les fue expresamente otorgada a los “vendedores” la facultad y la gracia de que, por la misma suma de denarios que recibieron de los compradores, cuando quisieren, libre de requisición, contradicción o asentamiento, pudiesen extinguir y rescatar el censo anual en todo o en parte, y librarse totalmente del pago del mismo censo.

Pero los vendedores de ninguna manera hubieran podido atarse a un censo que incluyera las posesiones y bienes obligados, cuando estos pudieran estar totalmente destruidos y arruinados.

Y tal contrato de compra y venta fue a menudo confirmado y aprobado por los Obispos Vratislavianos del momento y sus Oficiales, además de serlo por diversos señores de lugares y tierras en las que existen censos constituidos de este modo: tanto lícitos como al servicio de la común utilidad.

Es sabio, además, que, sobre censos de este modo, muchos privilegios eclesiásticos, colegios, canonicatos, así como también prebendas, dignidades, personados y oficios, vicariatos, altares en más de mil, estarían levantados, dotados y fundados, con expreso consentimiento y voluntad de los señores temporales, en cuyos territorios dichos bienes se mantienen obligados, en auténticas cartas de los mismos señores, con signos grabados y corroborados. Y que, también, los vendedores de aquellos censos, algunas veces, se sometieron a las penas y censuras eclesiásticas por propia voluntad, con el fin de pagar los mismos, pero también algunos de ellos fueron obligados y compulsados, por un espacio de tiempo.

Sin embargo, estos vendedores, siguiendo una inclinación y deseando enriquecerse con el dinero del otro, se niegan a pagar estos censos, cosa hasta aquí efectuada por ellos libremente y sin ninguna contradicción, a los compradores, tanto eclesiástico como seculares. De este modo, pactando contratos de compra y venta, usureros e ilícitos, despojan a los compradores eclesiásticos y seculares, y también colegios, canonicatos, prebendas, dignidades, personados, oficios, vicariatos y altares, y privilegios de este modo, de la percepción de los censos anuales, y los retienen privados a riesgo de sus propias almas, y en perjuicio y gravamen de los compradores. Y de aquí surge la duda de que sean lícitos los contratos de compra y venta en cuestión.

Por esto, de parte del clero, la nobleza, los campesinos, los ciudadanos y diócesis Vratislaviana, nos fue suplicado humildemente que declararíamos si los contratos de compra y venta deberían ser considerados lícitos o ilícitos, y proveer oportunamente sobre la benignidad Apostólica.

Por lo tanto, nosotros, inclinados ante las súplicas y ateniéndonos a la referencia de nuestro hijo dilecto Culielmo, Cardenal presbítero de San Marcos, a quien encomendamos examinar este tipo de negocio junto con el consejo de los peritos, entendemos que estos contratos son jurídicos y lícitos, según la determinación de los doctores.

Así, para quitar la duda de alguna ambigüedad en lo dicho anteriormente, como autoridades eclesiásticas presentes declaramos que los contratos nombrados son lícitos y conformes al derecho común, y que los vendedores de los censos están obligados al pago de aquellos (removido todo obstáculo de contradicción), no obstante lo mencionado anteriormente y cualquier otra cosa contraria.

Que ninguno de los hombres infrinja esta página de nuestra declaración, o vaya contra con temerario atrevimiento. Si sin embargo, alguien osara intentarlo, conocerá que ha caído en la indignación de Dios omnipotente y de los apóstoles San Pedro y San Pablo.

Queriendo que vuestra carta salde una deuda, mandamos a vuestra Fraternidad, por escritos apostólicos, hasta qué punto vosotros, unos u otros, por vosotros mismos, dispensando eficazmente el refugio del favor oportuno a los compradores mencionados anteriormente, y publicado solemnemente, con nuestra autorización, dicha carta, siempre que considerareis oportuno expedirse, hagáis que sea otorgada la plena y debida satisfacción a los compradores, o a sus procuradores por los vendedores o deudores de los censos, según la forma y tenor de los contratos y convenciones habituales entre ellos, reprimiendo a los impugnantes, postergada la apelación de los mismos, por censura eclesiástica, no obstante que algunos tuvieran indulto tal, en común o separadamente de la Sede Apostólica, en virtud de la carta Apostólica que no hace plena y expresa mención del indulto.

En Roma, en Santos Apóstoles 6. Nonas Jul. Pontic. nost. Anno 8.

Capítulo II

Se declara que cualquier contrato de compra y de venta, similar al precedente es conforme a derecho y apartado de usura. Y, finalmente, se ordena que la presente bula sea manifiesta a todos.

Calixto III. *Obisp. Magdeburg., Nuremberg. y Halbrstaden. Ecclesiarum Decanis. (an. 1455. En Roma, para Germania)*

Para gobierno de la Iglesia Universal, ante el señor disponente, estamos continuamente preocupados por tender a la paz, conforme al deber de dispensa confiada a nosotros, de cualquiera de los súbditos (cuanto nos es concedido desde lo alto). Así también nos preocupa que sean adormecidas las dudas, que nacen entre ellos, para que no surjan la inseguridad de los litigios o los escándalos, por ministerio de nuestra declaración.

De parte del venerable hermano nuestro Juan Obispo Mersburguen y de los dilectos hijos del Clero universal de la ciudad y de la diócesis Mesburguen, la petición recién exhibida ante nosotros decía que, a pesar de tanto tiempo, del cual no existe memoria, en diversas partes de Alemania, para común utilidad de los hombres, entre los habitantes y campesinos de esos lugares se había implantado una costumbre de tal clase que hasta hoy había sido observada legítimamente prescripta, y con beneplácito de las costumbres de uso y ordinarias, además de estar aprobada por expresa ratificación. Que los habitantes y campesinos, ya si aquellos, por esas cosas, por las que fuera considerado interesarse a favor de su estado y seguridad, vendiendo réditos o censos anuales, a razón de marcos, florines o chelines de moneda corriente en aquellas partes, respectivamente en marcos, florines o chelines, tuvieron la costumbre de recibir de parte de aquéllos que compraban unas u otros, ya censos, ya réditos, cierto precio competente, en dinero contante, según la calidad del tiempo, y de acuerdo con lo que los vendedores y compradores habían firmado, entre sí, en los contratos, obligando eficazmente las casas, tierras, campos, predios, posesiones y heredades mencionadas, que quedaron expresados en los contratos, a la paga de los réditos y censos antedichos, con el agregado, a favor de los vendedores, de que estos a prorrata, cuando hubieran restituido a los compradores la suma recibida en todo o en parte, estaban libres e inmunes del pago de los réditos o de los censos contingentes con el dinero restituido. Pero los compradores, aunque los bienes, casa, tierras, campos, posesiones y heredades fueran reducidas al oprobio de la total destrucción o desolación por el paso del tiempo, no podían reclamar el dinero. En algunos estaba el escrúpulo de la duda: si estos contratos deberían ser considerados lícitos. De donde algunos, pretendiendo que aquéllos contratos eran usureros, buscaron la ocasión de no pagar los réditos y censos debidos por ellos.

Por lo cual, por parte del Obispo y de los Clérigos mencionados, alegando que es sabido que las ganancias, réditos y rentas de muchas iglesias, monasterios, hospitales, de los beneficios eclesiásticos de las ciudades y diócesis de las partes mencionadas, y además, casi todas las contribuciones cotidianas, que por los mismos asistentes divinos, se conservan en tales censos y

réditos comprados, nos fue humildemente suplicado que procuráramos, con paternal dedicación, comunicar y adjuntar la respuesta de la declaración de la Sede Apostólica sobre éstos (los contratos).

Por lo tanto, inclinados ante la súplica, por una parte, y observando muy atentamente la declaración de nuestro predecesor, el Papa Martino V, y ligados a sus vestigios, para derribar toda duda de ambigüedad, declaramos con la autoridad Apostólica de los presentes, que los contratos mencionados son lícitos y conformes a derecho, y que los vendedores deben ser obligados al pago de los censos y réditos, según el tenor de los contratos (removido todo obstáculo de contradicción).

Que nadie infrinja esta página de nuestra declaración, o vaya contra ella con temerario atrevimiento. Sin embargo, alguien osara intentarlo, conocerá que ha caído en la indignación de Dios omnipotente y de los Apóstoles San Pedro y San Pablo. (Ofrecido en San Pedro, Roma, Año de la encarnación dominical, 1455, vísperas de Nonas de Marzo (5o. ó 7o. día). Primer año de nuestro pontificado.

Queriendo que nuestra carta salde una deuda, mandamos a vuestra fraternidad, por escritos apostólicos, hasta qué punto cualquiera de vosotros, dispensando el refugio del favor oportuno a los beneficiados mencionados, Prelado, Decano, Capítulo, y publicando solemnemente, con vuestra autorización, dicha carta, siempre que considerareis oportuno expedirse, hagáis que sea otorgada la plena y debida satisfacción a los compradores, o a sus procuradores, por los vendedores o deudores de los censos, según la forma y tenor de los contratos y convenciones habituales entre ellos, reprimiendo a los impugnantes, postergada la apelación de los mismos, por censura eclesiástica, no obstante que algunos tuvieran indulto de excomulgados, en virtud de que la carta Apostólica no hace plena y expresa mención del indulto.

(Fechado arriba).

APÉNDICE 6: DISPOSICIONES DEL LIBRO SEPTIMO DE LAS DECRETALES RELATIVAS A LA USURA

Libro II –Título XI

ACERCA DE LOS CAMBIOS

Capítulo I¹¹⁴⁴

Ejercicio ilícito y declaración permitida de la permuta de las cosas en cosas, o de dineros, que el común de los comerciantes llaman cambio.

Pío V.

Nos aplicamos diligentemente a esta preocupación por nuestro oficio pastoral, para no diferir el llevar remedios oportunos a las ovejas de nuestro Señor, por la salvación de sus almas. Y así, como llega a nuestros oídos que el legítimo empleo de los cambios, que indujo la necesidad y utilidad pública, se corrompe muchas veces por el deseo de ganancia ilícita de tal modo que se ejerce, bajo el pretexto de aquél, la corrupción usuraria, hemos juzgado que debía responder, con esta decretal de validez perpetua, a los pedidos que hace poco nos han sido hechos sobre estas cosas, para que su fraude no favorezca a los dolosos, ni su ignorancia pierda a los que no saben; así pues seguimos el oficio del pastor, mientras nos aplicamos por todos los medios a arrancar la grey confiada a nosotros del peligro de condena eterna.

En primer lugar, condenamos todos esos cambios que ficticiamente se celebran en mercados determinados o en otros lugares, en los cuales los que reciben el dinero (libradores) entregan sus propias letras de cambio, pero no son enviadas, o lo son de modo tal que, vencido el tiempo de donde procedido, se vuelven inanes (vacías), o incluso, por no haber sido entregada ninguna letra, el dinero es reclamado con interés en el lugar donde el contrato había sido celebrado: pues entre los libradores y los tomadores (tenedores) así estaba convenido desde un

¹¹⁴⁴ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición citada del *Corpus Iuris Canonici*, en lo que corresponde al *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Tít. XI, p. 97.

principio, o, ciertamente, esa era la intención y no había ninguno que pagara, en los mercados o en los otros lugares, predichos, las letras recibidas de ese modo.

Semejante a este mal es aquél en que son entregados cambios ficticios de dinero o de depósito o de cualquier otro nombre, para ser restituidos después, en el mismo lugar o en otro, con lucro. Sin embargo, también en los mismos cambios que son llamados “reales”, a veces (según nos llega a nos.) los cambistas (campsores) difieren el plazo prefijado del pago, recibiendo lucro. por una con promesa. Y a todas estas cosas nosotros declaramos usurarias y prohibimos muy severamente que se hagan.

Establecemos en adelante, para evitar también los cambios, cuanto podemos con la ayuda de Dios, las ocasiones de pecar y los fraudes de los usureros, que ninguno se atreva a pactar, desde un principio o en otro momento, interés fijo y determinado, incluso en el caso de no haber pago, ni a ejecutar cambios “reales” de otro modo que ante las primeras ferias donde aquéllos son celebrados, y ante los primeros plazos, de acuerdo con el uso de los lugares, rechazando directamente el abuso de ejecutar cambios ante ferias o plazos numerosos y continuos. Sin embargo, deberá cuidarse, en la cuestión de los plazos, que sea tenida en cuenta la razón de la lejanía y vecindad de los lugares, en los cuales está destinado el pago, para que, mientras los plazos fijados sean más largos que la distancia de los lugares del pago destinado, no se dé ocasión de cometer usura. Cualquiera que faltase contra esta nuestra constitución, sabrá que está sometido a los castigos inflingidos contra los usureros, por las sagradas leyes.

Sancionamos que éstos, en verdad, que hicieren conspiraciones o reunieren para sí dinero acumulado de todas partes tal que casi parecieran hacer un monopolio del dinero, sean sometidos a los castigos que por derecho han sido establecidos contra los que ejercen monopolios. Rom. 5. Cal. Febr. 1575.

Título XII

ACERCA DE LA FORMA DE CONTRAER UN CENSO¹¹⁴⁵

Capítulo I

Censo es el contrato en dinero constante sobre una cosa inmueble fructífera, no puede ser aumentado o producido sobre las ganancias, y su precio (capital) una vez establecido permanece inamovible.

Pío V.

Dado que, cumpliendo la carga de la servidumbre apostólica, hemos conocido que han sido celebrados y día por día se celebran innumerables contratos de censos que no sólo están contenidos entre los límites establecidos para estos mismos contratos por nuestros antecesores, sino también, lo que es peor, por medio de pactos totalmente contrarios, y por eso muestran ostensiblemente el quemante estímulo de la avaricia, el desprecio manifiesto de las leyes, incluso divinas; en la medida en que estamos y dando satisfacción a los pedidos de las almas, que no se remedia con saludable antídoto tan grave enfermedad y veneno mortal.

Por lo tanto, con nuestra constitución establecemos, que el censo o rédito anual (pensión–renta) de ningún modo puede ser producido o constituido si no es sobre cosa inmueble, o que sea tenida por inmueble, fructífera conforme a su particular naturaleza y que esté determinada expresamente por límites fijos.

Además, en dinero contante, con testigos presentes y notario, y en escritura pública en el acto de la celebración, sin haberse recibido antes su precio íntegro y justo. Prohibimos que se hagan o adjunten al pacto los pagos que corrientemente se llaman anticipados.

Los acuerdos que directa o indirectamente comprometen a aquél que no está obligado por la naturaleza del contrato, de ningún modo queremos que valgan.

Del mismo modo tampoco el pacto que quita o restringe la facultad de vender una cosa puesta bajo el censo, porque queremos que la cosa misma siempre y libremente, sin pago de laudemio¹¹⁴⁶, ya sea de la quincuagésima u otra cantidad de la cosa, sea vendida, tanto en vida como última voluntad.

¹¹⁴⁵ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición citada del *Corpus Iuris Canonici*, en lo que corresponde al *Libro Séptimo de las Decretales*, Libro II, Tít. p. 98.

¹¹⁴⁶ Derecho que se pagaba al señor del dominio directo cuando se enajenan las tierras y posesiones dadas a censo perpetuo.

Cuando, no obstante, deba ser vendida, queremos que el dueño del censo sea antepuesto a todos los otros (compradores), y que por él sean declaradas las condiciones por las cuales deba ser vendida y que se aguarde por el término de un mes.

Los pactos que establecen que el moroso deudor del censo esta obligado a los intereses del lucro cesante; o al cambio, o a expensas o salarios fijos o a expensas liquidables por medio del juramento del acreedor; o a abandonar la cosa sujeta al censo o alguna parte de ella; o a perder otro derecho adquirido ya del mismo contrato de otra parte; o a caer en algún castigo, sean írritos totalmente y nulos. Ahora bien, prohibimos totalmente para los censos pretéritos o futuros, no sólo que el censo sea aumentado, sino también que se produzca uno nuevo sobre la misma u otra cosa, en favor del mismo o interpósita persona.

Del mismo modo también anulamos los pactos que establecen que los pagos de las cargas atañen a aquél, al cual únicamente correspondían los pagos por derecho y conforme a la naturaleza del contrato.

En definitiva queremos que los censos que deben ser creados en el futuro, cuando la cosa se arruine en todo o en parte, o se haga infructífera en todo o en parte, no solo desaparezcan proporcionalmente, sino también que sean extinguidos en proporción a su mismo precio, ello sin perjuicio de prescripción de tiempo larguísimo e inmemorial, o mejor, de cientos y varios años, ni que lo impidan algunos pactos que quitan directa o indirectamente tal facultad, con cualesquiera palabras o cláusulas en que estén concebidos.

Toda vez que deba ser extinguido el rédito (pensión–renta–censo) por medio de la entrega del precio (capital) queremos que ello sea declarado dos meses antes por aquél que deberá entregar el precio, y después de la declaración, antes de que se cumpla un año, sin embargo, el precio puede ser reclamado por el otro (censualistas), y cuando ni uno ni otro extinguiera ni el otro exigiera el precio, queremos que en cualquier tiempo el rédito (pensión–renta) puede ser extinguido, no obstante siempre en declaración previa y sin perjuicio de aquéllos impedimentos de la cual y de los cuales se trató arriba; y mandamos que ello sea observado cuantas veces hubiera sido hecha la declaración y no hubiera sido llevada a cabo.

Prohibimos totalmente los pactos que establecen que el precio puede ser reclamado por el censalista, fuera del caso predicho, en razón de castigo u otra causa.

Juzgamos usuarios los contratos que sean celebrados en adelante bajo otra forma.

Y así a causa de esto, no obstante, cada vez que alguna situación sea dimitida, remitida, o expresa o tácitamente dada contra nuestros presentes mandatos, queremos que pueda ser reivindicado por el fisco. Queremos que esta saludable sanción, perpetuamente y en todos los

casos, sea observada, no solo al producirse un nuevo censo, sino también al renovar en cualquier tiempo otro ya producido, con tal que haya sido creado después de la publicación de la constitución.

Declaramos que una vez constituido el precio del censo, no puede nunca, en virtud de los tiempos establecidos, u otra cosa, ser disminuido o aumentado, hasta el final de las contrataciones. Y aunque no extendamos la misma ley para los contratos ya celebrados, no obstante, exhortamos en el Señor que las censuras de los buenos religiosos inspiren a cada uno de los contratos y sirvan para la salvación de las almas. Rom. 14. Calend. Febr. 1568.

Libro III – Título XVII**Cap. III (Montes de Piedad)¹¹⁴⁷**

Los montes de piedad levantados por la caridad cristiana, y aprobados y corroborados por la autoridad apostólica, son lícitos y ajenos al interés usurero.

León X. *Concilio de Letrán.*

Entre las múltiples preocupaciones de nuestra diligencia, debemos emprender, en primer lugar, la de nuestro tiempo, no sólo sean aclaradas las cosas saludables y laudables, convenientes a la fe católica y a las buenas costumbres, sino también para que se propaguen a los venideros, y caigan totalmente las que pueden ofrecer materia de escándalo, y se extirpen de raíz, de modo que jamás pululen, en el campo y viña del Señor Sabbaoth, permitiendo tan sólo sembrar esas cosas con las cuales puedan ser alimentadas espiritualmente las almas de los fieles, erradicada la cizaña y aniquilada la esterilidad del olivo.

Dado que hace un tiempo, entre algunos Maestros, hijos dilectos de la Sagrada Teología, y Doctores del Derecho, averiguamos que cierta controversia, no sin escándalo popular y desprovista de murmuración, había sido renovada por esos días, en torno al auxilio de los pobres por medio de préstamos de autorización pública, a los que el vulgo llama Montes de Piedad, que en muchas ciudades de Italia son instituidos por los magistrados de la ciudades y otros fieles de Cristo, para ayudar, a través del préstamo, a la falta de medios de los pobres, a fin de que no sean devorados por la vorágine de la usura, que son alabados y aconsejados por los santos varones pregoneros del verbo divino, y que también están aprobados y corroborados por algunos Sumos Pontífices, predecesores nuestros, de modo que no sean discordantes, dichos Montes, con el dogma cristiano; o bien, el juicio contrario de algunos Maestros y Doctores que dicen que esos Montes no son lícitos, en los cuales es exigido, de acuerdo con el paso del tiempo, algo más que el capital, en libra, por los administradores de los mismos a los propios pobres a quienes se da el préstamo, y, por esta causa no se evaden del crimen de la usura, de la injusticia o de alguna forma de verdadero mal, ya que Nuestro Señor, como atestigua Lucas el Evangelista, públicamente nos obligara por medio del precepto de que no debemos esperar más capital del préstamo hecho a alguien. Esto es pues, propiamente, la interpretación de la usura, es decir, cuando se busca el lucro y la producción del uso de una cosa que no germina, sin producir

¹¹⁴⁷ Traducción de la prof. Silvia Saraví, tomada de la edición citada del *Corpus Iuris Canonici*, en lo que corresponde al *Libro Séptimo de la Decretales*, Libro III, Tit. XVII, p 147 y sig.

trabajo, gasto o riesgo. Agregaban también, los mimos Maestros y Doctores, que en esos Montes no se encontraban suficiente justicia conmutativa y distributiva, ya que, si debían ser aprobados, estos contratos no debían sobrepasar los límites de la justicia. Y además se esforzaban por probar que los gastos de la mayor parte de la deuda, para la conservación de estos Montes, eran obtenidos únicamente de los pobres a quienes se prestaba, y mostraban que, en la mayoría de los casos, eran más que los gastos necesarios y moderados, no sin forma del mal e incentivo de delinquir.

Pero otros numerosos Maestros y Doctores, en muchos Gimnasios de Italia, contradicen esto y proclaman, de palabra y por escrito a favor de un bien tan grande como necesario para la República, que, con la condición de que no se reclame y espere ningún interés del préstamo, es lícito, sin embargo, exigir y tomar algo, aunque sea mayor que el capital, para la conservación de esos mismos Montes, es decir, de los gastos de la custodia (administración) y de todas las cosas pertinentes a la necesaria indemnidad de aquéllos: un beneficio moderado y necesario, sin lucro de los Montes mencionados, conforme a la reglamentación jurídica que sostiene: el que percibe un beneficio, también debe percibir un gasto, sobre todo si se añade la autoridad apostólica. Y estos Maestros y Doctores explican que esta opinión, aprobada por nuestros Romanos Pontífices predecesores de feliz recordación: Paulo II, Sixto VIII, Inocencio VIII, Alejandro VI, Julio II, y también por los Santos y devotos a Dios tenidos en la más grande estima por su opinión de santidad, está anunciada a los predicadores de la verdad evangélica.

Nosotros, queriendo proveer oportunamente sobre esto (según nos ha sido concedido desde lo alto), en parte, por el celo de justicia, para que no se manifieste la vorágine de la usura, y, en parte, por el amor de la piedad y de la verdad para socorrer a los pobres; recomendando el empeño por estas cosas que tienen por finalidad la paz y tranquilidad de toda la República Cristiana, en Sacro Concilio aprobante, declaramos y definimos que: los Montes de Piedad mencionados, instituidos por la República, y aprobados y confirmados, hasta hoy, por la autoridad de la Sede Apostólica, en los cuales, para sus gastos y conservación, se recibe algo módico, al único efecto de los gastos de custodia y de las restantes cosas pertinentes a su confirmación (como se dijo) y total indemnidad, mayor que el capital y sin lucro de los propios Montes, no ofrecen ninguna forma de mal, ni presentan el incentivo de pecar, ni son condenables por ningún pacto, antes bien, es cosa digna de valor, y debe ser alabado y aprobado que un préstamo de tal clase no es usurero, y es lícito predicar a los pueblos la piedad y misericordia de los mismos, incluso con indulgencias concedidas por la Santa Sede Apostólica, a causa de esto. Y finalmente, también otros Montes semejantes pueden ser levantados con la aprobación de la

Sede Apostólica. Sin embargo, mucho más perfecto y mucho más santo sería, si tales montes estuvieran constituidos gratuitamente, es decir, si los que los levantan imputaran algunos censos a quienes, si no en todo, al menos media parte, pagaran los gastos de custodia, para que sea posible que los pobres fueran cargados con una proposición de pago más liviana, y en esa dirección con la imputación de este tipo de censo en favor del sostén de los gastos, decretamos que los fieles de Cristo deben ser estimulados por las mayores indulgencias.

Por tanto, disponemos que todos, religiosos, eclesiásticos y seculares, que predicaren contra la forma de la presente declaración y sanción, o disputaren, de palabra o por escrito, incurran en la pena de la sentencia de excomunión lata, no obstante cualquier otro privilegio.

En Roma, Concilio de Letrán. 4. Nonas de Mayo, 1515.

APÉNDICE 7: EPITOME DE LA BULA *DETESTABILIA AVARI*¹¹⁴⁸

“Condena de ciertos contratos de sociedad”

DE SIXTUS V. ad p. r. m.

Comienza: “*Detestabilia avari, etc.*”

Sixto condena ciertas sociedades iniciadas con comerciantes, artesanos, “negociantes en materia de talleres, oficinas, y otros bienes de ellos”.

Ciertas personas dan dinero o cosas a nombre de la sociedad, como rebaños, bestias de labor y otros animales “jugosos” para los agricultores, como los llaman por esa condición de modo tal que el propio capital, o la suma principal que se dice capital, tanto de dinero como de animales y de cosas, se mantenga siempre íntegra para el que dio dineros, animales, cosas; el riesgo queda para el otro, que compromete actividades y trabajos, contra el equilibrio de la sociedad: pues a medida que envejecen los animales devienen inferiores.

Y no está eximido de pecado quien dice que el que recibe ha estado contento con esos pactos; pues la pobreza (necesidad) lo forzó a admitirlos.

Hay otros que dan dinero fijando tanta cantidad de dinero para que sea dada en cada uno de los meses, o años, siempre que los negocios adelantare, de modo tal que, si hubiera pérdida, la pérdida sea de aquél que recibió el dinero, no del que lo dio.

Finalmente, hay ciertas personas que, aunque el capital perezca por una circunstancia fortuita, no obstante quieren que sea restituido íntegro, como si se mantuviera íntegro.

El pontífice rechaza, condena y desaprueba todos estos pactos como opuestos al equilibrio de la sociedad, al tiempo que ordena que no se establezca una suma fija (cierta) para dar anualmente ya que el éxito de los negocios es incierto, que, si eventualmente pereciere el capital, éste no deba ser restituido íntegro con tal que quien recibe capital devuelva todas las cosas con buena fe, equidad, actividad y esfuerzos propios.

¹¹⁴⁸ Traducción de la Profesora Silvia Saraví, tomada de Guerra Aloysii S. T. D., *Pontificarum constitutionum in bullaris magno et romano contentarum et alunde desumptarum epitome*, Venecia, Heredis Nicolai Pezzana, 1772, vol. 1, p. 122.

Haciendo de otro modo, que incurran en penas establecidas por las leyes sagradas como reos de crímenes de tal modo N. O.

“Nuli ergo, etc.”

D. Romai apud S. Marcum. XII. Cal. Nov. P. A. II. a. D. 1586.

APÉNDICE 8: BULA DEL PAPA BENDICTO XIV

Sobre el sínodo diocesano¹¹⁴⁹

Libro X – Capítulo VII

Lo que se debe entender acerca del contrato que llaman “de tres contratos”; si debiera estar permitido por el sínodo o más bien proscripto.

I. Después que dijimos a los Clérigos que era necesario abstenerse totalmente de toda negociación incluso lícita en si misma, falta averiguar si es lícito establecer un contrato de sociedad entre los laicos, con *assecuracione* (como dicen) del capital y de las ganancias; al que, precisamente por eso llaman *contrato trino*; debe ser aclarado que cada cosa de aquél puede ser discernida por el Obispo. El contrato de sociedad, generalmente aceptado, “es el pacto de dos o más para aportar su parte destinada al lucro común y al daño (pérdida), según proporción de las cosas aportadas”. Empero se puede aportar ya sea dinero, o trabajo, ya industria (fuerza, vigor) o bien herramientas, la nave sola, el caballo, animales, etc., todas estas cosas deben ser destinadas al negocio; en verdad, no ficticia, ninguna sociedad puede existir cuando ninguna negociación de las cosas reunidas sea instituida por los socios a partir de la que pueda esperarse lucro. Para que no obstante la sociedad sea justa, tanto como la ganancia (lucro), también el riesgo y el daño (pérdida) deben ser comunes para cada uno de los socios, según la proporción; pues, como dice Ulpiano en leg. 29 y ss.: “respecto del socio, si tan solo uno percibiese lucro y el otro pérdida (daño)”, la sociedad se dice “leonina”, del apólogo del león que, sin riesgo para sí quiso ser partícipe de la caza de otras fieras.

II. De este modo, en verdad, para evitar el riesgo, es decir, que uno de los socios sea partícipe del único lucro y que devuelva el seguro de ello, esta modalidad de la sociedad que se inicia ha sido encontrada: Ticio inicia un contrato de sociedad con el comerciante Sempronio, a quien entrega mil monedas de oro, de los cuales, probablemente, espera ganar ciento treinta; pero Ticio temiendo, al mismo tiempo que con la ganancia esperada, perder también el capital, otro

¹¹⁴⁹ Traducido por la Profesora Silvia Saraví, de la edición de la bula de Benedicto XIV, *Sobre el Sínodo Diocesano*, al cuidado de Josefa de Canasso, en Madrid, en lo de Benedicto Cano, 1803, tomo 1, p. 514.

contrato inicia con el mismo Sempronio, a quien libra sesenta monedas de oro de la ganancia esperada para, de cualquier naturaleza que fuere el futuro resultado de la negociación, precaverse de la seguridad del capital de mil monedas de oro; y de nuevo Ticio, calculando consigo que sería mejor para él tener alguna ganancia moderada pero cierta (fija), que más rica pero incierta expectativa, un tercer contrato con el mismo Sempronio inicia, por el que envía otras veinte monedas de oro de la ganancia esperada, para que le pague las cincuenta monedas restantes, ya si la negociación fuese bien o fuese mal. Y así, con estos contratos, Sempronio se compromete a devolver a Ticio, dentro de cierto tiempo, el capital íntegro, es decir, la suma intacta de mil monedas de oro, y además el incremento de cincuenta monedas de oro.

III. Ahora bien, éste es aquel contrato trino, al que la discordia surgida entre Dominico Soto y Martino Navarro hizo célebre. Sin duda, Navarro pensaba que podía iniciar con segura conciencia los tres predichos contratos, al mismo tiempo y con la misma persona, y que estaban exentos del vicio usurario, por las razones que aduce “en su manual cap. 19. num. 254 y ss.” Por el contrario, Soto sostenía que la conjunción de aquellos tres contratos degeneraba en mutua usura, y abolía las leyes de la sociedad que exponen la comunión del lucro y el daño, y propugnaba su aserto con numerosos argumentos que pueden considerarse en su obra “de just. lib. 6 q. 6. art. 2.” La causa fue sometida a Sixto V. Pont. Mx. que, diligentemente, una vez discutida la cuestión, proclamó usurario el acuerdo de doble seguridad agregado a la sociedad, y a continuación prohibió que se llevara a cabo por medio de su Constitución 68 que comienza “Detestabilis”, dictada en el año 1568 tomo I. part. 4., Bullar. pág. 263.

IV. Pero ni aún todavía, en absoluto, la causa está terminada, ya que muchos Teólogos posteriores, no oscuros de nombre, no sólo absuelven el contrato trino de toda imputación de usura, sino también ahora defienden el que pueda realizarse lícitamente; entre los cuales Covarr. 3. var. cap. 2. n. 3., Lessius lib. 2. de just. cap. 25. dud. 3. num. 24., Franciscus García de contract. part. 2. cap. 67., Cardinalis de Lugo de Just. et Jur. disp. 30 sect. 4., Gibalinus de usur. lib. 6. cap. 3. art. 4., Salmanticenses tom. 3. Curs. moral. tract. 14. cap. 3. punct. 2. N° 2., Vanroy part. 3. tract. de contrat. cap. 6 q. I. Y a estos no les crearía problemas la constitución opuesta de Sixto V. pues dicen que los Cardenales de Toledo y de S. Severina a quienes el cuidado de regular la Constitución había sido encargado por el pontífice, atestiguaron que, según el Padre Esteban Tuccio, Teólogo S. J., la intención de Sixto había sido condenar tan sólo las convenciones y pactos que en sí mismos fueren injustos, ilícitos y usurarios, pero no, en verdad, los que se comprobare que carecen de toda nota de usura; según refiere Comitulus “Respons. moral. lib. 3. quaest. 12 num. 3.” con estas palabras: El Cardenal de Toledo y el cardenal de S.

Severina, a quienes les fue encomendada su misión por Sixto V. para componer la ley, o la Bula “Detestabilis”, afirmaron que, según el Padre Esteban Tuccio, Teólogo S. J., como lo atestiguó él por medio de cartas remitidas a mí, Sixto no había querido prohibir con su propia ley, otra cosa que los contratos de sociedad injustos; porque los que eran justos antes de la confección de la ley, después de hecha también era lícito” (que lo sean). Pero ante la ley hecha por Sixto, los Doctores citados continúan diciendo que injusta y usuraria era la sociedad en la que el riesgo del capital y del lucro recae en un socio (distinto), en virtud del único contrato de la sociedad; pero no la que, en virtud de dos contratos que son agregados a la sociedad, devuelve el seguro del capital y de alguna parte de las ganancias a un socio; éste, en verdad, recibe esta seguridad de parte del otro socio que, libre y espontáneamente se obliga a ella, y tanto como el precio de la garantía presentada, se obtiene aquella ganancia ampliamente mayor, que el primero pueda esperar probablemente, del dinero reunido en la negociación. Añaden que el célebre Auditor Juan Bautista Coccinus de la Rota Romana había pensado así “in una Romana societatis 3. junii 1603.” cuya sentencia el propio Tribunal de la Santa Rota constantemente desplegó y confirmó con numerosas decisiones en las que tuvo ratificación el contrato trino.

V. Pero como oponentes a los Doctores predichos presentan Gentt. “Theolog. moral. tom. I. tract. 4 cap. 14.” Natalis Alexander “Theolog. dogm. et moral. edit. Paris. tom. 2 lib. 3. cap. 7. art. 5. reg. 23.” Auctor Dissertationis editae Lugdumi anno 1673. “de usuraria trium contractuum pravitate”, Aurelios Piette tom. 4. “de contract. quaest. 4 N° 2” Saintebeuve cas. 185. tom. 2. resolut. Auctor Theologiae moralis ad usum Seminarii Petrocorensis “tom. 2. lib. 4 cap. 8.” Gabriel Antoine “tom. 13. tract. de contract. cap. 8 quaest. 3.” Continuator Praelectionum Tournely “part. 2 de contract. cap. 4 art. I, & nuper Daniel Concina in Opere, cuyo título “Usura, contractus trini. Dissidertationibus Historico Theologicis demonstrata”, y otros a quien parece discordante pensar que Sixto V. en la Constitución que editó para terminar la controversia entre Soto y Navarro, llevada a cabo con suma contención, en torno a aquel contrato trino, sobre el que ahora es el discurso, había jugado con las palabras, y no solo no había resuelto el nudo de la cuestión sino que no lo había tocado. Empero, a partir de la afirmación de los Cardenales de Toledo y de S. Severina, dicen que no se imputa otra cosa, salvo que Sixto no había querido proponer una nueva ley, sino proscribir el contrato, al que ya había sorprendido como torpe en sí mismo y manchado por la tacha de usura. Ciertamente, en ocasión de ser compilado el *Libro Séptimo* de las Decretales, en tiempos de Clemente VIII, se dudó si estaría incluida la predicha Constitución sixtina, y en la Congregación habida en fecha 12 de noviembre de 1593 se decidió que no debía ser incluida, porque nada nuevo en ella se discierne, sino que el contrato es

reprobado en sí mismo como usurario, proscripto ya por el Derecho común; como se infiere de las Actas de las Congregaciones bien equipadas sobre este asunto, que se conservan en el Archivo Arcis de San Angelo. Pero, que el contrato trino es en sí mismo usurario, los autores precitados piensan que es evidente; puesto que el que aporta dinero trasladando el riesgo hacia el que lo recibe, presta y traspasa al que lo recibe la propiedad misma del dinero, para quien, por esa misma circunstancia, el dinero se pierde si se perdiere. Y no parece crear problemas que quien recibe dinero esté obligado por medio de un pacto a pagarlo como consecuencia de la negociación, porque no está comprendido en un verdadero préstamo, por motivo del cual deviene el prestatario en dueño del dinero recibido de modo tal que pueda emplearlo en cualquier uso por su propia voluntad, y en verdad ese acuerdo, y la obligación nacida de allí parece evidente y únicamente colocada para disimular la usura, porque, en efecto, nada importa al que entrega el dinero, con garantía tomada no sólo del dinero, sino también de la ganancia, si aquél es empleado por el que lo recibe para la negociación o para cualquier otro uso. Agregan, además, que los contratos trinos tienden a eludir todas las leyes que prohíben las usuras puesto que cualquiera podría responder al que pide préstamo “no quiero prestar, sino comenzar contigo una sociedad bajo un acuerdo, para que me asegures sobre el capital y, a causa de mayor ganancia, que espero ha de venir probablemente de la negociación, me prometas pasar algo menor pero seguro (cierto)”. Saben bien claramente que esta forma de contraer es aprobada también por Navarro cit. loc. num. 255. pero pregonan que no ha pensado así Gregorio IX. “in cap. Naveganti, de usuris”, cuando dice: “el que presta una cantidad fija de dinero al comerciante marítimo o al que va 'ad mundinas', por llevar en sí riesgo, para recibir algo por sobre el capital, debe ser considerado usurero”. En verdad, (dicen) si el Pontífice llamó usurero al que no de otro modo quiso prestar dinero al comerciante marítimo, que afrontando el riesgo del mismo dinero, con el fin de, por esta razón, recibir algo más allá del capital de la prestación, del modo que los evaluadores conocían el texto predicho, S. Antonio 2. part. cap. 7. N° 27. tit. 7 Sylvester “verb. Usura I. N° 35.” Molina “de contract. disp. 318 n. I.” & González in cod. cap. Naviganti, num. 8. mucho más será usurero el que no de otro modo quiere comenzar una sociedad, si no es cargando el riesgo del capital en el socio y recibiendo por encima del capital la certeza de algún lucro. Y en verdad los Autores no quieren oír los relatos de Gibalino “de usuris lib. 2. cap. 4. art. 3. n. 25” considerando que en el texto alegado se ha deslizado un error, y debe ser leído, “*usurarius non est censendus*”; a esta explicación, precisamente, opone como testimonio muy erudito González ibid. num. 7 in fin. las palabras autorizadas de todos los códigos, en ninguno de los cuales se encuentra la partícula “*non*”, sino que el texto se lee como está en la vulgata “*Decretalia*”.

VI. Estos son los principales pasajes de las razones que a una y otra parte se dirigen, y la sede apostólica, aunque pareciere ser menos congruente con la Constitución Sixtina, no imprimió censura alguna, hasta el momento, a la primera opinión, por lo que, en consecuencia, debe abstenerse de inflingirla el Obispo; en cuanto al uso, en verdad, que alcanza con seguridad podría impedir, en la medida de sus fuerzas, el contrato trino, al que reconocen como riesgoso también para el dueño mismo, y disuadir a sus propios súbditos de iniciarlo; porque sapientísimamente el hecho es referido por muchos obispos en sus Sínodos Diocesanos, citados Genett. “tom. I. tract. 4. cap. 14.” Natalis Alexander “epist. 94, in Appendic. ad. tom. suae Theolog. moral.”

APÉNDICE 9: TEXTOS DEL *FUERO REAL* DE ALFONSO EL SABIO

RELATIVAS A LA USURA

Libro IV – Título II

De los judíos¹¹⁵⁰

Ley V

Como el judío no puede dar a usura

Judio ninguno no faga emprestido á usura ni en otra manera sobre cuerpo de Christiano ninguno, y el que lo ficiere, pierda quanto diere sobre él, y el Chrsistiano puedase ir libremente quando quisiere: é pena, ni Pleyto que sobre sí faga para no se poder ir, no vala.

Ley VI

En que manera puede dar el judio á logro, y fasta que precio

Ningun Judio que diere á usura, no sea osado de dar mas caro de tres maravedis por quatro por todo el año: é si mas caro lo diere, no vala: é si mas tomare, tornelo todo doblado á aquel que lo tomó: é Pleyto ninguno que contra esto fuere fecho, no vala. Otrosi, mandamos, que ninguno sea osado de usar el peño que tomáre, ni de lo dar á otri que lo use: y el que lo ficiere, peche a su dueño la meytad de quanto valiere el peño: si Pleyto ficiere que mientras lo usáre no la gane. Otrosí, defendemos, que depues que igualáre el logro con el caudal, que de alli adelante no logre, ni renueve la carta sobre, fasta que sea el año cumplido, ni faga otro Pleyto engañoso contra esto para ganar de cabo: é si lo ficiere, no vala. E si por aventura de alguna guisa mas

¹¹⁵⁰ Ed. citada, p. 134.

tomáre de como manda la ley, tornelo todo asi como es sobre dicho: y esto sea tambien en Moros, como en Judios, como en Cristianos, como en todos aquellos que dieren a usuras.

**APÉNDICE 10: TEXTOS DE *LAS SIETE PARTIDAS* DE ALFONSO EL
SABIO RELATIVAS A LA USURA¹¹⁵¹**

Partida 1ª

**Que fabla de todas las cosas que pertenescen a la fé catolica, que face al ome conoscer a
Dios por creencia**

Título VI

De los clérigos

Ley LVIII¹¹⁵²

De los juyzios que pertenescen a santa elesia por razon de pecado.

Todo ome que fuesse acusado de heregia e aquel contra quien mouiessen pleyto pro razon de vsuras, o simina, o de perjurio, o de adulterio: assi como acusando la muger al marido, o el a ella, para partirse vno de otro, que non morasse en vno, o como si acusassen algunos que fuessen casados, por razon de parentesco, o de otro embargo que ouiessen, porque se partiesse el casamiento del todo, o por razon de sacrilegio, que se faze en muchas maneras, segun se muestra en esta partida, en el titulo que fabla de los que roban, o entran por fuerca las cosas de la elesia, todos estos pleytos sobredichos que nascen destos pecados, que los omes fazen, se deuen judgar e librar por juyzio de santa elesia.

¹¹⁵¹ Los textos transcritos a continuación han sido tomados de la edición citada de Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos de España*.

¹¹⁵² Edición citada, p. 233.

Partida 5ª

Que fabla de los emprestidos, e de las vendidas, e de las copreas, e de los cambios, e de todos los otros pleitos, e posturas que fazen los omes entre si, de qual natura que sean

Título XI

De las promisiones

Ley XXXI¹¹⁵³

Como la promission que es fecha de manera de vsura non vale.

Veynte marauedis, o otra quantia cierta, dando vn ome a otro, recebiendo promission del, quel de treynta marauedis, o quarenta por ellos: tal promission, non vale, nin es tenuto de la complir, el que la faze, si non de los veynte marauedis, que rescibio: e esto es, porque es manera de vsura. Mas si diesse vn ome a otro, veynte marauedis: e rescibiesse promission del, que le diesse diez o ocho marauedis, o quanto quiera menos, de aquellos, que recibiesse, tal promission, dezimos, que vale, porque non ha en ella engaño de usura: pues que rescibe menos de lo que dio.

.....

Ley XL¹¹⁵⁴

Como la pena que es puesta por razon de usura non la pueden demandar

Otorgan los omes, e prometen vnos a otros, de dar o de fazer alguna cosa obligandose a pena cierta, si non cumplieren aquello, que otorgan o prometen. E mueuense a poner esta pena en las promisiones, por dos razones. La primera, porque aquellos que promten de dar, o fazer la cosa, sean mas acuciosos a cumplir la promission, por miedo de la pena. La segunda es, porque algunos engañosamente lo fazen, por auer ocasion de leuar (percibir) alguna cosa como en razon de vsura. E por ende dezimos, que si la pena es puesta, sobre cosa que promete alguno de fazer,

¹¹⁵³ Ed. citada p. 551.

¹¹⁵⁴ Ob. cit., ed. cit., p. 552.

que cae en ella, aquel que fizo la promission, e que es tenuto de la pechar (pagar *pecho*, tributo, o contribución) si non faze aquello que promete de fazer: assi como diximos en las leyes ante desta.¹¹⁵⁵ Mas si la pena fuesse puesto sobre quantia cierta, que prometiesse alguno de dar, si aquel que recibe la promission es ome que aya vsado de recibir vsura, entonce, non es tenuto de pechar (pagar) la pena, el que fizo la promission maguer (aunque) non lo cumpla al plazo. Pero si el que recibe la promission: fuessa atal ome que nunca ouiesse recibido vsura. Entonce tenuto seria de pechar (pagar) la pena el que fizo la promission, si non diesse aquello que auia prometido de dar. Otrosi dezimos, que todo pleyto, o postura, que sea fecha ante testigos, o por carta, por engaño de vsura que non deue ser guardada. E esto sera, como quando aquel que presta los dineros en verdad toma por ellos algun heredamiento (herencia) en peños, e faze muestra de fuera, que aquel que gelo (se lo) da a peños, que gelo (se lo) vende: faziendo ende fazer carta de vendida, porque pueda ganar los frutos, e aquel non sean demandados por vsura. E por ende dezimos, que tal engaño como este, non deue valer, seyendo prouado tal pleyto que verdaderamente fuesse prestamo, e la carta de la vendida fuesse fecha por enfinta (engaño).

¹¹⁵⁵ Se refiere a la ley XXXIX del mismo título y partida, que establece que las penas pactadas para el caso de incumplimiento de las promesas de matrimonio no son exigibles.

APÉNDICE 11: TEXTOS DE *LAS ORDENANZAS DE ALCALA DE ALFONSO XI RELATIVAS A LA USURA*¹¹⁵⁶

TITOL XXIII

De las usuras, e de las penas de los vsureros¹¹⁵⁷

Ley Primera

Que ningunt Christiano nin Christiana non den a vsuras

La cobdicia, es rais de todos los males, en tal manera, que ciega los coraçones de los cobdiciosos, que non temiendo á Dios, nin aviendo verguença á los omes desvergonçadamente da á vsuras en muy grant peligro de sus almas é mandamos, que qualquier Christiano, ó Christiana de qualquier estado, o condicion que sea, que diere á vsura, que pierda todo lo que diere ó prestare, é sea de aquel que lo rescivio prestado, é que peche otro tanto como fuere la contia que diere á logro, la tercera parte para el acusador, é las dos partes para la nuestra Camara. Et si despues que alguno fuere condepnado en esta pena, fuere fallado, que dio otra vez a logro, que pierda la meytad de sus vienes, que oviere, é sea la tercera parte para el acusador, é las dos partes para la nuestra Camara. Et si despues que fuere condepnado en esta segunda pena, fuere fallado, que dio otra vez a logro, que pierda todos sus vienes, o se partan como dicho es. Et los contractos vsurarios que son fechos fasta aqui, que non son pagados, é que han rescibido los que los dieren mayor contia de la que dieron, é les finca alguna contia por raçon dellos, que seyendo fallado que han rescibido lo que dieron é prestaron, que non puedan aver mas. Et porque algunos no dan derechamente a vsuras, mas facen otros contractos en enganno de las vsuras, tenemos por bien que si alguno vendiere á otro alguna cosa, é pusiere con el tornar, si fasta cierto tiempo le diere el prescio, que rescibio del, ó que non pueda dar el prescio que rescibio fasta cierto tiempo,

¹¹⁵⁶ Los textos transcriptos a continuación han sido tomados de la edición citada de Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos de España*.

¹¹⁵⁷ Ed. citada, p. 696.

é que entre tanto que aya los frutos é esquilmos de la cosa vendida; é que tal contrato sea entendido ser fecho en genero de vsura. Por ende mandamos que mostrando el vendedor como ovo con el comprador el paramiento, é postura que dicha es, que pueda cobrar la cosa que vendio, pagando el prescio que rescibio por ella del comprador. Et que le sean contados al comprador los fructos é esquilmos que ovo de la cosa vendida mientras la tovo en el prescio que la oviere de tomar del vendedor. Et porque los que dan vsura, e facen otros contractos vsurarios lo facen muy encubiertamente, porque por fallescimiento de prueba non se pueda encubrir la verdat, tenemos por bien, que se pueda probar de esta guisa. Que si fueren tres omes los que vinieren diciendo sobre jura de Santos Evangelios, que rescibieron algo de alguno á logro, que vala su testimonio maguer que cada uno diga de su fecho; é seyendo las personas tales, que entienda el que lo oviere de librar, é judgar, que es verdat lo que dicen; pero porque los omes non se mueban con codicia á dar testimonio contra verdat, mandamos que tales Testigos como estos no cobren ninguna cosa desto que dieron su testimonio, salvo si lo probare por prueba comprida: mas esta pena que sea para nuestra Camara, é para el que la acusare.

Ley II

Que ningun Judio, nin Judia, nin Moro nin Mora non den á logro

Porque se falla que el logro es un grant pecado, é vedado así en la ley de Natura, como en la ley de Escritura, é de Gracia, é cosa que pesa mucho á Dios, é porque vienen dannos, é tribulaciones á la tierra do se vsa, é consentirlo é mandarlo, é judgarlo pagar, é entregar es muy grant pecado: et sin esto es muy grant ermamiento é destroimiento de los algos, é de los vienes, e de los moradores de la tierra do se vsa: et como quier que fasta aqui de luengo tiempo acá fue vsado, é non es estrando como devia, Nos por seguir a Dios, é guardar en esto nuestra alma, comodevemos, é por tirar los dannos, que por esta raçon viene al nuestro pueblo, é á las nuestras tierras, tenemos por bien, é defendemos, que de aqui en adelante ninguno nin Judio, nin Judia, nin Moro, nin Mora non sea osado de dar á logro por si, nin por otro. Et todas las Cartas é privilegios é fueros que les fueron dados fasta aqui porque les fue consentido de dar á logro en ciertas maneras, é aver Alcalles, é entregadores en esta raçon, Nos los quitamos é revocamos, é los damos por ningunos con Conseio de nuestra Corte. Et tenemos por bien que non valan de aqui adelante, como aquellos que non pudieron ser dados, nin deuen ser mantenidos, porque son contra ley segunt dicho es. Mandamos á todos los Judgadores é entregadores é otros oficiales de qualquier condicion que sean en todos los nuestros Regnos, é nuestro Sennorio, que non

judguen, nin entreguen ningunas Cartas, nin contractos de logro de aqui en adelante, é demas rogamos é mandamos á todos los Prelados de nuestro Sennorio, que pongan sentecia de descomunion en qualesquier que contra esto fueren, é denunciem las que estan puestas. Et porque nuestra voluntat es que los Judios se mantengan en nuestro Sennorio, é asi lo manda nuestra Santa Iglesia, porque aunt se han á tornar á nuestra sante Fée, é ser salvos segunt se falla por las Profecias, é porque hayan mantenimiento é manera para bevir é pasar bien en nuestro Sennorio, tenemos á bien, que puedan aver, é comprar heredades en todas las cibdades, é Villas, é logares de nuestro realengo para si, é para sus herederos, é en sus terminos desta manera; de Duero allende fasta en contia de treinta mill maravedis por todas las comarcas fasta en contia de veinte mill maravedis cada vno, como dicho es. Et esto que asi compraren, é ovieren en sus juderias; Pero en los otros Sennorios que sean abadengo, ó behetria, ó solariego, que puedan comprar de aqui adelante fasta la dicha contia con voluntat del Sennor cuyo fuere el logar é non de otra guisa.

**APÉNDICE 12: TEXTOS DE LA NOVISIMA RECOPIACION
RELATIVAS A LA USURA¹¹⁵⁸**

Libro X

De los contratos y obligaciones: Testamentos y herencias

Título I

De los contratos y obligaciones en general

Ley XX¹¹⁵⁹

No se hagan contratos simulados en fraude de usuras, ni exija mas de un diez por ciento en los permitidos

D. CARLOS Y D^a JUANA EN MADRID AÑO 1534 PET. 96, EN TOLEDO AÑO 539 PET. 87, Y EN VALLADOLID AÑO 548 PET. 78.

Por evitar los daños que resultan de los fraudes, de que los cambios y mercaderes y otros tratantes usan, de llevar lo que no pueden ni es permiso, so color de interese lícito por vías y maneras exquisitas, mandamos, que no se puedan hacer ni hagan contrataciones alguna ilícitas y reprobadas, ni otros contratos simulados en fraude de usuras; y que las nuestras Justicias tengan especial cuidado de castigar á los que lo hicieren conforme á las leyes de estos nuestros Reynos: y que de las contrataciones permitidas no se pueda llevar ni lleve mas de á razon de diez por ciento por año; y que por ningun respeto, aunque sea en nombre de cambio, ni só otro color no se pueda hacer lo contrario, só las penas contenidas en las leyes. (ley 9. título 18. lib. 5. R.)

¹¹⁵⁸ Los textos transcriptos a continuación han sido tomados de la edición citada de Martínez Alcubilla, *Códigos Antiguos de España*.

¹¹⁵⁹ Ob. cit., ed. citada, vol. 2, p. 1712 y sig.

Ley XXI

No se exija interes del dinero depositado, prestado, ó dado á mercaderes para cambiar, tratar y contratar.

D. FELIPE III. EN ARANJUEZ POR PARAGM. 1608

Ninguna persona, de qualquiera calidad y condicion que sea, pueda dar ni dé dineros á mercaderes ó personas de negocios para que los traigan á cambios, ó para que con ellos traten ó contraten, sino es a pérdida y á ganancia, y en los casos permitidos por Derecho: y otrosí, que ninguna persona pueda llevar interese alguno del dinero que pusiere en deposito en depositarios, ó mercaderes ó hombres de negocios, ó de otra qualquier manera los prestare, aunque sea con color de daño emergente ó lucro cesante, ó otro de qualquier color ó causa que no sea en los casos permitidos por Derecho; só pena que el que lo contrario hiciere, caiga é incurra, el que lo diere, en pena de perdimiento del dinero que así diere, aplicado por tercias partes, Cámara, Juez y denunciador, y el que lo recibiere, incurra en pena de otro tanto aplicado de la misma manera; y que sea en si ninguno y de ningun valor ni efecto qualquier contrato ó concierto que contra lo susodicho se hiciere, para que de aquí adelante no valga, ni se use de él só las dichas penas. (ley 15. tit. 18. lib. 5. R.)

Ley XXII

No se lleve mas interes del cinco por ciento en los contratos y obligaciones en que se pueda llevar conforme á Derecho

D. FELIPE IV. EN MADRID, POR PRAGM. 14 NOV. 1652 CAP. 16.

Ordenamos y mandamos, que todos los intereses causados hasta hoy que estuvieren por pagar, y los que de aquí adelante corrieren por qualesquiera contratos, obligaciones ó negocios, en que conforme á Derecho se puedan pedir ó llevar intereses, aunque sean tocantes á mi Real Hacienda, ó por mi aprobados, no puedan pasar ni excedan de cinco por ciento al año; ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respecto, sin embargo de qualesquiera pactos ó contratos que haya hechos ó se hicieren, los quales anulamos y prohibimos como injustos y usurarios, y só las penas impuestas por derechos contra ellos; sin que se puedan sustentar ni defender con

ninguna causa ni color de daño emergente ó lucro cesante ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio: y revocamos la ley 20 de este título, y las demas leyes, ordenes y cédulas nuestras, ó cualesquiera usos ó costumbres que hubiere habido en contrario, y hubiere de aqui adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal; mandamos, que el deudor, al tiempo que otorgare qualquier escritura ó cédula en que se obligue á pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento, si hay intereses, y lo que montan; y el Escribano dé fe del tal juramento; y el acreedor, para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor, haga el mismo juramento; y sin lo uno y lo otro no se pueda executar ningun instrumento ó cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun Tribunal ni juicio ó fuera de él, ni haga fe ni probanza para ningun caso ni efecto; porque queremos, que lo suso dicho sea tenido por forma substancial de cualesquiera obligaciones ó contratos, que se hicieren ó celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos por nulos, como si no se hubiesen hecho ni otorgado; y no obstante el dicho juramente de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos, como usurarios y logreros conforme á Derecho (cap. 16. del auto 16. tit. 21. lib. 5 R.)

Ley XXIII

Se estimen legítimos los contratos, en que los cinco Gremios mayores de Madrid toman dinero de particulares con el interes de tres por ciento

D. CARLOS III. POR RES. A CONS. Y CED. DEL CONSEJO 10 JUL. 1764

Por los diputados de los cinco Gremios mayores de Madrid se me representó, que acostumbraban recibir en la caja comun de la Diputacion destinada para el giro de sus comercios algunos caudales de diferentes personas de todas clases particularmente de viudas, pupilos, y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los Gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interin el interes de un tres ó dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fe habian estado muchos años, así los Gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de mis Tribunales, en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introduxo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuve á bien mandar formar una Junta compuesta de Ministros autorizados, que por su

carácter y sana doctrina merecen mi Real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndole executado, conformándome con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y de sana doctrina, he venido en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar, que como tales sean juzgados en mis Tribunales

Titulo VIII

De los préstamos

Ley V¹¹⁶⁰

Observancia de la ley precedente, con extension de lo dispuesto en ella á los granos y frutos de labradores

D. CARLOS IV. POR RES. A CONS. Y CED. DEL CONSEJO, 16 DE JUL. 1790 CAP. 4, 5, 6 Y 7

.....

Cap. 5. Y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los labradores y cosecheros, que entre año toman dinero ó géneros apreciados de mercaderes ú otras personas, para sostener su labranza, y se ven precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes ó prestadores; declaro deber quedar reducida la accion de estos á percibir sus créditos en dinero con la prorata del interes del seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorata de los meses que hubieren corrido; baxo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los labradores, aunque sea en contratos ó convenciones privadas, lo prevenido en esta disposicion, y de que Escribano alguno pueda, pena de suspension de oficio, extender escritura opuesta á esta ley y disposicion; haciéndolo así observar los Jueces en los pleytos é instancias que vinieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes ó prestadores que usaren estos medios reprobados.

Titulo XI

De las deudas y fianzas

¹¹⁶⁰ Ob. cit., ed. cit., vol. 2, p. 1725.

Ley XII¹¹⁶¹**Pago privilegiado de los créditos de artesanos ó menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios**

D. CARLOS III. EN SAN ILDEFONSO POR RES. A CONS. 25 NOVIEMBRE 1782, Y DED. DEL CONS. 16 SEPT. 84.

Para que no se dilate el pago de los créditos de artesanos ó menestrales, jornaleros, criados y acreedores alimentarios, se observen las reglas siguientes:

4^a Respecto á las deudas activas de artesanos y menestrales contra todas las clases distinguidas y privilegiadas, contraídas desde la publicacion de esta mi cédula, declaro, que desde el dia de la interpelacion judicial corran por la demora y retardacion del pago á beneficio de dichos artesanos y menestrales los intereses mercantiles del seis por ciento, para resarcirles el menoscabo que reciben en la demora, y avivar por este medio directamente el pago.

Título XIII**Ley XVII¹¹⁶²****Nuevas reglas que han de observarse en el tanteo de lanas concedido á los fabricantes de paños y demas texidos de lana de estos reynos**

D. CARLOS III POR RES. A CONS. DE FEB. Y DED. DE LA JUNTA DE COMERCIO 11 DE MAYO 1783, Y OTRA DEL CONS. 28 MAR. 1784

He venido en declarar, que para que tenga efecto el tanteo de lanas concedido á los fabricantes en mi Real cédula de 18 de Noviembre de 1779, y capitulo 16 de ella, se observen y guarden las reglas siguientes:

.....

2. Que para evitar perjuicios á los extractores, ó á los que la compren para revender, en el uso del tanteo, sea de la obligacion de los fabricantes de lana, segun se declaró para los de seda en la citada Real cédula, satisfacerles el coste y costas, y ademas un medio por ciento al

¹¹⁶¹ Ob. cit., ed. cit., vol. 2, p. 1780.

¹¹⁶² Ob. cit., ed. cit., vol. 2, p. 1737 y sig.

mes, desde el día en que el comprador de la lana desembolsó su importe, hasta el en que se verifique el tanteo, por el lucro cesante, y premio del dinero que tuviese anticipado y expendido.

Ley XVIII

Declaracion de tanteo de lanas concedido por la ley anterior á los fabricantes de paños y textidos de ellas

**D. CARLOS IV. EN ARANJUEZ POR RES. A CONS. 4 SEPT. 1802, Y CED. DE LA JUNTA DE
COMERCIO 14 FEB. 803.**

A fin de asegurar y facilitar á las fabricas nacionales de lanas que necesiten para sus operaciones, cortando de una vez los efugios con que se ha procurado y procura eludir el derecho de tanteo que las compete, y se las concedió por la Real cédula de 11 de Mayo de 1783 (ley anterior); he venido en confirmársele, y ampliársele con las 17 nuevas declaraciones siguientes:

.....

10. Que en los contratos en que no hubiese anticipacion de dinero, si se tantease la lana, el fabricante que la tantee satisfaga el coste y costas, y medio por ciento cada mes, desde el dia en que el comprador pagó el importe hasta el en que se verificase el tanteo, en conformidad y por ampliacion de lo dispuesto en el artículo segundo de la Real cédula de 11 de Mayo de 1783.

.....

Ley XXI**Privilegio y derecho de tanteo concedido á todas las fábricas de texidos de lino y cáñamo de estos reynos****D. CARLOS IV. POR RES. A CONS. DE LA JUNTA DE COMERCIO 19 EN., COMUNICADA EN CIRC. 21 AB. 1792.**

He venido en conceder por punto general á todas las fábricas de texidos de lino y de cáñamo, establecidas ó que se establezcan de aquí adelante en estos reynos, el privilegio y derecho de tantear en tiempo y forma estos frutos, ó primeras materias de produccion de ellos, sobre qualquiera comprador natural o extranjero, que las hubiere acopiado para revender ó extraer, y no con expreso destino para otras fábricas nacionales de la misma clase; sin que los que usen de este derecho tengan precision de hacer constar, que lo que tanean lo necesitan para las suyas, pues bastará la obligacion jurada de manufacturarlo por sí ó de su cuenta en el reyno, y que lo executen sin fraude, ni otra inversion que les pueda privar de este privilegio, el qual ha de entenderse con calidad de que el fabricante reintegre al comerciante el precio, á que por contrata ó ajuste con el cosechero resultare haberlo comprado el cáñamo ó el lino, y ademas le pague un medio por ciento al mes, desde el dia que hubiere desembolsado su porte hasta en el que se verifique el tanteo, por el lucro cesante y premio del dinero que tuviere expendido en ello, segun lo que se halla dispuesto respecto de los de lana en la Real cédula de 11 de Mayo de 1783 (ley 18), y para los de seda en la órden circular de 5 de septiembre de 1789 (ley 15), sin que acerca de estos puntos se admitan dilaciones ni otras reglas.

Título XV**De los censos****Ley VII¹¹⁶³**

Se declara no recibido en España el *Proprio Motu* sobre la constitucion de censos con dinero de presente

D. FELIPE II. EN LAS CORTES DE MADRID DE 1583 PET. 2.

Declaramos, que el *Proprio Motu* sobre que los censos se impongan y sienten con dineros de presente, no está recibido en estos Reynos, antes se ha suplicado de él por el Fiscal del Consejo, donde se ha hecho justicia en los casos que se han ofrecido, y se hará adelante, y con su Santidad la instancia que pareciere necesaria. (ley 10. tit. 15. lib. 5. R.).

Libro XII**De los delitos, y sus penas: y de los juicios criminales.****Título XXII¹¹⁶⁴****De las usuras y logros****Ley I**

Prohibicion y nulidad de los contratos con judíos y moros en que intervenga usura

LEY 2, TIT. 23 DEL ORDENAMIENTO DE ALCALA; Y D. ENRIQUE III EN MADRID AÑO 1395 PET.

2

¹¹⁶³ Ob. cit. ed. cit., vol. 2, p. 1746.

¹¹⁶⁴ Ob. cit., ed. citada, vol. 2, p. 1895 y sig.

(No se transcribe por estar reproducida en la ley cit. del Ordenamiento de Alcalá, APÉNDICE 11)

Ley II

Pena de los cristianos que den á usuras, ó contraten con fraude de ellas; y prueba privilegiada de este delito.

LEY 1, TIT. 23 DEL ORDENAMIENTO DE ALCALA; Y D. ALONSO Y. D. ENRIQUE III, TIT. DE POENIS CAP. 4

(No se transcribe por estar reproducida en la ley cit. del Ordenamiento de Alcalá, Apéndice 11)

Ley III

Reglas que han de observarse en los contratos de los cristianos con judíos ó moros, para evitar usuras.

D. ENRIQUE III, EN MADRID AÑO 1395 PET. 5 Y 6; D. ENRIQUE IV EN TOLEDO AÑO 462; PET. 23; Y D. FERNANDO Y Da. ISABEL EN MADRIGAL AÑO 476 LEY 35.

Ordenamos y mandamos, que en todos y qualesquier contratos que se hicieren entre cristianos y judíos y judías, o moros o moras, si la parte del cristiano se opusiere en qualquier tiempo, o alegare que el emprestido o qualquier contrato no pasó en hecho de verdad, que el judío o judía, ó moro ó mora sea tenido á probar como el dicho empréstido ó contrato pasó verdaderamente y sin ficcion, aunque esta oposicion se haga después de dos años: y si el judío ó judía, no probare cumplidamente la realidad del dicho contrato y empréstido, que en tal caso el contrato, ni sentencia ni otra escritura no sea executado contra el cristiano: pero si el judío ó judía, ó moro o mora probare como realmente pasó em empréstido, ó otro qualquier contrato de qualquier manera que sea, y sobre esto jurare segun su ley, que el empréstido o contrato pasó como él lo afirma en hecho de verdad, sin cautela, sin ficcion ni simulacion alguna; que en tal caso, todo aquello que pareciere por verdad, lo sea pagado; y en aquello el contrato, que sobre ello hobiere intervenido sea traído á debido efecto, sin embargo de la ley del Rey Don Enrique el

III, hecha en Burgos.¹¹⁶⁵ Y por evitar los fraudes de las usuras y de los contratos con que muchas veces los judíos suelen fatigar á los cristianos, y llevar grandes quantías de maravedis, pan y otras cosas por pequeñas quantías, que los cristianos en tiempo de sus necesidades de ellos resciben; mandamos, que ningun judío ni judía no resciba de cristiano ni cristiana juramento de pagar, ni sentencia de Juez, aunque sea eclesiástico, por ningun empréstido ni otro contrato que entre ellos pase; ni Escribano alguno dé fe de tal juramento ni de tal sentencia contra cristiano alguno ni dé signado el tal juramento ni sentencia; ni cristiano alguno se consienta poner por acreedor de deuda de ningun judío ni judía; so pena que el tal judío ó judía, que tal juramento o sentencia rescibiere, pierda la deuda, y sea para el deudor cristiano, y mas pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara; y el Escribano que diere fe y testimonio del tal juramento, ó de la tal sentencia, pierda el oficio de Escribano, y sea inhábil para haber otro tal ni semejante oficio por toda su vida, y pague diez mil maravedís para nuestra Cámara; y el cristiano que consintiere que sea puesto por acreedor de ningun deudor judío, seyendo la deuda del judío ó judía, que sea infame, y pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Cámara. (ley 3, tit. 6 lib. 8 R.)

Ley IV

Declaración de las penas impuestas á los que den a usuras, ó hagan contratos en fraude de ellas.

D. FERNANDO Y Da. ISABEL EN TOLEDO AÑO 1480 LEY 93.

Como quier que por Derecho divino y humano las usuras estan defendidas so grandes penas, pero esto no basta para refrenar los logros, y la codicia con que se mueven los que la exercitan para adquirir los bienes agenos por exquisitas y malas maneras; porque las penas que por las leyes y ordenanzas de nuestros Reynos estan estatuidas contra los legreros son diversas; declarando las dichas leyes, mandamos, que qualquier cristiano que diere á usuras, ó hiciere qualesquier contratos en fraude de usuras, que caya é incurra en las penas que en las dichas leyes y ordenanzas son contenidas; de las quales la suerte principal sea para la parte contra quien se exercitaren las usuras, como dispone la ley precedente; y de las penas, la mitad sea para la nuestra Cámara, y la otra mitad se parta en dos partes, la mitad para el acusador, y la mitad para los muros; y si no hobiere muros, que sea para el reparo de edificios públicos del lugar donde

¹¹⁶⁵ Por la citada ley se prohibió a los judíos y moros el hacer obligaciones algunas ó contratos con los cristianos, para evitar el fraude de usuras. (ley 2 tit. 6. lib. 8. r.).

esto acaesciere; y demas, que el tal usurario ó logrero quede y finque inhábil é infame perpetuamente: quedando en su fuerza la ley anterior por Nos sobre los logros hecha en las Cortes de Madrigal. (ley t. tit. 6. libro 8. R.)

Ley V

Castigo de las mohatras y trapazas que hacen los mercaderes a los labradores en fraude de usuras

**D. CARLOS I. Y D. JUANA EN LA NUEVA INST. PAR LOS ALCALDES MAYORES DE LOS
ADELANTAMIENTOS, HECHA A 3 MAR. 1543.**

Porque á causa de los muchos merchantes y los renoveros que andan por los Adelantamientos, los labradores y miserables personas padecen mucha fatiga, porque hacen contrataciones y trapazas, en que se obligan por muchas sumas de maravedis, rescibiendo mucho menos de la cantidad porque se obligan y comprando mercaderías fiadas por mucho mas de lo que valen, y tornándolas luego á vender al contado por el tercio ménos, y á las veces á personas que hechan los mismos mercaderes que se las venden; y debiendo los Alcaldes mayores de los Adelantamientos ó alguno de ellos tener gran diligencia y cuidado en castigar los tales merchantes y usureros, que con semejantes fraudes y cautelas destruyen la gente pobre que con necesidad son compelidos á lo aceptar, no lo hacen, teniendo mas respeto á sus intereses particulares que al bien público: por ende mandamos á los dichos Alcaldes mayores, que son o fueren, que no favorezcan á los tales merchantes, y tengan especial cuidado de castigar á los que de ellos hicieren contratos ilícitos, ó en fraude de usuras; con apercibimiento, que si constare haber tenido cerca del dicho castigo y averiguacion algun descuido ó remision dolosa, ó negligencia, los mandaremos a castigar, y se les hará cargo especial cerca de este artículo al tiempo que hicieren residencia. (ley 29 tit. 4. lib. 3. R).

APÉNDICE 13: CARTA DE LA COMPAÑÍA HOLANDESA DE INDIAS OCCIDENTALES: 1621

Referencias:

Carta de Privilegios y Exenciones a la Compañía Holandesa de Indias Occidentales. 7 de junio de 1629.

Documentos relativos a la historia colonial del Estado de New York. Vol. II pp. 553–557.

O'Callaghan, *Historia de la Nueva Holanda*, I, 112–120.

Concesiones modificadas de 1040. Doc. Relativos a la hist. col. de N. Y. Vol. I.

3 de junio de 1621.

Los Estados Generales de los Países Bajos Unidos, a todos quienes verán la Presente, o la escucharán leída, Salud.

Sébase, que conociendo la prosperidad de estas tierras, y que el bienestar de sus habitantes depende principalmente de la navegación y el comercio, los cuales en todos los tiempos pasados fueron llevados adelante felizmente por los mencionados Países, y con gran bendición a todas las regiones y reinos; y deseando que los antedichos habitantes no sólo deberían ser preservados en su anterior navegación, tráfico y comercio, sino también que su comercio pueda ser incrementado tanto como sea posible, en especial conformidad con los tratados, alianzas, ligas y pactos para el tráfico y la navegación anteriormente realizados con otros príncipes, repúblicas y personas, los cuales damos por entendido deben ser en todas partes observados y cumplidos puntualmente. Y encontramos por experiencia, que sin la ayuda común, asistencia e interposición de una Compañía General, la gente asignada desde aquí por esas partes no pueden ser útilmente protegidas y mantenidas a salvo de piratas, extorsiones y otros peligros similares, que sucederían en un viaje tan largo. Tenemos por lo tanto, y por muchas otras razones y motivos importantes e inquietantes como los anteriores, con una madura ponderación del parecer, y por causas altamente necesarias; encontramos bueno que la navegación, negocios y comercio, en las Indias Occidentales, y África y otros lugares en adelante descriptos, en lo futuro no deberían ser llevados adelante de ninguna otra forma que por la fuerza unida de los comerciantes y habitantes de estas tierras; y para ese propósito será establecida una Compañía

General, la cual fuera de la consideración especial a su común bienestar, y para mantener y preservar a los habitantes de esos lugares en buen comercio y prosperidad, mantendremos y fortaleceremos con nuestra Ayuda, Favor y asistencia tanto como el estado y condición presentes de este País lo admitan: y además le proporcionaremos una Carta adecuada, así como los siguientes Privilegios y Exenciones, a saber,

Que por el término de veinticuatro años, a ninguno de los nativos o habitantes de estos países le será permitido navegar a o desde dichas tierras, o traficar en la costa y países de *África* desde el *Trópico de Cáncer* al *Cabo de Buena Esperanza*, ni en los países de *América*, o las Indias Occidentales, comenzando por la cuarta extremidad de *Terra Nova*, por los estrechos de *Magallanes*, *La Maire*, o cualquier otro estrecho y paso situado en las proximidades del estrecho de *Anian*, así como en el Mar del Norte y el Mar del Sur, ni en cualquiera de las islas situadas en uno u otro lado, o entre ambos; ni en los países que se extiendan, o se encuentren al oeste o al sur entre los meridianos desde el Cabo de Buena Esperanza en el este, al extremo este de Nueva Guinea, en el Oeste, inclusive, sino en el nombre de esta Compañía Unida de éstos Países Bajos Unidos. Y quienquiera que se atreva sin el consentimiento de esta compañía, para navegar o traficar en cualesquiera de los Lugares dentro de los Límites antedichos concedidos a esta Compañía, perderá las naves y las mercancías que sean encontradas para la venta sobre las costas y tierras antedichas; lo que será de hecho secuestrado por la Compañía antedicha, y conservado por ella para su propia ventaja y beneficio. Y en caso de que tales naves o mercancías sean vendidas en otros países o puertos que puedan tocar, los propietarios y los socios deben ser multados por el valor de esas naves y mercancías. Excepto solamente, los que antes de la fecha de esta carta, hayan navegado o sido enviados de éstos o de cualquiera otros países, a cualesquiera de las costas antedichas, podrán continuar su negocio para la venta de sus mercancías, y continuar así nuevamente, o de otra manera, hasta la expiración de esta carta, si han tenido alguna antes, pero no más allá de ello. Se ordena que después del primero de julio de mil seiscientos veintiuno, el día y el momento del comienzo de esta carta, ninguna persona podrá enviar ninguna nave o mercancías a los lugares comprendidos en la misma, aunque antes de esta fecha, esta Compañía no sea finalmente incorporada. Pero se ordenará en esa oportunidad, como se está haciendo, contra los que tengan intención con propósito de fraude de frustrar nuestra intención de esta carta para el interés público. Se ordena que el comercio de la sal a *Ponte del Re* se pueda continuar según las condiciones y las instrucciones ya dadas por nosotros, o que puedan ser dadas al respecto, no obstante cualquier cosa en contrario establecida en esta carta.

II. Que, por otra parte, la antedicha Compañía podrá, en nuestro nombre y autoridad, dentro de los límites antes prescriptos por la presente, hacer contratos, compromisos y alianzas con los límite antes prescriptos en la presente, hacer contratos, compromisos y alianzas con los príncipes y naturales de los países allí comprendidos, y también construir allí cualesquiera fortalezas y fortificaciones, designar y destituir Gobernadores, personal para la guerra, y funcionarios de justicia, y otros oficiales públicos, para la preservación de los lugares, guardar el buen orden, policía y justicia, y de modo semejante para promover el comercio; y nuevamente, poner a otros en el lugar de ellos, según vean que se adecue mejor a la situación de sus negocios. Por otra parte, deben avanzar en poblar esas partes provechosas y despobladas, y hacer todo lo que el servicio de esos países, y el beneficio y el incremento del comercio requiera: y la compañía sucesivamente nos comunicará y transmitirá tales contratos y las alianzas que hayan hecho con los príncipes y las naciones antedichos; e igualmente la situación de los fuertes, fortificaciones, y establecimientos por ellos tomados.

III. Excepto que se haya elegido un gobernador en jefe, y se le hayan preparado instrucciones, tales contratos y alianzas serán aprobados, y daremos una constancia de ello; y en tal caso, a tal gobernador en jefe, así como a otros representantes de gobernadores, comandantes, y funcionarios, les será tomado un juramento de lealtad a nosotros y así como a la Compañía.

IV. Y si la compañía antedicha en y de los lugares antes mencionados fuera engañada bajo la apariencia de amistad, o fuera objeto de un tratamiento inadecuado, o sufriera pérdidas con motivo de haber confiado su dinero o bienes, porque no les hubieran sido restituidos, o en ocasión de recibir el pago de tales bienes, podrán utilizar los mejores métodos dentro de sus facultades, acordes a la situación de sus negocios, para obtener satisfacción.

V. Y si fuera necesario para el establecimiento, la seguridad y la defensa de este negocio, hacerse de tropas a tal fin, de acuerdo con la constitución de este país, y la situación de los asuntos, equiparemos a la mencionada Compañía con tales tropas, siempre que sean pagadas y financiadas por la compañía.

VI. Tales tropas, además del juramento ya prestado a nosotros y a su excelencia, jurarán obedecer las órdenes de la mencionada compañía, y procurarán promover sus intereses al máximo de su capacidad.

VII. Que los prebostes de la Compañía, en tierra, puedan aprender a cualquiera de los militares que se hayan enlistado al servicio de la antedicha compañía, y puede confinarlos a bordo de las naves en cualquier ciudad, lugar, o jurisdicción en que puedan ser encontrados;

siempre que los prebostes primero informen a los funcionarios y a los magistrados de las ciudades y los lugares en donde suceda esto.

VIII. Que no tomaremos para el uso de este país, naves, artillería, o munición de ningún tipo pertenecientes a la compañía, sin el consentimiento de dicha compañía.

IX. Hemos además autorizado a esta compañía, y las hemos favorecido con privilegios, y les damos una carta además de esta, para que puedan pasar libremente con todas sus naves y mercancías sin pagar ningún derecho de tránsito a las Provincias Unidas; y que ellos por sí mismos puedan utilizar su libertad de la misma manera como los habitantes libres de las ciudades de este país gozan de su libertad, no obstante que cualquier persona que no sea libre pueda ser un miembro de esta compañía.

X. Que todas las mercancías de esta compañía durante los próximos ocho años subsiguientes, que sean llevadas fuera de este país a las partes de Indias Occidentales y África del oeste, y de otros lugares comprendidos dentro de los límites antedichos, y las que se introduzcan a este país, lo sean desde convoyes externos y domésticos; se ordena, que si a la finalización de los antedichos ocho años, el estado y situación de estos Países no admitieran la continuidad de esta libertad por más tiempo, los mencionados bienes y mercaderías provenientes de los lugares mencionados, en esta Carta y exportados de nuevo fuera de estos países, y los convoyes externos y licencias, durante todo el tiempo de esta Carta, no serán tasados por nosotros más alto que lo que lo hayan sido antes, a menos que estuviéramos otra vez comprometidos en una guerra, en cuyo caso, todos los antedichos bienes y mercancías no los tasaremos más alto que lo hayamos hecho en la última lista en tiempo de guerra.

XI Y para que esta compañía pueda ser fortalecida por un buen gobierno, en beneficio de la mayor utilidad y satisfacción de todos los interesados, hemos ordenado, que el mencionado gobierno será conferido a cinco cuerpos de administradores; uno en Amsterdam, este tendrá la gerencia de las cuatro novenas partes; un cuerpo en Zeeland, para las dos novenas partes; un cuerpo en el Maeze, para una novena parte; un cuerpo en Holanda del norte, para una novena parte; y el quinto cuerpo en Frisia, ciudad y país, para una novena parte; según la condición registrada en el libro de nuestras resoluciones, y el Acta pasada al respecto. Y las provincias en las cuales no haya cuerpos se les proporcionarán tantos administradores, divididos entre los respectivos cuerpos, en la proporción a la que los cientos de miles de florines invertidos en esta compañía les de derecho.

XII. Que el cuerpo de administradores de Amsterdam consista de veinte administradores; el cuerpo de Zeeland de doce; los compartimientos de Maeze y de la Parte

Norte, de catorce cada uno, y el cuerpo de Frisia, ciudad y el país, también de catorce administradores; si de aquí en adelante se evidenciara que ese este trabajo no se pudiese llevar a cabo sin un mayor número de personas, en ese caso, más se podrán agregar más, con el conocimiento de diecinueve, y nuestra aprobación, pero no de otra manera.

XIII. Y los Estados de las respectivas Provincias Unidas son autorizados para extender ante sus diputados ordinarios de su Alta Potestad, o ante los magistrados de las ciudades de estas provincias, cualquier orden para registrar los miembros, junto con la elección de administradores, si consideran que pueden hacerlo según la constitución de sus Provincias. Por otra parte, que ninguna persona en el cuerpo de administradores de Amsterdam sea elegida administrador si no posee la suma de cinco mil florines en la compañía; y en el cuerpo de Zealan si no posee cuatro mil florines, y en el cuerpo de Maeze, de la Parte Norte, y de Frisia, ciudad y país, si no poseen similares sumas de cuatro mil florines.

XIV. Que los primeros administradores cumplan funciones por el término de seis años, y luego una tercera parte del número de administradores sea toda renovada; y dos años después igualmente otra tercera parte, y a los dos años siguientes, la última tercera parte; y así sucesivamente el más antiguo en funciones será removido; y en el lugar de las que se retiren, o de cualquiera que falleciera, o por cualquier otra razón fuera despedido, otros tres serán nominados por los administradores, ambos restantes y saliente, junto con los principales aventureros personalmente, y a su costa, de entre los cuales las antedichas Provincias, los representantes, o los magistrados, harán una nueva elección de un administrador, y sucesivamente proveerán los lugares vacantes; y tendrá lugar ante de los aventureros principales, que tienen tanta responsabilidad como los administradores respectivos.

XV. Que las cuentas del mobiliario y del equipamiento de los buques, con sus accesorios, serán preparadas tres meses después de la salida de los buques, y un mes después, serán enviadas copias a nosotros y a los cuerpos de administradores respectivos: y tales cuerpos enviarán (con la frecuencia que estimemos conveniente, o cuando fuera requerido por los cuerpos de administradores) el estado de sus beneficios y sus ventas, a nosotros y los otros.

XVI. Que cada seis años se confeccionará una cuenta general de todo el negocio y los beneficios, junto con las pérdidas y ganancias de la compañía; es decir, una de sus negocios, y otra de la guerra, cada una por separado; las cuales serán hechas públicas por un anuncio, con el fin de que quien esté interesado pueda informarse sobre las mismas; y si a la expiración del séptimo año, las cuentas no se hubieran confeccionado en la forma antedicha, los administradores perderán sus comisiones, las que serán destinadas al uso de los pobres, y ellos

mismos deberán tener que rendir sus cuentas como hubieran debido hacerlo antes, hasta ese momento y bajo la pena que sea fijada por nosotros a los infractores. Y si no obstante hubiera un dividendo resultado de los beneficios del negocio, siempre y cuando determinemos ese tanto por ciento, el mismo habrá sido ganado.

XVII. Nadie, durante la vigencia de esta carta, podrá retirar su capital, o la suma aportada, de esta compañía; ni se admitirán nuevos miembros. Si cumplidos los veinticuatro años se considerara adecuada la continuación de esta compañía, o erigir una nueva, una cuenta y estimación final será hecha por los diecinueve,¹¹⁶⁶ con nuestro conocimiento, de todo lo que pertenezca a la compañía, y también todos sus gastos, y cualquiera, después de la antedicha determinación y estimación de cuentas, podrá retirar su dinero, o continuar en la nueva compañía, en todo o en parte, en la misma proporción que en ésta. Y la nueva compañía en tal caso tomará el remanente, y pagará su parte a los miembros que no consideren apropiado continuar en la compañía, en el momento en que los diecinueve,¹¹⁶⁷ con nuestro conocimiento y aprobación, estimen adecuado.

XVIII. Que tan a menudo como sea necesario tener una reunión general de los cuerpos de administradores antedichos, participarán de ella diecinueve personas, de las cuales ocho serán del cuerpo de administradores de Amsterdam; cuatro de Zealand; dos del Maeze; dos de Holanda del norte; dos de Frisia, ciudad y país, siempre que, las diecinueve personas, o tantas como las que en cualquier momento consideremos adecuado, sean encargadas por nosotros con el fin de ayudar a dirigir la reunión antedicha de la compañía.

XIX. Todos los negocios de esta compañía que le sean sometidos a la reunión general de los cuerpos de administradores antedicha, serán administrados y resueltos por dicha reunión, siempre que cuando las resoluciones deban tomarse en guerra, nuestra aprobación sea pedida.

XX. La reunión general antedicha una vez convocada, se reunirá para resolver cuándo la compañía en general equipará, y cuántos buques enviará a cada lugar, observando que ningún cuerpo particular de administradores emprenderá cualquier curso de acción en oposición a la resolución precedente, sino que estará obligado a ejecutar la misma eficazmente. Y si se encontrara que cualquier cuerpo de administradores no acatara la resolución común, o la contraviniera, hemos autorizado, y por esta carta autorizamos, a la citada asamblea, a hacer inmediatamente reparar cada defecto o contravención, en donde, cuando lo deseemos, les asistiremos.

¹¹⁶⁶ Ver cláusula XVIII.

¹¹⁶⁷ Ver cláusula XVIII.

XXI La mencionada reunión general será celebrada los primeros seis años en la ciudad de Amsterdam, y los dos años siguientes en Zealand, y así sucesivamente en los dos lugares antedichos.

XXII Los administradores a quienes se les hayan encargado los asuntos de la compañía, que asistan desde sus lugares de origen a la antedicha reunión o que se encuentren en otra situación similar, tendrán para sus gastos y salarios, cuatro florines por día, además del alquiler de barco y carruaje; Se ordena que ese los que vayan de una ciudad a otra, a los cuerpos de administradores como encargados y gobernadores, no recibirán ningún salario, ni reembolso de gastos de traslado, a cargo de la compañía.

XXIII Y si sucediera que en la antedicha reunión general hubiera cualquier asunto importante que les fuera sometido en el que no pudieran ponerse de acuerdo, o en el que el voto se dividiera en partes iguales, tales asuntos serán dejados a nuestra decisión; y lo que se determine sobre ello será llevado a cabo.

XXIV Y todos los habitantes de esos países, y también de otros, serán notificados por anuncios públicos durante el plazo de un mes después de la fecha de la presente, que pueden ser admitidos en esta Compañía, durante cinco meses a partir del primero de julio este año, mil seiscientos veinte uno, y que deben pagar el dinero que deban aportar al Capital en tres pagos; a saber, un tercio a la terminación de los antedichos cinco meses, y los otros dos tercios dentro de los sucesivos tres años. En caso de que la reunión general antedicha encuentre necesario prolongar el tiempo, los miembros serán notificados por un anuncio.

XXV Las naves que vuelvan de una travesía volverán al lugar del que zarparon; y si por la presión del clima los buques que zarparon de una parte llegaran a otra, tales como Amsterdam, u Holanda del norte en Zealand, o Maeze; o Zealand, en Holanda; o Frisia, ciudad y país, en otra parte; cada cuerpo de administradores sin embargo tendrá la dirección y gerencia de los buques y las mercancías que envió, y enviará y transportará las mercancías a los lugares desde dónde los buques zarparon, en los mismos u otros buques. Se ordena que los administradores de ese cuerpo sean responsables en persona de encontrar el lugar a donde los buques y mercancías arriben, y no designen factores para llevar a cabo esa tarea; pero en caso de que no estén en situación de viajar, confiarán este asunto al cuerpo del lugar en donde llegaron los buques.

XXVI. Si cualquier cuerpo de administradores hubiera obtenido algún bien o beneficio de los lugares incluidos dentro de los límites de esta carta, los cuales no hubieran sido provistos a otro cuerpo tal, será responsable de enviar tales bienes al cuerpo de administradores carente de

los mismos, a su petición, según la circunstancias del caso, y si él los hubiera vendido, enviar a otro cuerpo de administradores por más. Y de modo semejante, si los administradores de los respectivos cuerpos de administradores tuvieran necesidad de algunas personas para equipar los buques, o de otra manera, de las ciudades donde haya cuerpos de administradores o encargados, ellos requerirán y emplearán a los administradores, de esta compañía, sin hacer uso de un factor.

XXVII. Y si cualesquiera de las Provincias considerara adecuado designar a un agente para recaudar el dinero de los habitantes, y hacer un fondo en cualquier cuerpo de administradores, y para pagar dividendos, el cuerpo de administradores estará obligado a dar tal acceso al agente, que él pueda obtener información del estado de los desembolsos y de los recibos y de las deudas; siempre que el dinero producido por tal agente alcance a cincuenta mil florines o más.

XXVIII. Los administradores tendrán por comisión uno por ciento. En los negocios y beneficios, además del correspondiente al Príncipe, un medio por ciento. En el oro y la plata, tal comisión será dividida: al cuerpo de administradores de Amsterdam, cuatro novenas partes; el cuerpo de administradores de Zealand, dos novenas partes; el de Maeze, una novea parte; el de Holanda del norte, una novena parte, y el de Frisia, ciudad y país, otra novena parte.

XXIX. Se ordena que no reciban comisiones sobre la artillería y las naves más de una vez. Por otra parte, no tendrán ninguna comisión en las naves, la artillería, y otras cosas con las cuales consolidaremos la Compañía; ni en el dinero que recaudarán para la Compañía, ni en las utilidades que reciban de las mercancías, ni ellos cargan a la Compañía con cualquier costo de viajes ni provisiones para aquellos a quienes destinarán el abastecimiento de un cargamento, y compra de las mercancías necesarias para ello.

XXX. Los contadores y los cajeros tendrán un salario que les será pagado por los administradores de sus comisiones.

XXXI. El administrador no entregará o venderá a la compañía, en todo o en parte, cualquiera de sus propios barcos, mercancías o bienes; ni comprará o hará comprar, de la mencionada Compañía, directamente o indirectamente, cualesquiera bienes o mercancías ni tendrá ninguna porción o parte en ellos bajo pena de pérdida de las comisiones de un año, que se destinarán para el uso de los pobres, y de pérdida de la función.

XXXII. Los administradores darán aviso por anuncios, tan a menudo como tengan una reciente importación de bienes y mercancías, a fin de que cada uno pueda tener conocimiento oportuno de él, antes de que procedan a una venta final.

XXXIII. Y si sucediera que en cualquiera de los cuerpos de administradores, uno de ellos quedara en tal situación, que no pudiera hacer adecuadamente lo que le fuera confiado durante su administración, y como consecuencia de ello ocurriera cualquiera pérdida, tal cuerpo de administradores será responsable por el daño, y también estará especialmente comprometido por su administración, lo que también será el caso con todos sus miembros, quienes, a causa de las mercancías compradas, o de lo que fuere, se convertirán en deudores a la Compañía, y así serán considerados todos los casos referente a sus existencias y lo que puede ser debido a la Compañía.

XXXIV. Los administradores de los respectivos cuerpos serán responsables por su respectivos cajeros y los contadores.

XXXV. Que todas los bienes de esta Compañía que sean vendidas por el peso serán vendidas por un peso, es decir, ese de Amsterdam; y que todas tales mercancías serán puestas a bordo de la nave, o en almacén sin pagar ningún gravamen, impuesto o pesaje de dinero; siempre que si ellos fueran vendidos no serán entregados de ninguna otra manera que por el peso; y que de que el impuesto y el pesaje de dinero sean pagados tan pronto como fueran vendidos, de manera semejante como otras mercancías sujetas al pesaje de dinero.

XXXVI. Las personas o los bienes de los administradores, no serán arrestados, retenidos ni gravados, para obtener de ellos una cuenta de la administración de la Compañía, ni para el pago de los salarios de los que estén en el servicio de la Compañía, pero los que tengan tal pretensión, estará obligados a enviar el asunto a sus jueces ordinarios.

XXXVII. Así, cuando cualquier nave vuelva de un viaje, los generales o comandantes de las flotas, estarán obligados a venir y reportarnos del éxito del viaje de tal nave o naves, dentro del plazo de diez días después de su llegada, y entregarán y nos dejarán un informe por escrito, si el caso lo requiere.

XXXVIII. Y si sucediera (lo que no esperamos de ninguna manera) que cualquier persona, de cualquier manera, perjudicara u obstaculizara la navegación, los asuntos, el comercio, o el tráfico de esta Compañía, contrariando el derecho común, y los contenidos de los antedichos tratados, las alianzas, y los pactos mencionados, la defenderán contra ellos, y procederán según las instrucciones que hemos dado referentes a ello.

XXXIX. Por otra parte hemos prometido y prometemos, que defenderemos a esta Compañía contra cada persona en la navegación y el tráfico libres, y les asistiremos con un millón de florines, para ser pagados en cinco años, de los cuales los primeros doscientos mil florines les serán pagados cuando el primer pago será hecho por los miembros. Se establece que,

con la mitad del millón de florines antedicho, recibiremos beneficios y soportaremos las pérdidas de manera semejante como los otros miembros de esta Compañía.

XL. Y si por una interrupción violenta y continuada de la navegación y del tráfico antedichos, los negocios dentro de los límites de la Compañía fueran llevados a una guerra abierta, si la situación de este país en algún sentido prudente lo admitiera, les daremos la asistencia de dieciséis naves de guerra, con al menos una capacidad de carga de ciento cincuenta; con cuatro buenos veleros para la navegación, con al menos cuarenta de capacidad de carga, que serán montados y provistos correctamente en todos los respectos, ambos con bronce y otros cañones y una adecuada cantidad de munición, junto con doble juego de aparejos, velas cables y anclas y otros menesteres apropiados para ser provistos y utilizados en todas las grandes expediciones; ello, bajo la condición de que la tripulación será reclutada, los insumos serán provistos y todo ello será soportado a expensas de la Compañía, y que la Compañía será obligada a agregar además de eso, dieciséis naves de guerra y cuatro veleros de similares características, equipados y provistos como los anteriores, para ser utilizados de modo semejante en la defensa del comercio y de todos los aprovechamientos de la guerra. Se ordena que todas las naves de guerra y los buques mercantes (que estarán con aquellos proporcionados y con la tripulación reclutada en la forma antedicha) estarán bajo las órdenes de un almirante designado por nosotros de acuerdo con el consejo de la Compañía General antes mencionada, y obedecerá nuestras órdenes, junto con las resoluciones de la Compañía, si es necesario, de manera semejante como en tiempos de guerra; ello será así no obstante que los buques mercantes no pondrán en riesgo innecesariamente su cargamento.

XLI. Y si sucediera que este país se viera liberado notablemente de sus cargas, y que esta Compañía fuera cayera bajo la penosa carga de una guerra, hemos ya prometido, y prometemos, incrementar el subsidio antedicho de una manera tal que la situación de estos países admita, y los asuntos de la Compañía requieran.

XLII. Hemos por otra parte ordenado, que en caso de una guerra, todos los tesoros que sean tomados de los enemigos y piratas dentro de los límites antedichos, por la Compañía o sus asistentes; también las mercancías que sean confiscadas en virtud de nuestra proclamación, después de deducir todos los costos y los daños que la compañía sufra en tomar cada tesoro, junto con la justa parte de su excelencia el almirante, conforme a nuestra resolución del primero de abril de mil seiscientos dos; y la décima parte para los oficiales, los marineros y los soldados, que hayan tomado el tesoro, aguardará la disposición de los administradores de la antedicha Compañía. Se ordena que la cuenta de ello sea mantenida por separado y aparte de la cuenta de

los negocios y comercio; y que el producido neto de los mencionados tesoros sean empleados en equipar nuestras naves, pagando a las tropas, fortificaciones, guarniciones, y similares asuntos de guerra y defensa por mar y tierra; pero no habrá ninguna distribución a menos que los mencionados ingresos netos asciendan a tanto como para que una parte notable pueda ser distribuida sin debilitar la citada defensa, y después de pagar los costos de la guerra, lo que se hará por separado y aparte de las distribuciones a cuenta del Comercio. Y la distribución será hecha una décima parte para el uso de los Países Bajos Unidos, y el remanente para los miembros de esta compañía, en la proporción exacta al capital que hayan aportado.

XLIII. Se ordena sin embargo, que respecto de todos los tesoros y bienes, tomados en virtud de nuestra proclamación, se deberá rendir cuenta de su producido, y el derecho recaerá ante la judicatura de los consejeros del almirantazgo por la parte respecto de la cual la hayan producido, que pueden tomar el conocimiento de ello, y determinar la legalidad o ilegalidad de los mencionados tesoros: el proceso de la administración del producido de los bienes llevados a la Compañía que queden sin embargo pendientes, y eso bajo inventario apropiado; y dejando a salvo una revisión de lo que puede ser hecho por la sentencia del almirantazgo, concordantemente con la instrucción dada al almirantazgo en esa representación. Se ordena que los rematadores y otros oficiales del Almirantazgo no tendrán ni pretenderán ningún derecho a los tesoros tomados por esta Compañía, y no serán empleados respecto a ellos.

XLIV. Los administradores de esta Compañía prometerán y jurarán solemnemente, que actuarán bien y fielmente en su administración, y harán buenas y justas cuentas de sus negocios. Que en todas las cosas consultarán el mayor beneficio de la Compañía, y tanto como sea posible evitarán que se generen pérdidas. Que no darán a los miembros principales ninguna ventaja en los pagos o distribución del dinero mayor que a los menores. Que al contraer y recibir deudas corrientes, no favorecerán a uno más que otro: que para su propia cuenta tomarán, y, durante la continuación de su administración, continuarán tomando tal suma de dinero como por su carta se les asigna a ellos; y por otra parte, observarán y guardarán y harán que sean observados y guardados, en tanto les concierna, y hasta el máximo de sus posibilidades, todos y cada uno de los artículos y las estipulaciones contenidos en la presente.

XLV. Todos los privilegios, libertades y exenciones, junto con la ayuda antes mencionadas en la presente, relativos a sus estipulaciones y artículos, las hemos, con el completo conocimiento del negocio, dado, concedido, prometido y convenido a la antedicha Compañía; las damos, las concedemos, las convenimos y prometemos, por otra parte, para que las gocen pacífica y libremente; ordenamos que lo mismo será observado y guardado por todos los

magistrados, funcionarios y personas de los Países Bajos Unidos, sin hacer ninguna cosa contraria a ello directa o indirectamente, tanto dentro como fuera de estos Países Bajos, bajo pena de ser castigados en ambas vida y bienes como obstáculos al bienestar común de este país, y transgresores de nuestra ordenanza: prometemos además que mantendremos y estableceremos la Compañía en todo lo contenido en esta carta, en todos los tratados de la paz, alianzas y acuerdos con los príncipes vecinos, reinos y países, sin hacer ninguna cosa, o sufrir ninguna cosa que sea hecha de modo que debilite su establecimiento. Encargamos y expresamente ordenamos a todos los gobernadores, jueces, funcionarios, magistrados y habitantes de los Países Bajos Unidos antedichos, que permiten a la Compañía y administradores antedichos disfrutar pacífica y libremente del pleno efecto de esta carta, acuerdo, y privilegio, sin ninguna contradicción o imputación en contrario. Y para que ninguno pueda fingir ignorancia de la presente, ordenamos que el contenido de esta carta sea notificado por la publicación, o un anuncio, donde, y de tal manera, como sea apropiado; puesto que lo hemos encontrado necesario para el servicio de este país.

Dado bajo nuestro Gran Sello, y Firma y Sello de nuestro Registrador, en Hague, a los tres días del mes junio, del año mil seiscientos veinte uno.

contraseña

J. MAGNUS, Secr.

por debajo fue escrito,

La ordenanza de los Altos y Poderosos señores de los Estados Generales.

fue suscripto,

C. AERSSEN.

y tiene un sello colgante, de cera roja, y una tira de seda blanca.

APÉNDICE 14: JURISPRUDENCIA SOBRE LÍMITES A LAS TASAS DE INTERÉS ENTRE LA CONVERTIBILIDAD Y LA PESIFICACIÓN

Casos de obligaciones de dinero en general, convenidas en pesos

- I. “Banco Edificadora de Olavarría v. Pena, Daniel A. y otro” resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en pleno, del 16/04/96 (J. A. 1996-II-404), en el que el tribunal se reunió en acuerdo plenario, para resolver si correspondía establecer un tope fijo a los intereses compensatorios y/o punitivos pactados por las partes, o una tasa variable según las circunstancias del caso. El fallo final adoptó la primera de las alternativas.¹¹⁶⁸ Por ello se estableció la reducción de la tasa de interés que anteriormente aceptaba dicho tribunal (el 30% anual) a un máximo del 24 % anual comprensivo tanto de los compensatorios como de los punitivos.
- II. El caso “Oleksak, María C. v. Chianalino, Ana C.”, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, sala 3ª, el 13/03/97 (Lexis¹¹⁶⁹ N° 1/47745), en el que se redujo una tasa pactada en el 36 % anual (comprensiva de compensatorios y punitivos), al 30% anual por ambos rubros. El mismo tope se aplicó en el caso “Banco Quilmes S.A. v. Castignani, Roberto y otra s/ Prepara Vía Ejecutiva”, por la Cámara Civil y Comercial de Minas Paz y Tributario de Mendoza, Sala 2ª, del 05/05/97 (Lexis N° 33/666).

¹¹⁶⁸ Si bien la convocatoria a plenario, se refiere a la problemática de los intereses en cualquier clase de obligaciones de dinero, en el voto de la vocal preopinante Dra. Zampini, se focaliza el análisis en el problema de los intereses pactados en operaciones con entidades financieras. En particular, sobre aquellas cláusulas en las que se establece una tasa variable durante la vigencia del contrato, por períodos determinados (generalmente 30 días), y se deja establecido el valor de la tasa para el primer período, pero con relación a los subsiguientes se conviene que los determinará el banco, según las tasas que aplique para la generalidad de las nuevas operaciones vigentes al comienzo de cada subperíodo (de 30 días o el convenido). Manifiesta que frente a dicha situación no puede sostenerse que haya habido “consentimiento” del cliente y que los valores que establecen los bancos y entidades financieras para tales tasas, sumado –según expone en su voto– al efecto de la capitalización de los intereses, determinan valores que no se compadecen con la realidad económica imperante en ese momento. Los votos de los siguientes camaristas adhirieron al primero, con la salvedad de algunos de ellos (Font y Carli), de que dicho criterio, en un futuro, pudiera no ser adecuado y por ende aplicable. El último voto del Dr. Ramírez adhirió al primero, pero fundado en que dicho criterio (el del primer voto) evitaba ahondar la brecha entre los actores económicos que se encontraban en posición de imponer a sus contrapartes la tasa activa, respecto de aquellos que no tenían dicha posición de poder y sólo se les reconocía en los casos en que le tocaba el rol de actores, la tasa pasiva. No obstante la extensa argumentación del fallo, ninguno de los vocales estableció una razón respecto de la cuantía del límite elegido.

¹¹⁶⁹ Las referencias “Lexis” en este Apéndice y en el siguiente, corresponde al número de identificación de cada fallo en la base de datos “on line” de la editorial Abeledo Perrot Argentina (<http://www.abeledoperrot.com.ar>).

- III. El caso “Vidal, Jorge v. Ferrari, Néstor O. y otra”, resuelto por la Cámara 2^a en lo Civil y Comercial de La Plata, sala 2^a, del 13/03/03 (Lexis N° 30012697). Se trató de la ejecución de una prenda con registro con intereses compensatorios pactados a la tasa del 21% y punitorios a la del 36% anuales (si bien la sentencia recayó luego de la vigencia de la “convertibilidad”, parece desprenderse del fallo, que el análisis de la razonabilidad de los intereses se refirió a dicho período). No consta en la sentencia publicada cuál era la obligación garantizada (si mutuo de dinero, venta de bienes o cuál otra).¹¹⁷⁰ El Tribunal fijó como criterio que los intereses pactados no pueden superar el 200% de la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a 30 días, en tanto que, en el caso de estipularse intereses punitorios como recargo por el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación, el total de las tasas aplicables no podrá superar el 300% de la antes referida tasa pasiva. Con ello, este Tribunal se aparta del criterio estático seguido por la mayoría de la jurisprudencia, puesto que “permite que la variación que las reglas de mercado impongan a la tasa pasiva, se reflejen en igual proporción en la tasa que el deudor deba pagar”.

Casos de obligaciones de contratos de *mutuo* con *Entidades Financieras*, en pesos

- IV. “Banco de Entre Ríos v. Vidal, Luis M. y otra” fallado por la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala Civil y Comercial, del 11/09/95 (Lexis N° 970281). El caso se trató de un juicio ordinario de cobro de un mutuo de dinero, en el que se discutió la magnitud de la tasa de interés pactada por el período correspondiente al 5/6/92-2/11/94.¹¹⁷¹ El fallo estableció que los intereses compensatorios se devengarán

¹¹⁷⁰ El voto de la Dra. Ferrer consideró que es facultad de los jueces morigerar los intereses pactados, en virtud de los fundamentos sostenidos por la jurisprudencia mayoritaria ya citada. Pero a la hora de establecer dicho límite, manifestó que el criterio del Tribunal es partir de la base de que las tasas de interés tienen la función de: a) compensar el uso del dinero; b) reparar la pérdida del poder adquisitivo del dinero, c) los gastos del acreedor; y d) el riesgo crediticio. Por ello, el Tribunal considera como límite al interés una cierta relación referida a la tasa pasiva, ya que ella indica el precio que debe pagar el intermediario financiero para obtener el dinero que luego presta, siendo razonable que la diferencia que obtiene cuando realiza operaciones activas con tales fondos sea equivalente al 100% del costo de obtención. No obstante ello, en el presente caso el Tribunal resolvió confirmar lo resuelto en la instancia de origen, por el principio que prohíbe alterar el decisorio en contra del propio impugnante.

¹¹⁷¹ En su voto que a la postre obtuvo la mayoría, el vocal preopinante Dr. Cook, tomó en cuenta que el mencionado pacto de intereses establecía que la tasa sería variable según determinación del Banco en función de la que aplicara para préstamos generales (problema similar al considerado por la Cámara de Mar del Plata en el caso “Banco Edificadora de Olavarría v. Pena”, identificado con el número I). Según el criterio aplicado por el banco demandado, la tasa aplicable alcanzó a un 5,43% mensual promedio. Comparado ello con las tasas del Banco de la Nación Argentina del mismo período, las aplicadas por el Banco de Entre Ríos habían más que duplicado las primeras. El Dr. Cook consideró, con cita de Mario A. Cadenas Madariaga (Las tasas de Interés, Ad-Hoc, p. 109, 1994) que “las tasas más altas de los bancos de provincia obedecen, en general, a razones de ineficiencia, que no se deberían trasladar a todo el sistema económico del interior argentino”, así como que las tasas aplicadas habían superado largamente la inflación verificada en el período correlativo. El vocal Ahumada encaró la cuestión bajo otro ángulo: se pronunció partidario de encuadrar la cuestión bajo los criterios del artículo 954 del Código Civil, según los puntos de vista considerados en los fallos y doctrinas referidas en las citas de las notas 499 y 501. Consideró luego en un minucioso análisis los factores que inciden en la determinación de las tasas (considerando 2 A, apartados 1.1 a 1.9 de su voto): categoría o tipo de crédito, categoría, nivel, tipo o calidad del tomador de crédito, índice de incobrabilidad, el grado de riesgo-garantía de la operación, la cobertura de un autoseguro de incobrabilidad o insolvencia del deudor, costo operativo de la actividad bancaria (que registra enormes diferencias según el tipo de entidad y volumen de sus depósitos), traslación de la carga fiscal, precio, ganancia, lucro o rédito del capital y compensación por pérdida del valor adquisitivo de la moneda

sobre el capital, a partir del 2/12/92 y hasta su pago, a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de préstamos, capitalizada mensualmente y, en concepto de punitorios ordenó que se recargue un 20% por sobre el monto resultante de los primeros.

Caso de obligaciones de contratos de *mutuo entre particulares, en pesos*

- v. El caso “Alfonsi y Moretti -Sociedad de hecho- v. Bosquiazzo, María C. y otra”, de fecha 30/05/06, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 2^a (Lexis N° 70039688). Se trató de un mutuo de dinero por la cantidad de \$ 1.000, que con más intereses compensatorios ascendían a una cantidad de \$ 1.600 a restituir en diez cuotas. Ello supuso (si las cuotas hubieran sido mensuales, lo que no se explicita en la sentencia), que la tasa de interés sobre saldos hubiera sido del 100% anual. Se pactaron intereses moratorios en el doble de la tasa activa oficial, capitalizable cada 30 días. La primer cuota se pagó el 7/11/2001. El tribunal utilizó como criterio para decidir si debían o no reducirse los intereses punitorios pactados, el criterio del art. 656 del C. C. (límite para las cláusulas penales). Concluyó que el punitorio no superaba el límite de 2 veces y media de la tasa activa prevista por el art. 622 C.C. como sanción. Por lo tanto no se modificó la tasa pactada, con la salvedad que no se capitalizara la tasa.

como mecanismo de auto preservación de capital; así como los factores de orden *supranacional* o macroeconómico (considerando IX - 2 B, apartados 4.1 a 4.6 de su voto): tales como el "riesgo país", presión de oferta y demanda de crédito, índice de monetización del país o grado de liquidez, lugar de localización del mercado donde se celebra la operación, categoría o nivel de la entidad bancaria o financiera, concentración de los depósitos entre los distintos bancos; y por último factores culturales, políticos y psicológicos (considerando IX - 2 C, apartados 5.1 a 5.7): crisis de confianza, rumores sobre medidas económicas, cercanía de procesos electorales, influencia de medidas adoptadas en el pasado destinadas a beneficiar tanto a deudores del sector público como privado, que han entronizado “una verdadera cultura del incumplimiento y del despojo”. Frente a tales factores que debería considerar el Juez a la hora de establecer el costo razonable del dinero, cuyos datos dicho funcionario ignora sin solicitar información especializada (considerando IX - 12 de su voto), entendió inapropiado –sobre la simple base del concepto de “moral y buenas costumbres” aplicar la tasa de interés percibida por otra entidad financiera –en el caso el Banco de la Nación– (considerando IX – 22). Agregó su parecer acerca de que es “un absurdo contrasentido lógico decir que los [intereses] usuales son abusivos, si nos atenemos al significado de este concepto: el abuso es la degeneración disfuncional del uso.” Por otro lado entendió que dicho criterio implica una solución disvaliosa, para lo cual recurrió a la cita de una opinión del Dr. Alberti (C. Nac. Com. Sala D) según la cual resulta inviable un sistema en el que “los jueces impongan concientemente a los malos pagadores abonar un interés inferior a que pagan los buenos deudores de todos los bancos del país”. Por ello propuso el reenvío del proceso al tribunal de origen, para que requiriera los informes necesarios, y el perito interviniente practicara las operaciones de cálculo que permitieran al juez resolver sobre la eventual exorbitancia de los intereses aplicados. Finalmente el voto de la vocal Sacco resolvió la cuestión a favor del criterio propuesto por el Dr. Cook, por compartir su solución, y considerar que la propuesta del reenvío del expediente carecía de sustento normativo.

**Casos de obligaciones emergentes de “descubiertos en *cuenta corriente bancaria*” con
*Entidades Financieras (en pesos)***

Los casos a considerar a continuación tienen en común, la problemática de discutirse la legitimidad de pactos en los que la tasa de interés era fijada unilateralmente por el banco (problema similar al ya tratado en el plenario “Banco de la Edificadora de Olavaria”, y el caso “Banco de Entre Ríos”, ya comentados), así como la inclusión en el movimiento de la cuenta corriente, de débitos correspondientes a conceptos no consentidos por el cliente.

- VI. Caso “Mademat S.R.L. v. Banco Mercantil Argentino S.A. y Otro s/ Proceso de Conocimiento. Causa N° 35959/95”, fallado por la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, el 16/08/96 (Lexis N° 11/938). El período sobre el cual se discutió la aplicación de intereses estuvo comprendido entre agosto de 1984 y junio de 1986. La demanda solicitaba la rectificación del saldo de la cuenta corriente bancaria, por la inclusión de intereses indebidos en el período mencionado.¹¹⁷² El Tribunal mandó reajustar el saldo de la cuenta según la pericia contable, con la inclusión de la capitalización de intereses cada treinta días (cuando fuere del caso), por haber sido así pactado, con ajuste de capital más la tasa del 6% anual hasta el 1/4/91, y para el período posterior a dicha fecha, la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones habituales de descuento a 30 días, plazo vencido.
- VII. El precedente “Bidou, Juan Carlos v. Banco de Crédito Argentino SA s/ Ord.”, del 26/11/97, en el que intervino la Cámara Nacional en lo Comercial sala A, integrada en dicha oportunidad por los Dres. Míguez de Cantore, Jarazo Veiras y Peirano (Lexis N° 60000724 y E.D. 177-134 y ss.), se impuso como límite la tasa del Banco de la Nación Argentina para *descubiertos autorizados*, según liquidación a practicar por perito en la instancia de origen.¹¹⁷³

¹¹⁷² Si bien el período respecto del cual se discutió la legitimidad de los intereses aplicados, fue anterior a la vigencia de la llamada ley de “convertibilidad” 23.928, el caso fue resuelto durante su vigencia, y en su solución se fijó el criterio a aplicar, también, para las tasas de interés a partir del 1/4/91.

No obstante la falta de impugnación de los resúmenes correspondientes, el Tribunal entendió que ello no obstaba para entrar a considerar la petición demandada. Para estimar el límite razonable de los intereses se desestimó la prueba informativa de tasas aplicadas por otros bancos, por entender que tales informes no permitían obtener conclusiones claras sobre la tendencia del mercado. En lugar de ello el Tribunal –siguiendo el standard de la moral y buenas costumbres– tomó como pauta la pericia contable no impugnada por las partes, que comparó las tasas aplicadas en la cuenta corriente con las aplicadas en igual período por el Banco de la Nación Argentina y concluyó que: o no se pactó tasa y debía por ello aplicarse la del Banco de la Nación Argentina (art. 565 C. Com.), o se pactó y fueron excesivas.

¹¹⁷³ Se planteó como primera cuestión la relativa al alcance de la revisión (en cuanto a los períodos sobre los cuales la Cámara estaba habilitada para conocer la disputa): se concluyó que estaba abierta la discusión respecto de los resúmenes mensuales a partir de junio de 1992. En cuanto a la facultad del Banco de determinar los valores de la tasa de interés en los distintos períodos, se puntualizó que la facultad de liquidar intereses, no puede tener el alcance de otorgar al banco la potestad unilateral y discrecional de fijarlos en forma irrazonable, o para incurrir en “usura”. A los fines de determinar si las tasas aplicadas en el caso de autos eran usurarias, se recurrió a la comparación con las cobradas por otros bancos. De dicha comparación surgió que existe una práctica generalizada de cobrar distintas tasas en las operaciones según que el descubierto fuera “con acuerdo” o “sin acuerdo” (menores en el primer caso y mayores en el segundo). Pero por el tiempo durante el cual la cuenta corriente

-
- VIII. En el caso “Cosentino Electricidad S.A. v. Banco Roberts S.A.”, del 23/05/00, resuelto por la Cámara Nacional de Comercio, sala E (Lexis N° 30003206), se discutió también la rectificación del saldo de la cuenta corriente basado en la impugnación de la tasa de interés aplicada por el banco demandado. En este caso la cámara no hizo lugar al reclamo de rectificación de los intereses debitados por el banco en la cuenta, por lo que no surgió un criterio cuantitativo sobre la tasa “límite”, aunque se formularon consideraciones sobre dicho concepto.¹¹⁷⁴
- IX. En “Corvera, Hugo Roberto y otro v. Banco Mayo Coop. Ltda. s/ Ordinario”, del 24/04/01 (Lexis N° 11/32896), la Cámara Nacional de Comercio, sala C, resolvió también otro caso de rectificación de saldo deudor de cuenta corriente por presunta inclusión de intereses excesivos. Se resolvió tomar como parámetro (al momento del recálculo en la etapa de ejecución de sentencia), al igual que en los casos anteriormente citados, a la tasa de descubiertos del Banco de la Nación Argentina correspondiente a los mismos períodos, pero con la diferencia que en este caso dicha tasa debería ser tomada como “tasa de referencia” o “tasa testigo”. Ello significó que dicha tasa bancaria en ningún momento podría superar el 40% anual (3,5% mensual), por representar dicho porcentaje un promedio aproximado de las tasas nominales durante el referido período.
- X. En el caso “Nicolino, Felipe y otro v. Lloyds Bank Ltd.” del 19/05/03 (Lexis N° 20041619), la Cámara Nacional de Comercio Sala A, integrada en esta otra oportunidad por los Dres. Viale, Míguez de Cantore y Butty, se trató también de una demanda de rectificación del saldo de la cuenta, por la inclusión de intereses supuestamente excesivos que no habrían sido pactados, durante el período comprendido entre enero de 1994 y el 12/5/95. Aquí la mayoría del Tribunal adhirió a la solución del caso anterior “Corvera c/ Bco. Mayo”, de aplicar un límite a la tasa estimada como

permaneció con saldo deudor (cinco años casi siempre en esa condición), no era razonable calificar dicho caso como “sin acuerdo”. De todo lo expuesto se concluyó en que en definitiva los intereses aplicados superaban a los usuales de plaza. Lo que sumado a la falta de acuerdo del deudor a dicho respecto, dio lugar a que se resolviera que era aplicable al caso la solución establecida por el art. 565 del C. Com.

¹¹⁷⁴ Se discutió respecto de cuál habría de ser el parámetro de comparación de las tasas aplicadas por el banco: el criterio usado en primera instancia fue el de la tasa aplicada por el Banco de la Nación Argentina, en operaciones de descubierto en cuenta corriente (para ello se invocó como antecedente el caso “Bidou” citado anteriormente). La actora apeló, y solicitó que la comparación se hiciera respecto de la tasa de descuento del Banco de la Nación (en lugar de la aplicada a los descubiertos), invocando el art. 565 C. Com. Si bien el tribunal resolvió rechazar el recurso de apelación, los argumentos de los camaristas en cuanto al standard de comparación de la razonabilidad de los intereses aplicados fueron diferentes. El voto del Dr. Guerrero, que resultó minoritario, entendió que no era adecuado comparar las tasas de interés que cobra un banco privado con las de un banco público; ya que el precio del dinero (que no es otra cosa es el interés que cobran las entidades financieras), se fija en el mercado de acuerdo a parámetros distintos y no se puede pretender pagar un precio menor después de haber consumido el dinero, pues “ello equivaldría a fijar una tasa única de intereses en un mercado caracterizado por la desregulación”. A su turno el Dr. Ramírez entendió que si bien era aplicable al caso el art. 565 del C. Com. como criterio de comparación respecto de la razonabilidad de las tasas aplicables, dicho artículo no hace referencia específica a los intereses correspondientes a alguna operatoria particular (como puede ser la de “descuento de documentos”), sino que sólo alude expresamente al interés que cobren los “bancos públicos”. Por lo tanto considera infundado el agravio y razonable el criterio aplicado en primera instancia, de efectuar la comparación con la tasa correspondiente a idéntica operatoria (el descubierto). El Dr. Arecha adhirió al voto del Dr. Ramírez.

promedio del sistema, pero que en razón del período en cuestión se fijó en un 34% anual.¹¹⁷⁵

- XI. En el caso “Adran, Graciela v. Banco Francés S.A.” del 02/12/03, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2ª, también de revisión del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria, por inclusión de intereses discutidos en cuanto a su razonabilidad, se hizo lugar al reclamo reduciendo los intereses a la tasa del 24% anual comprensivo de moratorios y punitivos, por aplicación del plenario “Banco Edificadora de Olavaria v. Pena”, citado como N° 1.
- XII. El precedente “Avan S.A. v. Banco Torquinst S.A.”, fue resuelto por la Cámara Nacional en lo Comercial, sala A, el 17/02/04 (Lexis N° 20043034). En esta oportunidad la Cámara estuvo integrada para resolver este caso por los camaristas Míguez, Viale, Piaggi, Caviglione Fraga, Rotman, Cuartero y Butti. Trató, como en los demás casos de este apartado, una cuestión de revisión del saldo deudor de una cuenta corriente bancaria por supuestos intereses elevados por el período octubre de 1992 a septiembre de 1996. El voto de la mayoría hizo lugar a la rectificación de los intereses que superaran los cobrados por el Banco de la Nación Argentina en iguales operaciones (descubierto en cuenta corriente), por aplicación de lo dispuesto por el artículo 565 C.Com.¹¹⁷⁶

¹¹⁷⁵ Votó en primer término el Dr. Viale, y se pronunció por no hacer lugar a la posibilidad de discutir la composición del saldo de la cuenta, por razones vinculadas con los plazos para impugnar. La Dra. Míguez, por su parte consideró que la posibilidad para impugnar el saldo estaba abierta y entró a analizar la razonabilidad de los intereses. Para ello, se orientó en primer lugar a discutir las modalidades de la operatoria (unilateralidad de la determinación de las tasas de interés por parte del banco), y se pronunció por considerar aplicable una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del banco, por ser la parte predisponente de la relación y por tratarse de una relación “de consumo” (ley 24.240). Consideró reprochable que el banco no hubiera enviado al cliente información transparente sobre la determinación de los intereses aplicados en el período discutido. Entendió que comparados los intereses aplicados por el banco, con otros parámetros (tales como las tasas aplicadas por el Banco de la Nación y los índices de precios verificados en igual período), los mismos resultaron excesivos. No aceptó como argumento para el incremento de los intereses que la operatoria utilizada por el actor hubiera sido un descubierto “no autorizado” o “sin acuerdo”, puesto que por el tiempo transcurrido el banco habría podido cerrar la cuenta y reclamar el saldo impago mucho antes de que se acumularan los intereses cuestionados, u ofrecerle otra línea de préstamos a menor costo. Todo ello (la cláusula contractual y el comportamiento del banco) constituyó a juicio de la vocal, un comportamiento abusivo. Luego analizó los datos obtenidos a partir de la pericia contable, que comparó las tasas cobradas por el banco demandado con otras instituciones, y concluyó en la dificultad de obtener un parámetro de “interés razonable”, en razón de las fluctuaciones registradas entre otros bancos comerciales y aún oficiales, para la misma operatoria (sobre el particular, ver las consideraciones vertidas en el § 87 ap. f) sub ap. f-2°). Comparó la diferencia entre tasas activas y pasivas (“spread”) registradas en el sistema financiero argentino, español y norteamericano en el período 1994-2000 y halló estos valores: 30,58%, 1,44% y 0,31% respectivamente. Concluyó en que tales disparidades se originaban en las ineficiencias del sistema financiero argentino, así como en lo elevado de nuestro “riesgo país” y que ello originaba una enorme dificultad al desenvolvimiento de las empresas argentinas. Concluyó que una tasa de interés puede ser tachada de “irrazonable”, aún cuando no exceda los límites de los intereses efectivamente cobrados por otras entidades de la plaza (considerando 20), o dicho de otra manera, que los intereses deben ser morigerados aún si son también muy elevadas las tasas “percibidas por un banco público” (consid. 21). Por ello adhirió al criterio seguido por la sala C de la Cámara Comercial (caso citado “Corvera c/ Bco. Mayo”), y propuso fijar una tasa “testigo” que nunca deberá superar el 34% anual. Pareciera que mejor que la expresión “testigo” debió decir “límite” elaborado a partir de un promedio del sistema financiero. El Dr. Butty adhirió al voto de la Dra. Míguez, aunque con la reserva de que la conclusión propuesta en ningún modo supone un criterio general, sino sólo circunscripto al caso fallado.

¹¹⁷⁶ En este caso votó en primer término la Dra. Míguez y con pocas variantes, con relación al tema de la razonabilidad de las tasas de interés, reprodujo los argumentos de su voto emitido en el caso “Nicolino, Felipe y otro v. Lloyds Bank Ltd” citado como N° X, que se resumen en la nota 1175. Como solución propició que se aplicara una tasa que nunca debería superar el 34% anual en promedio, que surgía de comparar con las tasas aplicadas durante el período en consideración por el Banco de la Nación Argentina, y de otros promedios (del sistema financiero argentino y de los EEUU). El Dr. Viale votó por el rechazo del recurso, con fundamento en que el plazo para impugnar el resumen de cuenta estaba vencido. Siguió el voto de la Dra. Piaggi, que adhirió al de la Dra. Míguez, según sus propios argumentos: En su consid. 11 concordó con la Dra. Míguez en que la tasa de interés debe adecuarse al orden público que alude el art. 953 del C. Civ. y que los intereses aplicados por el Banco no cumplieron ese requisito. Si se omitieron pactar los intereses, no le cabe al banco fijarlos unilateralmente (considerando 11 de su voto). En cuanto

**Casos sobre penas por incumplimiento de obligaciones en contratos de *locación de cosas*
entre particulares**

- XIII. La Cámara 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala 3ª, tiene sentado un criterio puesto de manifiesto en numerosos fallos,¹¹⁷⁷ según el cual la cuantificación de la tasa de interés pactada como pena permitida por los jueces, habrá de depender del tipo de contrato en el que se hubiera pactado. Así ha sostenido este Tribunal, que corresponde distinguir si la cláusula fue prevista en un contrato de mutuo, en el cual procede tal limitación a fin de evitar la usura, de aquellas convenciones (locación, compraventa etc.), en donde la limitación debe efectuarse en forma restrictiva, ya que tal cláusula tendría una función resarcitoria y punitoria que “los intereses no cumplen” (según el criterio de este Tribunal).

Casos sobre penas para el incumplimiento de obligaciones en contratos de *locación de servicios* entre particulares

- XIV. En “Teleco S.A. v. Obra Social del Personal de la Ind. del Cuero y Afines s/ Incumplimiento de Contrato. Causa N° 4519/91”, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 2ª, del 03/09/96 (Lexis N° 60000739), consideró –frente a una cláusula contractual que estableció para el caso de incumplimiento que se aplicaría la tasa activa del Banco de la Nación Argentina sobre un capital actualizado por inflación– que los intereses punitivos cumplen una función compulsiva sobre la cual se aplica el principio de la inmutabilidad mientras no haya usura. Entendió que en el caso no la había.¹¹⁷⁸
- XV. El caso “Goransky, Héctor y otros v. Planex S.A. y otro”, resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala C, el 27/11/01, plantea la legitimidad de una tasa del 2,5% mensual pactada en un convenio de servicios profesionales de ingenieros el 19/5/1994.

a la determinación de la tasa aplicable, se apartó del voto de Míguez y se inclinó por la aplicación de los intereses que establece el art. 565 del Cód. Com. (esto es, los del Banco de la Nación), que es el criterio aplicado en el fuero (consid. 12 de su voto). El Dr. Caviglione Fraga, en cuanto a la tasa aplicable adhirió al criterio de la Dra. Míguez. Los Dres. Rotman, Cuartero y Butti, en cuanto a la tasa aplicable, adhirieron al criterio de la Dra. Piaggi.

¹¹⁷⁷ “D’Errico, Luis v. Formento, Hugo Oscar y otros s/ Cobro de alquileres”, del 14/03/89 (Lexis N° 14/2324); “Menéndez, Marcel Alejandro v. Cokchi Falcón Hermes y otro s/ Cobro de alquileres”, del 13/02/96 (Lexis N° 14/43485 y 14/43486); y “Gueker, Irwin v. Ciarroca, Oscar Alfredo y otros s/ Cobro ejecutivo de alquileres”, del 29/03/01 (Lexis N° 14/128948) entre muchos otros similares.

¹¹⁷⁸ La actora promovió demanda por el cobro de facturas emitidas en el marco de un contrato de prestación de servicios médicos por una clínica a una obra social. Se había pactado que en caso de incumplimiento al pago de las facturas, se aplicaría un interés punitivo equivalente a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Se cuestionó la aplicación de dicha tasa por el período anterior al 31/3/91 en que el capital se actualizó por inflación.

El apelante sostuvo que dicha tasa excedía las dos veces y media de la tasa del Banco de la Nación Argentina. El tribunal entendió que dicha tasa no se encontraba en pugna con la pauta moral del art. 953 del C.Civ., puesto que la función de la “pena” distó de una “tasa financiera”. En el fallo no se hicieron comparaciones con las tasas cobradas por los bancos.

Casos sobre penas por incumplimiento de obligaciones en reglamentos de *propiedad*

***horizontal* (expensas comunes)**

- XVI. En autos “Consortio Maipú 349/71 v. Lanciano, Santiago” (Lexis N° 941202) del 26/04/1993, la Cámara Nacional Civil, sala F, estableció que la tasa pactada en el reglamento de copropiedad era exigible, mientras no superara el 20% anual.
- XVII. La Cámara Nacional Civil, sala A, en autos “Consortio de Propietarios Alsina 3158 v. Obligado, Pastor”, del 17/10/94 (Lexis N° 1/22985) reconoció que en virtud de la vital función que cumplen las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal, se ha admitido jurisprudencialmente una tasa más elevada que la aplicable en otros supuestos, que oscila entre un 20 y un 24% anual.
- XVIII. El mismo tribunal en “Consortio de Propietarios Maipú 349 v. Furst de Kovaks, Olga”, del 15/02/95 (Lexis N° 962213), efectuó las mismas consideraciones que en el caso anterior. No obstante ello, en este fallo redujo la tasa pactada en el reglamento de copropiedad (no se aclara el mecanismo pactado) al 24% anual a partir del 1/4/91.
- XIX. En el caso “Consortio Corrientes 4815 v. Domb”, de la Cámara Nacional Civil, sala M, del 24/05/95 (Lexis N° 961014), el Tribunal fijó un límite a la tasa pactada (que había sido del 8% mensual): los intereses por todo concepto no debían superar el 15% anual hasta el 31/3/91 y una vez y media la tasa pasiva del Banco Central a partir del 1/4/91, hasta el efectivo pago.
- XX. La Cámara Nacional Civil, sala G, en autos “Consortio de Propietarios Av. Segurola 1502/8/10 Esquina San Blas 4407 v. Avanzada Compañía de Seguros Limitada s/ Ejecución de Expensas”, del 1/12/97 (Lexis N° 10/1816), se estableció una tasa del 28% anual.

Caso de obligaciones en contrato de *mutuo* con *Entidad Financiera*, en dólares

- XXI. “Banco de la Ribera Coop. Ltda. v. Verdullas, Guillermo y otros”, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, el 30/12/93 (Lexis N° 943098). El caso se trató de la ejecución de un mutuo de dinero en el cual se impugnó la tasa pactada, en el momento de discutir la liquidación formulada en la etapa de ejecución de sentencia. La sentencia ordenó practicar nueva liquidación actualizando el saldo de capital adeudado con más un 18% anual hasta el 31/3/91 y a partir del 1/4/91 (fecha de vigencia de la ley de “convertibilidad”) la suma anterior más un 18% anual de interés.¹¹⁷⁹

Casos de obligaciones en contratos de *compraventa*, en dólares, entre particulares

- XXII. Se registra el caso “Oyarzun, Elisa v. Zarasola, Carlos E. y otros”, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 2ª, del 10/08/93 (Lexis N° 944106). Se trató de un contrato de compraventa de un inmueble en dólares (celebrado en enero de 1991). Se fijó un límite a los intereses en el 30% anual sobre el capital adeudado en dólares, en razón de que en un intento de arreglo los deudores habían ofrecido el 26% y a que la fijación de intereses había tenido como propósito incentivar el pago contado del precio.¹¹⁸⁰
- XXIII. En el caso “Ronconi, Sergio D. v. De Biaggi, Juan”, del 17/09/04, la Cámara Nacional en lo Comercial, sala A (Lexis N° 70017061), debió entender en un reclamo de cobro de saldo de precio por una compraventa a plazos, de un automotor más la licencia para explotarlo como taxi, celebrada el 1/10/1994.¹¹⁸¹ El Tribunal evaluó que la tasa

¹¹⁷⁹ No resulta del todo claro a través de la lectura del fallo, cuál fue la moneda en que se pactó la obligación motivo del juicio. No obstante, de la lectura a un comentario a este fallo (Aldazabal, Benito J. “Intereses: Límites a la posibilidad de pactarlos. Capitalización diaria. Lesión. Abuso de derecho”, en la misma publicación que el fallo), junto con el contenido del fallo, puede inferirse que la materia del litigio habría sido la siguiente: el pacto contenido en el contrato de mutuo establecía que la tasa a aplicar sería la que la entidad financiera acreedora estableciera para la generalidad de sus operaciones (cuestión ya tratada en los citados casos de Mar del Plata y de Concepción del Uruguay). La liquidación se practicó luego de dictada la sentencia de trance y remate que mandó llevar adelante la ejecución por el capital más los intereses pactados. Al practicarse liquidación según dicho criterio, se llegó de una deuda contraída por US\$ 6.800 en el año 1988, a la cantidad de US\$ 172.000 en el año 1993. La falta de determinación de los intereses, o del modo de calcularlos, sumado al resultado de la liquidación (que se consideró contrario al standard de la moral y buenas costumbres prescripto por el art. 953 y al art. 1071 C. Civ.) hicieron que se considerara fundamento bastante para hacer lugar a la apelación. El Tribunal, como es usual, no brindó razones de por qué fijó el límite en la tasa que eligió. La alusión a la actualización del capital, que hace la sentencia en su parte resolutive, parecería que obedece a una pauta de limitación del crecimiento de la deuda, por el período anterior a la vigencia de la ley de convertibilidad.

¹¹⁸⁰ El contrato preveía que el saldo de precio, si se pagaba en cuotas devengaría un interés del 74% anual (sobre la deuda en dólares). Se fundó la demanda de reajuste (no de nulidad del contrato) en los arts. 953 y 1071 del Código Civil. Se consideró que el art. 1071 no es aplicable a una desigualdad entre las prestaciones de origen. Pero por “iura novit curia” se consideró aplicable el 953 que da lugar a una nulidad parcial (de los intereses excesivos) respecto de los intereses pendientes de pago (no respecto de los ya pagados).

¹¹⁸¹ El precio de la compraventa en cuestión se fijó en US\$ 61.500 de los que US\$ 32.000 correspondían a capital (US\$ 8.000 vehículo + US\$ 24.000 licencia) y US\$ 29.000 a intereses compensatorios por financiación. Se pagaron US\$ 13.500 a la firma del contrato. El saldo de \$ 48.000 (61.500-13.500) se instrumentó en 48 pagarés a pagar mensualmente de \$ 1.000 c/u a pagar a partir del 30/7/1995. Si bien la obligación se pactó en dólares, los pagarés se instrumentaron en pesos habida cuenta de la vigencia de la convertibilidad. El actor reconoció haber recibido pagos parciales, y sostuvo que el saldo adeudado ascendía al mes de octubre de 1996 a la cantidad de \$ 20.000.

aplicada a la obligación ascendió al 63 % anual, lo que en 48 meses representa el 252 %. Consideró que ello era contrario a la moral y las buenas costumbres. Para establecer un valor compatible con dicho parámetro, estimó adecuada la que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones comunes de descuento a treinta días. En razón de la tasa activa percibida por dicha entidad bancaria durante los años 1994 a 1998 decidió que una tasa razonable y compatible con los citados principios, debía fijarse en el 2 % mensual (24 % anual) sin capitalización alguna. Por ello, con las sumas ya pagadas por el demandado con anterioridad al juicio, se tuvo por cancelada la obligación reclamada.

**Casos sobre facultad judicial de modificar *intereses* establecidos en *disposiciones legales*
(*falta de pago de obligaciones fiscales*)**

XXIV. La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª, con voto siempre en primer término de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, inició una larga serie de fallos sobre esta cuestión, con el caso “Silvia S.A.C.I.F.A.”, de fecha 27/05/97. En este precedente, se trató de un recurso en el marco de un proceso de verificación de créditos del Fisco de la Nación en un concurso, en el que se discutió la cuantía de los intereses aplicables a impuestos adeudados. El Fisco solicitó la determinación de los intereses por la falta de pago de ciertos impuestos, en base a los fijados por la resolución general 22/1991 de la Secretaría de Ingresos Públicos (Bol. Ofic. del 18/11/91), que a su vez contaba para ello con facultades delegadas por el artículo 42 de la ley 11.683 (texto ordenado 1978). La resolución mencionada preveía una tasa del 3% mensual en concepto de intereses resarcitorios por mora (durante el trámite en sede administrativa), con más punitivos del 4,5% mensual, a partir de la interposición de la demanda judicial. La concursada y la sindicatura pretendían que la tasa de interés a aplicar fuera la misma que se aplicaba para todos los demás acreedores a ser admitidos al pasivo concursal. En primera y segunda instancia se hizo lugar a esta postura. El criterio de la Corte mendocina fue el de negarle derecho al fisco a utilizar tasas superiores a la de los demás acreedores (habida cuenta de la situación concursal).¹¹⁸²

¹¹⁸² La citada resolución general 22/1991 rezaba así: “La falta total o parcial de pago de los gravámenes, retenciones, percepciones, anticipos y demás pagos a cuenta devengará desde sus respectivos vencimientos, sin necesidad de interpelación alguna y hasta el día de pago, de pedido de prórroga o de la interposición de la demanda de ejecución fiscal o de apertura de concurso, un tipo de interés que no podrá exceder, en el momento de su fijación, el interés vigente para el descuento de documentos comerciales incrementado hasta en un cien por ciento (100%), y cuya tasa fijará con carácter general la Secretaría de Estado de Hacienda, teniendo en cuenta, en su caso, si se tratare de montos actualizados o no. Estos intereses se devengarán sin perjuicio de las multas que pudieren corresponder por aplicación de los arts. 43, 45, 46 y 47.”

- XXV. Se registran otros muchos casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª, en los que se presenta aproximadamente la misma situación fáctica que el precedente comentado en el apartado anterior y se resolvieron con el mismo criterio.¹¹⁸³ En igual sentido se puede citar un fallo de un tribunal de la misma provincia de Mendoza, como es el caso de los autos “Cooperativa Vitivinícola y Hortícola de Ind. y Consumo Alto Verde Ltda. v. AFIP.”, del 12/11/03, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Minas, Paz y Tributario de Mendoza, Sala 1ª (Lexis N° 30011275), donde se siguió el mismo criterio mencionado del tribunal superior provincial. En este caso, la tasa fijada por la mencionada resolución general 22/1991 de la Secretaría de Ingresos Públicos del 7% mensual, cuando se pretendió aplicar a créditos a verificar en concursos, se consideró usuraria (invocando la opinión de Mario Cárdenas Madariaga en *Las tasas de interés*, Ed. Ad-Hoc, 1994, p. 41) “aunque sea la que cobran los bancos”.
- XXVI. En un caso de la Cámara Civil y Comercial de Tucumán, sala 1ª, en autos “Sanatorio del Sur S.R.L.”, del 01/07/04 (Lexis N° 70013244), en el que se discutió la verificación de un crédito por parte de la AFIP en el concurso de un contribuyente, generado antes de la crisis del 2001/2002, se siguió el criterio de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (citado en fallo N° XXIV) y se resolvió que la pretensión verificatoria contenía intereses abusivos, no obstante fundarse en una liquidación emanada de un organismo del estado, y se decidió limitarlos al 24% anual entre compensatorios y punitivos.

Los argumentos de la Corte para el rechazo del recurso fueron: a) que el Estado por sus deudas consolidadas (situación equivalente a la concursal), paga tasas inferiores a las de mercado; b) que el fin loable de mejorar la recaudación fiscal, no justifica la utilización de tasas que agravan la situación de insolvencia del concursado; c) que la declaración de inconstitucionalidad de la norma no es necesaria porque los intereses impugnados no fueron establecidos por una ley del Congreso, sino por una autoridad administrativa, en base a una delegación legislativa (el contribuyente no puede solicitar la inconstitucionalidad ante cada una de las aplicaciones de tal facultad que haga el poder administrador); y d) la argumentación del Fisco, no logró demostrar la razonabilidad de las tasas impugnadas.

¹¹⁸³ “DGI en Concurso Preventivo de Suministros Industriales S.A.”, del 01/09/98 (Lexis N° 70008062); “DGI en Gatto, Juan A. s/concurso s/recurso de revisión”, del 06/10/98 (Lexis N° 35012415); “Traza SRL. s/ conc. prev. s/ inc. de rev. s/ inc. y cas.”, del 29/12/98 (Lexis N° 70008103); “D.G.I. S/ En autos ‘D.G.I. en J. 375 Maugeri Carmelo y otros. p/ Concurso preventivo s/ Recurso de Revisión s/ Incidente de casación’”, del 29/12/98 (Lexis N° 70008063); “Castro José G. s/ conc. prev. s/ rec. de rev. s/ inc. cas.”, del 15/04/99 (Lexis N° 70008098); “Club Y.P.F. Mendoza”, del 11/08/99 (Lexis N° 70008122); “Talcomin S.R.L. s/ quiebra s/ rec. rev. s/ inc. cas.”, del 22/11/99 (Lexis N° 70008109); “Pierandrei, Roberto y otros s/conc. s/ revisión”, del 09/12/99 (Lexis N° 20010017); “Pablo Pincolini S.A.A.I.C. s/ conc. prev. s/ inc. rev. s/ inc. cas.”, del 10/12/99 (Lexis N° 70008106); “Galdeano, Pablo” del 22/03/00 (Lexis N° 70008201); “Dirección General Impositiva v. Sucesión de Senatore, Juan C.” del 22/03/00 (Lexis N° 70008202); “Bruno Frasson e Hijo S.H.” del 22/03/00 (Lexis N° 70008199); “Flores, Roque y otros s/ conc. Prev. s/ inc. de rev. s/ inc. cas.” del 22/03/00 (Lexis N° 70008099); “Agrocap S.R.L.” del 14/06/00 (Lexis N° 70008200); “Meneses, Héctor O.” del 23/06/00 (Lexis N° 70008204); “Cerámica Industrial Mendoza S.A.I.C.A. G. y M.” del 23/06/00 (Lexis N° 70008203); “Jugos Mendocinos S.A.” del 28/11/00 (Lexis N° 35012250); “Rodball S.A. s/conc. prev. s/ rec. rev. s/ inc. cas.” del 16/03/01 (Lexis N° 70008304); “IMETRA. S.A. s/ conc. prev. s/ rec. rev. s/ inc. cas.” del 10/04/01 (Lexis N° 70008301); “Empresa Constructora del Oeste S.R.L. s/conc. prev. s/ rec. de rev. s/ inc. cas.” del 24/07/01 (Lexis N° 70008306); “Club Gimnasia y Esgrima s/conc. prev. s/ rec. rev. s/cas.” del 07/08/01 (Lexis N° 7000830); “Copparoni Transportes Terrestres S.R.L. s/conc. prev. s/ inc. cas.” del 25/09/01 (Lexis N° 70008303); “Onelite S.A. s/conc. prev.” del 23/10/01 (Lexis N° 30010721); “Jugos Mendocinos S.A. s/Conc. Prev. s/ Rec. de Rev.” del 28/11/01 (Lexis N° 70008338); “Aise, Luis A. s/conc. prev. s/ rec. de rev. s/ inc. cas.” del 18/09/02 (Lexis N° 30010675); “Vicente, Carlos p/conc. prev. p/ rec. reo s/ inc. cas.” del 14/05/03 (Lexis N° 30010914); “AFIP en Servicios Especiales S.A.” del 07/07/03 (Lexis N° 35012245); “AFIP-DGI en Autotransporte Benjamín Matienzo S.A.” del 11/07/03 (Lexis N° 35012237); “Caballero, José s/ Concurso preventivo” del 25/10/04 (Lexis N° 70014988); “Americana S.A.” del 25/10/04 (Lexis N° 70014986); y “System S.A. s/ Concurso preventivo” del 15/11/04 (Lexis N° 70018079).

APÉNDICE 15: JURISPRUDENCIA SOBRE LÍMITES A LAS TASAS DE INTERÉS POSTERIOR A LA PESIFICACIÓN

Caso de obligaciones de dinero en dólares luego de la ley 25.561

XXVII. “Minassian, Ana v. Vancevicius, José B.”, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, en pleno, del 09/02/04 (Lexis N° 20041059). La mencionada Cámara marplatense fue convocada a plenario para determinar la tasa de interés aplicable a las deudas en dólares convenidas entre particulares (no bancarias), teniendo en cuenta la realidad social, económica, financiera, legislativa y cambiaria del país a dicho momento (se refería a la situación posterior a la devaluación del peso adoptada a comienzos de 2002). La solución del plenario acordó en fijar a partir del 6/1/02 un límite a las tasas pactadas en dólares estadounidenses del 4% y 6% anual para las operaciones con y sin garantía hipotecaria respectivamente.¹¹⁸⁴

Caso de contrato de mutuo entre particulares, en pesos

XXVIII. La Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala 2^a, en autos “Leandro, Emiliano v. Molina, Pedro L.”, del 20/05/08 (Lexis N° 70047468), debió entender en una causa relativa a un mutuo encubierto bajo un contrato de compraventa de mercaderías, que encerraba una tasa de interés implícita del orden del 521% nominal mensual (6257%

¹¹⁸⁴ En este caso (como en el anterior plenario marplatense citado) también actuó como vocal preopinante la Dra. Zampini. Si bien el motivo de la convocatoria a plenario fue la determinación de la tasa de interés a aplicar en obligaciones en dólares en general, la argumentación del voto –al igual que en el plenario anterior– se centró en el problema de los mutuos de dinero (en este caso con y sin garantía hipotecaria). A tal fin el voto comenzó por analizar los componentes de la tasa de interés, y señaló: a) el riesgo de insolvencia (determina una relación inversa con la tasa de interés: a mayor riesgo menor tasa y viceversa; se ve minimizado en las obligaciones garantizadas con hipoteca), b) el riesgo inflacionario (que es muy bajo cuando la obligación es en dólares), c) el riesgo cambiario (lo que determina la diferencia de tasas entre las obligaciones en moneda nacional y extranjera) y d) traslación de costos (la ineficiencia de una de las partes que tiene posición dominante –agregó– no tiende a ser disminuida, sino transferida). Luego de dicho razonamiento, señaló que el mercado no puede servir de punto de referencia a la hora de establecer un límite para las tasas activas de interés (las pasivas a esa fecha oscilaban entre el 0,5% y 0,9% anual), toda vez que no existía al momento del fallo oferta de préstamos en dólares. Y como conclusión, luego de haber intentado la búsqueda de pautas racionales para fijar dicho límite, concluye con carácter general en la cifra del 3% anual, para las operaciones con garantía hipotecaria y del 4,5% anual para las que carecen de dicha garantía, sin dar para ello un argumento específico. Ello no obstante haber señalado como uno de los factores determinantes el de la insolvencia, que al menos en los casos de obligaciones sin garantía hipotecaria, dista de ser uniforme para todos los sujetos deudores. El voto del Dr. Cazeaux adhirió a los argumentos del voto de la Dra. Zampini, pero consideró adecuadas las tasas máximas del 4% y 6% anual respectivamente para los dos casos considerados, por entender que el margen entre la tasa pasiva de mercado señalada en el primer voto y el límite propuesto le parecía insuficiente. De los votos restantes resultó que se impuso la propuesta del Dr. Cazeaux, por lo que a partir del 6/1/02 estos últimos valores pasaron a ser el límite máximo para las tasas de las obligaciones con y sin garantía hipotecaria, respectivamente.

anual).¹¹⁸⁵ Frente a ello, el Tribunal consideró tal tasa usuraria y ordenó reducirla a la que percibe el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones comunes de descuento a 30 días desde la celebración del negocio simulado y hasta su efectivo pago. El vocal Dr. Pilotti fundó la morigeración de los intereses en que tales intereses excedieron notoriamente la pauta que toleran la moral y las buenas costumbres, según lo dispuesto por los arts. 621, 622, 656 y 1071 del Código Civil. El vocal Peralta Mariscal, por su parte concordó con la solución final, pero fundó la morigeración en el artículo 954 del Código Civil, apartándose de la doctrina mayoritaria, por entender que después de la reforma del citado Código por la ley 17.711 la reducción de intereses queda comprendida en dicha norma y ya no les es dado a los jueces el recurso de la fórmula del art. 953, no obstante que en su opinión, probada la excesiva onerosidad, ambos elementos subjetivos (el del aprovechador y el del aprovechado) se presumen (ver un resumen de sus fundamentos en nota 499 segundo párrafo).

Casos de contratos de mutuo con *Entidades financieras, en pesos*

XXIX. El caso “Fideicomiso Suma v. Fuentes, Guillermo R. y otro”, de fecha 04/12/07, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, sala 3^a (Lexis N° 70045683). Mutuo de dinero en el que se pactó en septiembre de 1998 una tasa del 34,24% anual con más un interés punitivo del 50% del compensatorio. En primera instancia se redujo el interés a la tasa “pasiva promedio más medio punto mensual durante todo el tiempo de la mora”. La Cámara consideró que la tasa pactada con más el punitivo superaba la admitida por dicho tribunal como razonable en el contexto económico posterior a la pesificación –esto es el 30% anual–, pero que la morigeración establecida en primera instancia era a su vez excesiva.¹¹⁸⁶ Por lo tanto resolvió fijar la tasa en el

¹¹⁸⁵ El actor manifestó haber celebrado con el demandado una compraventa de cebolla, por la cual entregó a éste la suma de \$ 800, quien a su vez se comprometió en noviembre de 2001 a entregar al actor la cantidad de 1000 bolsas de dicha mercadería entre los meses de abril a junio de 2002. El demandado alegó simulación: dijo que en realidad se trató de un préstamo de dinero encubierto bajo la forma de compraventa de bolsas de cebollas, por exigencia del prestamista. Además manifestó que el precio fijado a la bolsa de cebolla en el contrato, fue a razón de \$ 0,80 cada una, cuando el precio corriente era de \$ 30 la bolsa. El Tribunal encontró justificada dicha simulación. Y reencuadrado el contrato en la realidad que encubría (simulación lícita), como un mutuo de dinero, se concluyó que en devolución de los \$ 800 objeto del préstamo, el deudor debía restituir el equivalente de 1000 bolsas de cebolla a razón de \$ 30 cada una, o sea un total de \$ 30.000. Ello por un plazo de siete meses. El interés implícito en la operación ascendía a \$ 29.200 y su tasa al 521% nominal mensual (6257% anual).

¹¹⁸⁶ El tribunal sostuvo que la reducción llevada a cabo en primera instancia “es cuestionable porque prescinde de la voluntad implícita de las partes, ya que del propio título se desprende que su intención fue pactar un interés más bien significativo o en todo caso más elevado del que es corriente en el mercado. La facultad de los jueces de morigerar los intereses se agota en la eliminación del exceso, en la corrección del contrato sólo en lo que éste tiene de violatorio de la moral y las buenas costumbres. Una vez suprimido el exceso y salvada la regla moral, no pueden los magistrados regular libre y voluntariamente las tasas, o establecerlas según lo que ellos consideren más adecuado para las reglas del mercado, porque en todo lo que no interesa al orden público la voluntad de las partes sigue siendo soberana. Si ellas han estipulado una tasa excesiva frente a las pautas morales, es sin duda porque han tenido intención de establecer un interés elevado, que como tal debe ser respetado luego de eliminado el exceso. La tasa fijada por la juez no consulta esa intención.”

mencionado porcentaje del 30% anual que constituye el límite objetivo que no vulneraría el orden público.

Casos de contratos de *mutuo en dólares (particulares) con garantía hipotecaria*

xxx. El caso “Angrigiani, Carlos A. v. Russo, Alfredo V.”, fue resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala F, el 06/02/04 (Lexis N° 35000023). Se trató de una demanda de consignación del pago del saldo de un mutuo hipotecario en dólares celebrado el 27/10/1999, con un interés pactado del 1,5% mensual, a pagar mediante el sistema de amortización “francés” en 72 cuotas mensuales, sobre el cual operó el mecanismo denominado de “pesificación” (ley 25.561, decreto 214/2002 y normas complementarias). En virtud de lo expuesto, se discutió en primer lugar la suma de pesos que debía cancelar la obligación originaria en dólares. Sobre dicho particular, el Tribunal declaró aplicable la doctrina del “esfuerzo compartido” distribuyendo el efecto de la devaluación en un 50% para cada parte. En cuanto a la tasa de interés a aplicar respecto de la diferencia adeudada por sobre la depositada en consignación, se entendió necesario morigerar las tasas pactadas por aplicación de los principios conocidos de la moral y buenas costumbres. Por ello, en virtud de las tasas pautadas por el mercado tanto en el ámbito nacional como en el internacional para operaciones como la ponderada¹¹⁸⁷ (en la que la aplicación de la directiva del “esfuerzo compartido”, mantiene como referencia la divisa norteamericana pactada) se consideró aplicable el criterio general de la Sala que fijó el límite a la tasa de interés en el 7,5% anual comprensivo de compensatorios y punitivos, sin capitalización de intereses. En este caso concreto, por no haber habido mora, se fijó el interés en el 3% anual sin capitalización.

¹¹⁸⁷ A los efectos de ponderar las “pautas” del mercado, el fallo que se comenta tomó como guía la comunicación “A” 3507 del Banco Central de la República Argentina, del 13/02/2002 (y publicada el 25/03/2002), que reguló las pautas de conversión de las obligaciones del sector privado mantenidas con el sistema financiero, a la fecha de entrada en vigor del mecanismo de “pesificación”. En su punto 1 la circular en cuestión dispuso que las entidades financieras convirtieran a pesos los saldos al 03/02/2002 de las financiaciones (capital e intereses) en moneda extranjera vigentes al 05/01/2002 que el sector privado mantuviera con el sistema financiero. En el punto 2.1, respecto de las obligaciones de pago periódico, la aludida comunicación estableció que a partir del 4/02/2002, los saldos de capital convertidos a pesos, deberían recalcularse en función de la variación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (“C.E.R.”) que publicaría el Banco Central de la República Argentina. El saldo de deuda recalculado estaría sujeto, desde el 03/02/2002, a los intereses que resultaran de aplicar la tasa que pacten las entidades con sus clientes, la que no podría superar el porcentaje que correspondiera según lo que se estableció en su oportunidad:

Tasa de interés -en % nominal anual-	Pers. físic.	Pers. jurídicas
Con garantías preferidas “A” hipotecas sobre inmuebles o prenda fija con registro en primer grado	3,5	6
Demás, incluyendo las financiaciones que cuenten con las garantías preferidas admitidas pero cuyo valor no alcance a cubrir, como mínimo, el 75% de la financiación concedida en origen (capital e intereses)	5	8

-
- XXXI. La misma Cámara Nacional Civil, sala F, siguió el mismo criterio cuantitativo sobre la tasa de interés para este tipo de operaciones, en los casos siguientes: “Steinfeld, Mauricio v. Zamora Tapia, María E.”, del 16/03/04 (Lexis N° 35000289); “Sarhan, Juan C. y otros v. Ihidoype, Domingo A.”, del 04/08/05 (Lexis N° 70020391); y “Romanini, Enrique N. y otro v. Mata, Verónica M. y otro”, del 30/08/05 (Lexis N° 70020441).
- XXXII. La Cámara Nacional Civil, sala K, en autos “La Cubana S.A. v. Aren, Luis”, del 31/03/05 (Lexis N° 70018029), debió resolver un caso de una ejecución hipotecaria en garantía de una obligación en dólares contraída con anterioridad a la vigencia de la ley 25.561. En dicho caso se discutió la aplicación del régimen de “pesificación”, así como la tasa de interés aplicable. El tribunal declaró aplicable al caso el reparto equitativo entre ambas partes de la devaluación del peso (doctrina del esfuerzo compartido) y sobre dicha obligación confirmó la decisión de primera instancia de reducir los intereses pactados (el fallo de Cámara no aclaró su cuantía) a una tasa de interés sobre el capital reconocido (transformado a pesos en la forma ya expresada) del 15% anual por todo concepto (lo que se supone que alude a compensatorios y punitivos), ello en función de la “coyuntura financiera”.
- XXXIII. La misma Cámara Nacional Civil, ahora mediante su sala M, aplicó en el caso “Vázquez, Norma v. Paliza, Juan M.”, del 05/07/05 (Lexis N° 35002430) otro criterio sobre la tasa de interés. Se trató también de la ejecución de un mutuo hipotecario en dólares que se había acogido al sistema de refinanciación establecido por la ley 25.798. En primera instancia se había declarado aplicable la transformación de la obligación a pesos, según la doctrina del esfuerzo compartido. Dicho criterio fue confirmado en segunda instancia repartiendo el efecto de la devaluación cambiaria equitativamente entre ambas partes. En cuanto a los intereses aplicables sobre dicho capital, y en virtud de la “coyuntura económico financiera” se declaró aplicable un interés del 12% anual por todo concepto (habrá de entenderse que alude a los compensatorios y punitivos), por constituir en este caso el límite de la usura.
- XXXIV. El mismo Tribunal y Sala, en autos “Paletta, Olga L. v. Ugena, Jorge L. y otro”, del 31/10/06 (Lexis N° 70038106) resolvió con igual criterio una disputa planteada en una ejecución de un mutuo en dólares con garantía hipotecaria, concertado antes de la vigencia del régimen de “pesificación”. Con relación al modo de conversión de la obligación de capital a pesos, el tribunal aplicó el criterio del “esfuerzo compartido”,

distribuyendo el impacto de la devaluación en partes iguales entre los contendientes. Declaró la inconstitucionalidad del régimen de refinanciación de la ley 25.798. Y en cuanto al interés aplicable, lo fijó en el 12% anual.

- xxxv. Por su parte la Cámara Nacional Civil, pero en este otro caso a través de su sala C, en autos “Stupenengo, Juan A. v. Alfano, Carlos A. y otro”, del 04/07/06 (Lexis N° 70038107), debió entender en una ejecución de un mutuo de dinero en dólares estadounidenses que se encontraba en mora desde julio de 1999, respecto de la apelación del ejecutante que se agravió de que en primera instancia se habían reducido los intereses pactados al 4% anual. La resolución de Cámara, por mayoría, redujo el interés pactado al 20% anual desde julio de 1999 hasta el 6/1/02; y a partir de esa fecha el 8% anual por todo concepto (compensatorios más punitivos).¹¹⁸⁸
- xxxvi. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bezzi, Rubén A. y otro v. Valentín, Sixto C. y otro”, del 11/09/07 (Lexis N° 35020570), resolvió un litigio referido a la ejecución hipotecaria de un mutuo concertado en dólares estadounidenses (US\$ 21.000) con anterioridad a la vigencia de la “pesificación”, a devolver en 24 cuotas mensuales y consecutivas, con más un interés del 1,7% mensual, con vencimiento la primera cuota el 24/10/2001. El inmueble gravado con hipoteca, estaba destinado a la vivienda familiar de los ejecutados. Durante al sustanciación del proceso se dictó la ley 26.617 que tendía a interpretar el conjunto de normas referidas al régimen de “pesificación” aplicables a los deudores hipotecarios de vivienda única y familiar por sumas que no superaran los US\$ 100.000. La Corte declaró aplicables al caso por analogía (consid. 15 y 16) las disposiciones del art. 6 de la mencionada ley, en virtud de lo cual condenó a los demandados -por aplicación del principio del esfuerzo compartido- “a pagar a los acreedores la suma que resulte de transformar a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de \$ 1 por dólar estadounidense, más el 30% de la brecha que exista entre \$ 1 y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio, tipo vendedor, del día en que corresponda efectuar el pago, con más una tasa de interés del 7,5% anual entre moratorios y punitivos desde la fecha en que se produjo la mora y hasta la del efectivo pago.”
- xxxvii. La misma Suprema Corte, en el caso “Fecred S.A. v. Mazzei, Osvaldo D. y otro”, del 06/05/08 (Lexis N° 35021766-JA 2008-II-559), entendió en una ejecución hipotecaria

¹¹⁸⁸ En disidencia, votó la Dra. Cortelezzi, sosteniendo que no debía efectuarse ninguna distinción relativa a la cuantía de la tasa a aplicar, en función de la fecha en que se verificó la mora del deudor. Propició por lo tanto, que se aplicara el 8% anual por todo concepto (compensatorios y punitivos), desde la mora hasta el efectivo pago. Para ello –dijo– tomaba en cuenta el criterio de la comunicación A 3507 del BCRA, citada en la nota 1187.

que afectaba una vivienda familiar única, pero cuya deuda superaba los U\$S 100.000 (el préstamo había sido por U\$S 180.000 recibidos el 2/7/1999). En consecuencia, determinó que se transforme el capital a razón de \$ 1 por U\$S 1 más el 40% de la brecha existente entre \$ 1 y la cotización de la mencionada divisa extranjera en el mercado libre de cambio -tipo vendedor- del día en que corresponda efectuar el pago. Con relación a los intereses, los fijó en el 7,5% anual en concepto de compensatorios y punitivos, salvo que la utilización del sistema de ajuste del Coeficiente de Variación Salarial por el período del 1/10/2002 al 31/3/2004 más intereses pactados desde el 1/10/2002 o, según el caso, promedio de tasas vigentes durante 2001- arrojen un resultado superior.

xxxviii. Por último, en cuanto a los casos de mutuos hipotecarios en dólares afectados por la pesificación, entre particulares, se registra el de “Meyerhoff, Rosner J. v. García, Jorge”, del 07/05/08, resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala J (Lexis N° 70046541). En este fallo el tribunal resolvió aplicar la teoría del esfuerzo compartido en un 60% de la brecha cambiaria a cargo del ejecutado y establecer la tasa de interés en el 15% anual por todo concepto (moratorios y punitivos).

Casos de contratos de *mutuo* en dólares (*garantía hipotecaria*) con *Entidades financieras*

xxxix. El caso “Fideicomiso Suma v. Maldonado, Julio C.”, del 08/09/06 (Lexis N° 70036641), de la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, Sala 4ª, trata una cuestión relativa a la tasa a aplicar respecto de un mutuo en dólares estadounidenses (pesificados al momento de dictar sentencia), que debía ser devuelto en 24 meses, con un interés pactado (sobre la obligación en dólares estadounidenses) del 20,68% anual en concepto de compensatorios, más el 10,34% como punitivos. No consta en la resolución la forma en que se “pesificó” la obligación en dólares (aparentemente la cuestión no fue materia de apelación). El Tribunal redujo el interés originalmente pactado, y lo fijó en la tasa del 30% anual, que es el límite aceptado por la Cámara local para considerar que no se vulneran la moral ni las buenas costumbres. Se fundó en el art. 656 C. Civ. entre otros.

xl. En los casos “Banco Galicia y Buenos Aires S.A. v. Shamu S.A.” del 17/10/06, Sala 4ª (Lexis N° 70039153);¹¹⁸⁹ “Fideicomiso Suma v. Herrera, Pedro N.” del 26/12/06, Sala

¹¹⁸⁹ En este caso se confirmó la resolución de primera instancia que ordenó la “pesificación” de la obligación originalmente convenida en dólares estadounidenses (se supone que a la relación 1 a 1) con más el ajuste del Coeficiente de Estabilización de Referencia, y consideró a la tasa

2ª (Lexis N° 70042457),¹¹⁹⁰ “Fideicomiso Suma v. Campos, José N. y otro” del 01/07/08 (Lexis N° 70048058),¹¹⁹¹ resueltos todos por la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, Sala 8ª, se aplicó el criterio adoptado por todas las salas de la citada Cámara, consistente en que la tasa de interés (sumados los compensatorios y punitivos) no puede superar el 30% anual, a partir de lo cual se considera usuraria.

Casos de obligaciones en pagarés en dólares (circulación entre particulares)

- XLII. El fallo correspondiente a los autos “Bazar Avenida S.A. v. Zárate, Fabián A.”, resuelto por la C. Civ. y Com. Mercedes, sala 2ª, con fecha 05/06/05 (Lexis N° 70021029), trató acerca de la ejecución de un pagaré librado en dólares estadounidenses, con cláusula de intereses (art. 5 decr. ley 5965/63). La sentencia no mencionó cuál fue la tasa pactada. Con relación a la moneda de pago, el fallo de Cámara no hizo lugar a la “pesificación” (por entender no aplicable dicho régimen a las obligaciones en mora) y condenó al pago de la suma adeudada en la moneda de origen (U\$S 67,82). Con relación a los intereses pactados, se dijo que por tratarse de obligaciones en dólares, no eran aplicables las soluciones de los arts. 52 del decr. ley 5965/63, ni 565 del Cód. de Comercio. En cambio, mandó limitarlos a la tasa del 6% anual por todo concepto (compensatorios y punitivos), sin dar razones del porqué ni de la cuantía de la reducción.
- XLII. El caso “Gabrielli, José L. v. Canavas, María C.”, del 23/03/06, en el que intervino la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2ª (Lexis N° 70023946), se trató de la ejecución de pagarés librados en dólares (no se aclara en la sentencia por no haber sido materia del recurso, si dicha obligación es o no afectada por el régimen de “pesificación”). En primera instancia se declaró aplicable la tasa legal del art. 52 inc. 2 del decr. 5965/63 (tasa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de

pactada del 14,94% anual para compensatorios y el 50% de los mismos para los punitivos, ajustada a derecho, salvo en lo relativo al período 1/10/2002 al 31/3/2004, que se ordenó ajustar el capital por el Coeficiente de Variación Salarial.

¹¹⁹⁰ La obligación que dio origen al presente litigio cabe inferir que se trató de un contrato de prenda en dólares, en el que se pactó una tasa de interés nominal anual del 21,94% y los punitivos a una tasa del 50% de los compensatorios (10,97% nominal anual). En primera instancia se morigeraron los intereses al 12% anual, y la Cámara los elevó 30% anual (doctrina aceptada por todas las salas del Tribunal) desde que la obligación fue debida hasta el día anterior a la aplicación del CVS (9/10/2002) y con posterioridad a su vigencia hasta el efectivo pago de la misma la aludida tasa.

¹¹⁹¹ Este caso se refirió a un mutuo en dólares con intereses pactados (al 26,5176% como compensatorios más punitivos del 60% = 42,4281% anual). Se discutieron los intereses anteriores al 1/10/02 y posteriores al 31/03/04 (durante el período intermedio se aplicó el CVS: ley 25.796). La resolución de primera instancia se había apartado para dicho período de las tasas pactadas por las partes, fijando una menor. En segunda instancia se estableció la referida tasa del 30% anual como tope, con las siguientes salvedades: a) si con posterioridad al 7/1/2002 (fecha de inicio de la “pesificación”) la tasa pasiva promedio que publica el BCRA con más un adicional del 24% anual, fuera superior al 30%, se aplicará esta última; b) por el período durante el cual se adiciona el Coeficiente de Variación Salarial, siempre se aplicará el tope establecido por el art. 4 de ley 25796.

descuento). Por mayoría se declaró aplicable el límite del 6% anual fijado por el plenario de dicha Cámara “Minassian, Ana v. Vancevicius, José B. s/ Ejecución hipotecaria” (ver fallo N° XXVII). El voto de la minoría se había inclinado por la aplicación de la tasa pasiva con el límite del 6% anual del caso “Minassian”.

Casos de obligaciones en pagarés en dólares a favor de *Entidades financieras*

- XLIII. Los autos “Banco Sudameris Arg. S.A. v. Ponce de León, Gonzalo F. y otro”, en que la Cámara Civil y Comercial de Córdoba, Sala 4ª, el 15/02/07 (Lexis N° 70041999), resolvió un caso de ejecución de un pagaré a la vista con cláusula de intereses pactada en el 21 % nominal anual (como compensatorio) y operado su vencimiento, se estableció que el importe de ese pagaré devengaría a favor del portador los intereses moratorios a la tasa del 18% anual con más los punitivos a la tasa de hasta el 50% de la prevista para los moratorios. La obligación estaba prometida en dólares estadounidenses. Se determinó que sería aplicable al caso el régimen de “pesificación”, corregida por el Coeficiente de Estabilización de Referencia. Con relación a la cuestión de los intereses a aplicar en el caso, el Tribunal consideró que debían respetarse los intereses pactados, salvo que fueran usurarios o lesivos fundándose en el principio básico de derecho que los contratos son ley para las partes y en que la intervención del estado por razones de emergencia es de interpretación restrictiva. Puesto que los intereses pactados no superaban el límite del 30% anual establecido por la Cámara Civil y Comercial de Córdoba (fallos N° XXXIX y XL), se resolvió mantener los mismos.

Casos de obligaciones en *contratos de compraventa en dólares (particulares)*

- XLIV. El caso “Del Libertador S.A. v. Azzali, Fabián y otro”, del 05/07/04, resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, sala F (Lexis N° 35000614), se refirió a una compraventa cuyo saldo de precio se financió en 30 cuotas de U\$S de 2.105 mensuales a partir de mayo de 2001. La actora demandó la ejecución de las sumas adeudadas, luego de haber rechazado los pagos ofrecidos por la demandada “pesificados” a la relación de U\$S 1 = \$ 1. Con relación al capital reclamado, el Tribunal entendió aplicable la doctrina del “esfuerzo compartido”, repartiendo la diferencia de cotización en partes iguales entre los litigantes. En cuanto al interés adeudado, entendió que las tasas pautadas por el

mercado tanto en el ámbito nacional como internacional (comunicación “A” 3507 del BCRA del 13/3/2002), determinan como interés razonable fijar su tasa en el 7,5% anual –comprensivo tanto de compensatorios como de punitorios– (ver casos antes citados, N° XXX y XXXI). Como en el caso no había habido mora del deudor (por el rechazo injustificado del acreedor a recibir los pagos ofrecidos) limitó el interés al 3% anual en concepto de compensatorios.

Casos de punitorios pactados en reglamentos de propiedad horizontal

- XLV. En esta materia se registra el caso “Consortio Campichuelo 446/448 v. Reichenbaum, Liliana C. y otro”, resuelto por la Cámara Nacional en lo Civil, sala F, el 25/02/05 (Lexis N° 35001412). Se discutió la legalidad de una tasa de interés pactada en el reglamento de copropiedad del edificio, para el caso de falta de pago de las expensas comunes, del 36% anual. El Tribunal consideró que en principio las reglas sobre la usura no son aplicables a los casos como el presente, porque “los copropietarios y el consorcio pueden revestir recíprocamente la calidad del acreedor y deudor” y porque “la vida del consorcio de propiedad exige el pago puntual y exacto de las expensas por la trascendental función que cumplen”. No obstante ello, por las condiciones de mercado a ese momento se resolvió reducir la tasa al 30% anual.
- XLVI. En el caso “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, el 19/04/06 (Lexis N° 35010447), resolvió sobre un asunto en el que un consorcio de propiedad horizontal había establecido en su Reglamento (no consta en la sentencia la cuantía de dicha tasa) un interés punitorio para la falta de pago de expensas, que había sido impugnado en primera instancia por superar el límite del art. 622 C.Civ. (dos veces y media la tasa de descuento del BNA). En segunda instancia se confirmó el criterio de limitar los intereses a dicho parámetro. El síndico de la quiebra del banco fallido, propietario de las cocheras deudoras de las expensas, recurrió a la Suprema Corte porque consideraba que aún en el límite del citado art. 622, los intereses seguían siendo elevados (solicitaba la tasa pasiva). La Corte manifestó que la licitud de la tasa de interés pactada por las partes constituye una cuestión de hecho que sólo podría revisarse en instancia extraordinaria de evidenciarse un vicio lógico, cosa que en el caso no se evidenció, por lo que quedó confirmado el criterio de la cámara de apelaciones.

XLVII. La Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 2ª, en el caso “Consortio INTERS de la Vivienda v. Zanfardini, Eduardo R. y otro”, del 31/10/06 (Lexis N° 70039756), debió entender también en un reclamo de expensas comunes en el que la sentencia de primera instancia modificó de oficio (sin reclamo de la deudora) la tasa de interés pactada en el reglamento de copropiedad (la sentencia no explicita la cuantía de dicha tasa). La Cámara por mayoría, decidió que la falta de impugnación por el deudor tornaba inadecuada la modificación de la tasa de interés, por lo que modificó la sentencia y ordenó mantener la tasa pactada. Por su parte, el vocal Peralta Mariscal (en concordancia con lo expuesto en el caso “Leandro v. Molina”, N° XXVIII de los antes citados, respecto del mecanismo subjetivo para la determinación de la usura –art. 954 C. Civ.–) votó en disidencia, y consideró que en los consorcios no puede haber “explotación de una parte sobre la otra”, así como que la naturaleza de la obligación justifica establecer una tasa superior a las demás, para fortalecer el cumplimiento.

Casos de *punitorios* pactados en *contratos de locación de cosas en dólares*:

XLVIII. Se puede citar el fallo “Prado, Pablo v. Álvarez, Santiago”, del 18/05/05, resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala M (Lexis N° 35002100). Se trató de una demanda de cobro de alquileres pactados originalmente en dólares estadounidenses, que fueron “pesificados” en virtud del régimen de la ley 25.561 y normas complementarias, según el criterio del “esfuerzo compartido” (que se distribuyó en partes iguales entre los litigantes). Con relación a los intereses pactados para el caso de mora en el pago de los alquileres (de la sentencia no surge la cuantía de dicho pacto), se resolvió reducirlos a la tasa del 12% anual por todo concepto, en razón de la coyuntura económica existente al momento del fallo, y con fundamento en la doctrina de la usura (entendida como un mecanismo objetivo, habida cuenta de que no se dieron otras razones al respecto).

XLIX. En el caso “Fernández, Isabel V. v. Gauna, Rosa A.”, del 09/06/05, resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala I (Lexis N° 70019743), se discutió la cláusula de intereses para el caso de incumplimiento en el pago de los alquileres convenidos en dólares estadounidenses. Dicha cláusula los había establecido en el 5% mensual acumulativo más el interés que fije el Banco de la Nación Argentina para descuentos comerciales. Al momento de la demanda, producida luego de la entrada en vigencia del régimen de “pesificación” (ley 25.561 y normas complementarias), el actor demandó los alquileres adeudados por su equivalente en pesos, con más su ajuste en función de la evolución

del Coeficiente de Estabilización de Referencia. En ese contexto, el Tribunal confirmó la resolución de primera instancia que había reducido tales intereses al 18% anual, con fundamento en que si bien los intereses pactados cumplían una función de “punitorios”, dicha función debía compatibilizarse con la regla del artículo 953 del Código Civil. No se aclaró por qué la cuantía del 18% anual satisfacía dicho parámetro.

Casos de *punitorios* pactados en *contratos de locación de cosas en pesos*

- L. Cabe recordar el precedente “Domínguez, Luis A. v. Municipalidad de General Alvear”, del 13/05/08, resuelto por la Cámara Civil, Comercial, Minas Paz y Tributario de San Rafael (Mendoza), sala 1ª (Lexis N° 70046319). El caso consistió en un reclamo de cobro de alquileres adeudados, y se discutió la legitimidad de un pacto que había acordado en caso de mora los intereses que cobra el Banco de la Nación Argentina, con más un 0,3% diario (equivalente a un 9% mensual o un 108% anual), lo cual no había sido materia de agravio en primera instancia. No obstante lo expuesto, el Tribunal decidió entender en la cuestión, por considerar, siguiendo a la Suprema Corte de dicha provincia, que en materia de intereses, determinado el exceso en forma “objetiva”, los jueces puedan reducirlos de oficio. Así las cosas, se resolvió reducirlos a dos veces la tasa activa promedio de cartera general que cobra el Banco de la Nación Argentina.

Casos sobre facultad judicial de modificar *intereses* establecidos en *disposiciones legales*

(falta de pago de obligaciones fiscales posteriores a la “pesificación”):

- LI. En esta materia encontramos el caso “Della Corte, Alberto v. Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Economía-”, del 30/09/04, resuelto por el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata (Lexis N° 70017970), en el que se trató de un amparo en el que un contribuyente impugnó la constitucionalidad de diversos artículos del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (t. o. 2004), entre otros el artículo 86 que fijaba en ese momento un interés mensual acumulativo que no podía exceder la tasa de descuento del Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones a 30 días, incrementada hasta un 100% según determinara el Ministerio de Economía y el artículo 87, que establecía en ciertos casos para el incumplimiento en el pago de los impuestos a

los ingresos brutos e inmobiliario, la posibilidad de incrementar de 2 a 5 veces dicha tasa de interés. Se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 86 y 87 del Código Fiscal (t.o. 2004), por delegar al Poder Ejecutivo provincial la fijación del incremento de la tasa de interés aplicable sobre las deudas fiscales, y por cuanto autorizan la capitalización de intereses. Mandó aplicar tasa descuento a 30 días sin capitalización.

- LII. El caso “Rivera Inmobiliaria S.A.” del 26/09/06, en el que entendió la Cámara Nacional en lo Comercial, sala A (Lexis N° 70035113), se refiere a una pretensión de verificación de créditos en un proceso concursal, respecto de impuestos adeudados reclamados por la Administración Federal de Ingresos Públicos, en el que se discutió la cuantía de los intereses a reconocer al crédito del mencionado ente recaudador. No resultó explicitada en la sentencia la cuantía de los intereses discutidos, ni el fundamento legal para su aplicación. Lo cierto es que el tribunal resolvió limitar la tasa de interés pretendida por el Fisco Nacional a una vez y media la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en operaciones de descuento a 30 días, sin capitalizar. El voto de la mayoría fundó la resolución en las facultades judiciales otorgadas por los artículos 953, 656 y concordantes del Código Civil. En minoría el Dr. Kölliker Frers fundó la decisión, con la que concordó en cuanto al fondo, en la inconstitucionalidad de las normas fiscales que permiten tales intereses, por violar la garantía de los artículos 17 (en cuanto a la integridad del patrimonio del contribuyente) y 31 (en cuanto a la indebida delegación de facultades legales al Poder Ejecutivo) de la Constitución Nacional, con la particularidad de considerar que en el caso la inconstitucionalidad podía declararse de oficio, según doctrina de la Corte Suprema de la Nación (“Banco de Finanzas”, del 19/8/04 - Lexis N° 3500051).
- LIII. La Cámara Nacional en lo Comercial, Sala D, en autos “Sortie S.R.L. s/quiebra s/inc. rev. AFIP”, del 15/06/07 (Lexis N° 35021089), entendió también en un proceso de verificación de créditos del fisco nacional, en el que se discutió la cuantía de los intereses a reconocerle al acreedor. En el caso el conflicto giró en torno a los artículos 37 y 52 de la ley 11.683 (t.o. por el decreto 821/1998).¹¹⁹² La resolución entendió que las reglas aludidas no eran claras y redujo la tasa de interés a aplicar, a dos veces la de

¹¹⁹² Las disposiciones aludidas establecen que la falta de pago de obligaciones fiscales dará lugar a la aplicación de intereses que serán fijados por la Secretaría de Hacienda (del Ministerio de Economía) a un tipo que no podrá exceder del doble de la mayor tasa vigente que perciba en sus operaciones el Banco de la Nación Argentina, y que en caso de ejecución judicial se incrementará hasta un 50% del interés antes fijado.

Las tasas fijadas por la autoridad de aplicación en virtud de la delegación legislativa, sumados los intereses resarcitorios y punitivos, fueron –según cálculos efectuados en el voto de la mayoría– las siguientes: a) desde 1991 a 1996: 7,5% mensual; b) desde 1996 a 1998: 5% mensual; c) desde 1998 a 2002: 7% mensual; d) desde 2002 a 2003: 10% mensual; e) entre 2003 y 2004: 7% mensual; f) durante 2004 bajó al 5% mensual; y g) desde septiembre de 2004 se redujo al 4% mensual.

descuento del Banco de la Nación Argentina para 30 días no capitalizable, aún cuando las mismas pudieran no superar (según la interpretación que se le de a las normas impugnadas) los topes que fijaron los arts. 37 y 52 de la ley 11683, por ser igual irrazonables. El voto de la mayoría (Dres. Vasallo y Dieuzeide) fundó su decisión en las disposiciones de los artículos 656, 953 y 1071 del Cód. Civ., por considerar que no es necesaria la declaración de inconstitucionalidad de las normas atacadas (no se encontró atacable la delegación legislativa, sino la determinación que hizo la autoridad de aplicación en virtud de la misma). Consideró que en caso de concurso, los intereses elevados perjudican más que al deudor, a los otros acreedores. El Dr. Herrera, por su parte, votó en contra de dicho criterio, por considerar que las citadas disposiciones civiles operan en el ámbito de los vicios de los actos jurídicos, y que por ende no eran aplicables al caso que se trataba.

- LIV. En el caso “Fisco Nacional AFIP DGI V. Mc Seguridad Privada s/ Incidente de Revisión”, del 06/07/07 (Lexis N° 14/117146), la Cámara 2ª en lo Civil y Comercial de La Plata, sala 2ª, con voto de la Dra. Ferrer, frente al mismo problema de la verificación de créditos fiscales por intereses fijados legalmente, en concursos, siguió el criterio negativo a la posibilidad de morigerarlos judicialmente, sin declarar la inconstitucionalidad planteada por el afectado, en forma similar al voto del Dr. Herrera, en el fallo N° LIII.¹¹⁹³

¹¹⁹³ En el caso se dijo que la circunstancia que el sujeto deudor se encuentre en estado de cesación de pagos y haya sido declarada la apertura de su concurso o quiebra, no modifica en nada esta cuestión, ya que el principio de igualdad no rige con relación a los accesorios devengados con anterioridad a la presentación del pedido de concurso preventivo o con anterioridad a la declaración de quiebra. Tratándose por tanto de intereses legales no es aplicable al caso la facultad que al juzgador confieren las normas contenidas en los arts. 953 y 656, CCiv., que presupone la existencia de un interés de origen convencional, frente al cual se puede predicar la existencia de conductas abusivas o ilegales. En cambio, cuando las tasas de intereses moratorio o punitivo han sido fijadas en forma legal, tal facultad requiere del previo planteo de inconstitucionalidad de la norma, por parte del afectado, para que el Juez pueda apartarse de la aplicación de la misma.

APÉNDICE 16: DISPERSIÓN DE TASAS DE INTERÉS EN PRÉSTAMOS A LA CARTERA DE CONSUMO¹¹⁹⁴

Tasas Ofrecidas para Préstamos Personales

Préstamos Personales		Características					
		T.N.A Fija		T.N.A Variable		T.N.A Base de variación	T.N.A Frecuencia
		Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo		
		N/A: No Aplicable - NDA: No Disponible Aún - * Entidad No Financiera					
ARGENTINA	(SEP-2009)	85,17	47,45	N/A	N/A	N/A	N/A
BAFIN	(OCT-2009)	28,00	14,00	0,00	0,00	0	Mensual
BANCO ITAU	(SEP-2009)	38,00	28,00	N/A	N/A	N/A	N/A
BANCO MACRO	(SEP-2009)	32,00	15,00	N/A	N/A	N/A	N/A
BAPRO	(SEP-2009)	38,00	30,00	33,00	29,00	Dep. a P. F. en pesos a 30 día	Mensual
BISEL	(AGO-2009)	35,00	15,00	N/A	N/A	N/A	N/A
BTF	(SEP-2009)	N/A	N/A	26,96	22,46	MERCADO	Mensual
CETELEM	(OCT-2009)	65,00	13,00	N/A	N/A	no aplicable	N/A
CHACO	(SEP-2009)	N/A	N/A	24,50	15,50	PROPIA NBCH S.A.	Mensual
CHUBUT	(SEP-2009)	29,93	28,96	25,67	12,00	tasa encuesta dep. PF 30/59d.	Mensual
CITIBANK	(SEP-2009)	41,00	12,00	N/A	N/A	N/A	N/A
CIUDAD	(SEP-2009)	37,00	27,50	29,50	22,00	Dep Pzo Fijo \$ 99999 59d BCRA	Mensual
COLUMBIA	(SEP-2009)	97,33	28,00	N/A	N/A	N/A	N/A
COMAFI	(SEP-2009)	48,00	36,00	N/A	N/A	N/A	N/A
CORDOBA	(AGO-2009)	50,00	42,00	20,50	20,50	Badlar + 8%	Mensual
CORRIENTES	(OCT-2009)	36,00	30,00	N/A	N/A	Encuesta PF 30/59 d + SPREAD	Mensual
CREDICOOP	(SEP-2009)	34,00	20,00	34,00	19,00	Tasa encuesta dep PF30dias BP	Otra
CREDILOGROS	(SEP-2009)	99,00	42,97	N/A	N/A	No corresponde	N/A
CUENCA	(SEP-2009)	49,09	33,97	N/A	N/A	N/A	Trimestral
CUYO	(NOV-2008)	34,00	25,00	30,00	26,00	Tasa E.P.Fijo\$ 30-59 días BCRA	Mensual
DEL PLATA	(SEP-2009)	133,95	0,00	N/A	N/A	N/A	N/A
DEL SOL	(SEP-2009)	91,25	34,06	N/A	N/A	N/A	Otra
FORMOSA	(SEP-2009)	32,00	30,00	30,00	28,00	BAIBOR 360	Mensual

¹¹⁹⁴ La presente información ha sido obtenida del sitio web del Banco Central de la República Argentina (<http://www.bcra.gov.ar>). Dentro de dicho sitio, en el link “Régimen de Transparencia”, se eligió la opción “Consulta sobre los diferentes productos y condiciones que ofrecen las entidades bancarias”, más adelante, en “Seleccione el Producto” la opción fue “Préstamos Personales” para la primer tabla y “” para la segunda. Dentro de la opción Préstamos Personales, se seleccionaron las informaciones de “Características” correspondientes a T.N.A. Fija (máximo mínimo), T.N.A. Variable (máximo mínimo), T.N.A. Base de Variación y T.N.A. Frecuencia. Luego en la siguiente pantalla, se seleccionaron Todas las Entidades. Para la segunda tabla, se seleccionó el producto “Tarjetas de Crédito Personales”. Luego se seleccionaron todas las entidades y como información se seleccionó Tasa de interés: Compensatorio por financiación de saldos, En pesos (mínimo – máximo).

Préstamos Personales		Características					
		T.N.A Fija		T.N.A Variable		T.N.A Base de variación	T.N.A Frecuencia
		Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo		
FRANCES	(SEP-2009)	41,00	26,00	38,00	24,00	encuesta pzo fijo BCRA 30ds.	Mensual
GALICIA	(SEP-2009)	47,00	23,90	N/A	N/A	N/A	N/A
GE	(SEP-2009)	91,00	65,00	N/A	N/A	N/A	N/A
HIPOTECARIO	(SEP-2009)	55,00	29,00	N/A	N/A	N/A	N/A
HSBC BANK	(OCT-2009)	46,00	28,00	32,00	24,00	BADLAR tot bcos, prom ult 5 d.	Mensual
INDUSTRIAL	(SEP-2009)	57,00	24,00	N/A	N/A	N/A	N/A
JULIO	(SEP-2009)	55,00	30,00	0,00	0,00	N/A	N/A
LA PAMPA	(SEP-2009)	29,50	9,00	N/A	N/A	No corresponde	N/A
LA RIOJA	(JUN-2009)	N/A	N/A	30,50	10,00	INDEC-IPC/Tasa Encuesta P.F.	Trimestral
MASVENTAS	(SEP-2009)	50,00	30,00	N/A	N/A	N/A	N/A
METROPOLIS	(OCT-2009)	45,00	28,00	N/A	N/A	N/A	N/A
MINICREDITOS SA	(SEP-2009)	96,00	36,00	N/A	N/A	0	Mensual
MONTEMAR	(SEP-2009)	66,92	54,75	N/A	N/A	N/A	N/A
MUN ROSARIO	(SEP-2009)	30,00	30,00	35,00	28,00	relevamiento de mercado	Mensual
NACION	(SEP-2009)	24,50	20,50	30,50	21,50	PF 30d BCRA + 25 ptos. percent.	Trimestral
NEUQUEN	(OCT-2009)	N/A	N/A	31,00	14,60	BPN	Otra
NUEVO BERSA	(SEP-2009)	38,00	26,00	N/A	N/A	N/A	N/A
PATAGONIA	(SEP-2009)	39,00	34,00	39,00	34,00	t.encuestadepplfj30d	Mensual
PIANO	(SEP-2009)	50,00	24,00	N/A	N/A	N/A	N/A
PRIV INVER	(OCT-2009)	45,00	37,00	N/A	N/A	N/A	N/A
ROELA	(SEP-2009)	53,53	30,42	N/A	N/A	N/A	N/A
SAENZ	(SEP-2009)	64,48	8,52	N/A	N/A	N/A	N/A
SANJUAN	(SEP-2009)	33,00	19,00	N/A	N/A	NO CORRESPONDE	Otra
SANTA FE	(SEP-2009)	38,00	24,00	N/A	N/A	N/A	N/A
SANTANDER RIO	(SEP-2009)	44,00	33,00	N/A	N/A	N/A	N/A
SERV FIN	(SEP-2009)	49,96	40,46	N/A	N/A	no aplicable	N/A
SGO ESTERO	(SEP-2009)	39,00	12,00	N/A	N/A	N/A	Mensual
STA CRUZ	(SEP-2009)	34,00	22,00	N/A	N/A	N/A	N/A
STANDARD	(OCT-2009)	36,00	25,00	26,50	26,50	Encuesta BCRA - PF 30/59	Mensual
SUPERVIELLE	(SEP-2009)	44,00	24,00	N/A	N/A	N/A	N/A
TUCUMAN	(SEP-2009)	32,00	15,00	N/A	N/A	N/A	N/A
URUGUAY	(SEP-2009)	30,00	22,00	30,00	22,00	variacion mercado	Mensual

Tasas Ofrecidas para Financiaciones a Tarjetas de Crédito

Tarjetas de Crédito Personales		Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos		
		En pesos		
		Máximo	Mínimo	
N/A: No Aplicable - NDA: No Disponible Aún - * Entidad No Financiera				
ACTUAL S.A. *	(ACTUAL NEUQ)	(SEP-2009)	41,98	41,98
ADRUSSA *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
AEROCARD *	(ARECOCARD)	(SEP-2009)	32,85	32,85
ALARFIN *	(OMIX)	(SEP-2009)	42,42	0,00
AMCLUBUNION *	(TARJETA MUT)	(SEP-2009)	23,19	23,19
AMERICANEXP *	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	N/A	N/A
ARGENTINA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	59,90	34,90
ARGENTINA	(VISA)	(SEP-2009)	59,90	39,90
AVANTCARD *	(AVANT CARD)	(OCT-2009)	43,68	43,68
BAFIN	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	48,00	48,00
BANCO ITAU	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	29,87	29,87
BANCO ITAU	(VISA)	(SEP-2009)	29,95	29,95
BANCO MACRO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	29,00	29,00
BANCO MACRO	(VISA)	(SEP-2009)	29,00	29,00
BANCO MACRO	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	N/A	N/A
BAPRO	(PACTAR)	(SEP-2009)	17,00	17,00
BAPRO	(PROCAMPO)	(SEP-2009)	17,00	17,00
BAPRO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	32,00	32,00
BAPRO	(VISA)	(SEP-2009)	32,00	32,00
BAPRO	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	N/A	N/A
BICAEPMULTI *	(CARTA 10)	(SEP-2009)	42,10	42,10
BISEL	(MASTERCARD)	(AGO-2009)	N/A	N/A
BISEL	(VISA)	(AGO-2009)	N/A	N/A
BNP PARIBAS	(MASTERCARD)	(AGO-2009)	N/A	N/A
BNP PARIBAS	(VISA)	(AGO-2009)	N/A	N/A
BTF	(TARJETA FUE)	(SEP-2009)	29,16	29,16
BTF	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	29,77	29,77
BTF	(VISA)	(SEP-2009)	29,77	29,77
C&A *	(TARJETA DE)	(AGO-2009)	43,14	43,14

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
C.A.A.B.YM.SARM *	(CREDI - CAS)	(SEP-2009)	1,800	1,80
CAJA MUNI S EST *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,58	2,58
CAÑADAGOMEZ *	(TARJETA DEL)	(OCT-2009)	25,915	25,915
CAR AUSTRAL *	(CARTA AUSTR)	(SEP-2009)	42,43	42,43
CARTASUR *	(CARTASUR)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CASILDA NEGOCIO *	(TARJETA CAS)	(SEP-2009)	46,20	46,20
CENCOSUD S.A. *	(TARJETA MAS)	(SEP-2009)	42,42	42,42
CETEMEM	(AURA)	(OCT-2009)	48,00	48,00
CHACO	(ARGENCARD)	(JUL-2009)	0,00	0,00
CHACO	(CABAL)	(SEP-2009)	27,50	12,25
CHACO	(VISA)	(SEP-2009)	27,50	12,25
CHUBUT	(PATAGONIA 3)	(SEP-2009)	24,82	24,82
CHUBUT	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	28,71	28,71
CHUBUT	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	28,71	28,71
CHUBUT	(VISA)	(SEP-2009)	28,71	28,71
CINCORIOS *	(PLAN PLATIN)	(OCT-2009)	42,34	0,00
CITIBANK	(DINERS)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CITIBANK	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CITIBANK	(PROVENCRED)	(AGO-2009)	N/A	N/A
CITIBANK	(VISA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CIUDAD	(CABAL)	(SEP-2009)	23,00	23,00
CIUDAD	(CARTA CREDE)	(SEP-2009)	23,00	23,00
CIUDAD	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	23,00	23,00
CIUDAD	(VISA)	(SEP-2009)	23,00	23,00
CIUDAD	(CARTA FRANC)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CLEMAR DOMINGO *	(CARTA LOCAL)	(OCT-2009)	42,79	42,79
CLUBARGETIN *	(MUTUAL)	(SEP-2009)	45,60	45,60
CLUBESTE *	(CLUB DEL ES)	(SEP-2009)	36,80	36,80
COLUMBIA	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	54,99	54,99
COMAFI	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	32,50	26,00
COMAFI	(VISA)	(SEP-2009)	35,00	26,00
COMPCHACAB *	(TARJETA PRA)	(OCT-2009)	42,34	42,34
COMPRAR S.R.L. *	(TARJETA COM)	(SEP-2009)	29,97	29,97
CONCORDIA CARD *	(LOCAL PLUS)	(OCT-2009)	42,58	42,58
CONF JOHSON *	(JOHNSON'S M)	(SEP-2009)	42,12	42,12
CONFINASFE *	(TARJETA CON)	(OCT-2009)	42,32	42,32

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
CONTAR *	(CLIPER)	(SEP-2009)	42,41	1,206
COOP CRED SUCRE *	(SUCRE)	(SEP-2009)	36,00	36,00
COOP DE SERVICI *	(CREDIGUIA)	(OCT-2009)	42,28	0,00
CORDOBA	(VISA)	(SEP-2009)	28,98	28,98
CORDOBA	(CABAL)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CORDOBA	(CORDOBESA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CORFA SERVI *	(TARJETA BEL)	(SEP-2009)	42,00	42,00
CORRIENTES	(AURUS)	(OCT-2009)	28,00	28,00
CORRIENTES	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	28,00	28,00
CORRIENTES	(VISA)	(OCT-2009)	28,00	28,00
CORRIENTES	(CABAL)	(OCT-2009)	N/A	N/A
CORRIENTES	(CARTA FRANC)	(OCT-2009)	N/A	N/A
CORRIENTES	(CREDENCIAL)	(OCT-2009)	N/A	N/A
COTO CICSA *	(TCI-TARJETA)	(SEP-2009)	45,62	45,62
CREDI PREMIUM *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
CREDICITY S.A. *	(CREDIBAIRES)	(SEP-2009)	42,00	1,00
CREDICOOP	(CABAL)	(SEP-2009)	24,90	24,90
CREDICOOP	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	27,50	27,50
CREDICOOP	(VISA)	(SEP-2009)	27,50	27,50
CREDICOOP	(FRATERNA)	(SEP-2009)	30,40	30,40
CREDIFE *	(CRE CARD)	(OCT-2009)	42,787	42,787
CREDILOGROS *	(VISA)	(SEP-2009)	65,00	24,00
CREDIMAS *	(CREDIMAS)	(OCT-2009)	41,85	41,85
CREDINOBLE *	(TARJETA NOB)	(SEP-2009)	42,34	42,34
CREDINUEVO *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,34	42,34
CREDIPAZ *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,34	42,34
CREDISOL S.R.L. *	(FINANSOL)	(SEP-2009)	42,42	33,94
CRÉDITO AZUL SA *	(TARJETA BOX)	(OCT-2009)	40,00	40,00
CREDITODOS *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,10	42,10
CREYSER.PATAGON *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
CUATRORIOS *	(PLAN PLATIN)	(SEP-2009)	41,98	0,00
CUENCA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	43,13	43,13
CUYO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
CUYO	(VISA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
DATA2000 *	(DATA 2000)	(SEP-2009)	42,10	42,10
DEL PLATA	(KADICARD)	(SEP-2009)	85,17	0,00

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
DEL PLATA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
DEL SOL	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	27,98	4,30
DEL SOL	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	27,98	4,30
DILFER S.A. *	(CONSUMAX)	(OCT-2009)	42,43	0,00
DINERSCLUB *	(DINERS)	(SEP-2009)	N/A	N/A
ELEBAR *	(EMECARD)	(OCT-2009)	42,00	42,00
EMPRENDRER S.A. *	(LOCAL PLUS)	(OCT-2009)	42,58	42,58
EMPRESURSA *	(EMPRESUR)	(SEP-2009)	42,15	42,15
EMSUDECOR *	(LEAL)	(SEP-2009)	42,15	42,15
EUROCRED S.A. *	(EUROCRED)	(SEP-2009)	43,07	43,07
FACIL S.A. *	(FACIL CARD)	(OCT-2009)	38,68	27,1736
FALABELLA *	(CMR FALABEL)	(SEP-2009)	33,72	33,72
FAVACARD S.A. *	(FAVACARD)	(OCT-2009)	42,78	42,78
FECATSA *	(FECAT)	(SEP-2009)	42,10	42,10
FERTIL *	(FERTIL)	(SEP-2009)	42,08	42,08
FILDERODA *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
FINANGROUP S.A. *	(TARJETA RED)	(SEP-2009)	38,00	38,00
FINCUYO *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,10	42,10
FORMACREDIT *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,10	42,10
FORMOSA	(CABAL)	(SEP-2009)	32,00	32,00
FORMOSA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	32,00	32,00
FORMOSA	(VISA)	(SEP-2009)	32,00	32,00
FRANCES	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	32,90	32,90
FRANCES	(VISA)	(SEP-2009)	32,90	32,90
G. CTALAMOCHITA *	(TC 1A TARJE)	(SEP-2009)	42,00	42,00
GALICIA	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GALICIA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GALICIA	(VISA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(AUCHAN)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(CENTURY - E)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(CENTURY - J)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(GE MASTERCA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(HOME DEPOT)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(RADIO ARMAD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(RODO)	(SEP-2009)	N/A	N/A
GE	(WAL MART)	(SEP-2009)	N/A	N/A

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
GESTCONSUMO *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,34	42,34
GLOBAL S.R.L. *	(GENIAL)	(SEP-2009)	42,15	42,15
GRAMIT *	(CREDIAL)	(SEP-2009)	30,66	30,66
GRUPO LA UNION *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
GRUSUIPACHA *	(CANCELLER)	(OCT-2009)	N/A	N/A
HIPOTECARIO	(VISA)	(SEP-2009)	29,90	29,90
HSBC BANK	(CARTA CREDE)	(OCT-2009)	25,25	25,25
HSBC BANK	(AMERICAN EX)	(OCT-2009)	N/A	N/A
HSBC BANK	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	N/A	N/A
HSBC BANK	(VISA)	(OCT-2009)	N/A	N/A
HURLINGCAR *	(HURLING CAR)	(SEP-2009)	42,10	42,10
INDUSTRIAL	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	29,75	29,75
INDUSTRIAL	(VISA)	(SEP-2009)	29,75	29,75
INTSANJOSE *	(TARJETA INT)	(SEP-2009)	22,14	22,14
ISLACARDSA *	(ISLA CARD -)	(SEP-2009)	30,17	0,00
ITALCRED *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
JUCARD JUNIN *	(FULL CARD)	(SEP-2009)	26,00	26,00
JULIO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	0,00	0,00
LA PAMPA	(CALDEN AGRA)	(SEP-2009)	23,75	23,75
LA PAMPA	(CALDEN MAST)	(SEP-2009)	23,75	23,75
LA PAMPA	(VISA)	(SEP-2009)	23,75	23,75
LA RIOJA	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	25,00	25,00
LA RIOJA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	25,00	25,00
LA RIOJA	(VISA)	(SEP-2009)	25,00	25,00
LA RIOJA	(TARJETA SOL)	(SEP-2009)	29,00	29,00
LIDERCRE S.A. *	(AZULCRED)	(SEP-2009)	45,62	45,62
LINBEL *	(LINBEL LA C)	(SEP-2009)	39,60	39,60
LOSARROYOS *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,42	42,42
MASVENTAS	(PRESTAMAS)	(SEP-2009)	40,15	40,15
MASVENTAS	(CABAL)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MASVENTAS	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MASVENTAS	(VISA)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MERCURIO *	(TARJETA SOL)	(SEP-2009)	43,50	41,55
METROPOLIS	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	30,31	30,31
METRÓPOLIS	(CARTA FRANC)	(OCT-2009)	N/A	N/A
METROSHOP *	(METROSHOP)	(SEP-2009)	42,03	25,14

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
MINICREDITOS SA *	(TARJETA MIN)	(SEP-2009)	40,52	0,00
MONTEMAR	(ADMINISTRAC)	(SEP-2009)	48,67	45,62
MONTEMAR	(ARGENCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MONTEMAR	(CREDENCIAL)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MSAMROSARIO *	(TARJETA CAB)	(SEP-2009)	N/A	N/A
MUN ROSARIO	(CABAL)	(SEP-2009)	29,33	29,33
MUN ROSARIO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	35,81	35,81
MUN ROSARIO	(VISA)	(SEP-2009)	35,81	35,81
MUNDOCRED *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
MUPATRONAL *	(PRIMICIA)	(OCT-2009)	42,46	42,46
MUT RES TAIS *	(EXPRES CARD)	(SEP-2009)	36,00	36,00
MUTUAL COYSPU *	(TARJETA COY)	(OCT-2009)	42,09	42,09
NACIÓN	(AGRONACION)	(SEP-2009)	14,00	14,00
NACION	(BANCAT)	(SEP-2009)	28,00	28,00
NACION	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	28,00	28,00
NACION	(NATIVA)	(SEP-2009)	28,00	28,00
NACION	(VISA)	(SEP-2009)	28,00	28,00
NEUQUEN	(CONFIABLE)	(OCT-2009)	30,00	30,00
NEUQUEN	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	30,00	30,00
NEUQUEN	(VISA)	(OCT-2009)	30,00	30,00
NEUQUEN	(CABAL)	(OCT-2009)	N/A	N/A
NEUQUEN	(CREDENCIAL)	(OCT-2009)	N/A	N/A
NEXO EMPRENDIMI *	(NEXO)	(SEP-2009)	N/A	42,15
NOACARD *	(NOA EXPRESS)	(SEP-2009)	3,50	2,00
NUEVACARD *	(BAHIA BLANC)	(SEP-2009)	39,50	39,50
NUEVACARD *	(COOPEPLUS)	(SEP-2009)	39,50	39,50
OKEY GROUP SRL *	(TARJETA OKE)	(SEP-2009)	41,90	0,00
PATAGONIA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	29,00	29,00
PATAGONIA	(VISA)	(SEP-2009)	29,00	29,00
PATAGONIA	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	N/A	N/A
PLATINO *	(PLAN PLATIN)	(SEP-2009)	41,98	0,00
PLATINO *	(PLATINO)	(OCT-2009)	42,34	42,34
PRIV INVER	(MAKRO)	(OCT-2009)	49,94	49,94
PRIV INVER	(AMERICAN EX)	(OCT-2009)	N/A	N/A
PRIV INVER	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	N/A	N/A
PRIV INVER	(VISA)	(OCT-2009)	N/A	N/A

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
REDING S.A. *	(CREDI 10)	(SEP-2009)	34,90	17,45
RIDESUD S.R.L. *	(TARVILLCRED)	(OCT-2009)	42,44	42,445
ROELA	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	N/A	N/A
S CRISTOBAL *	(CABAL)	(SEP-2009)	39,00	39,00
SAENZ	(ARGENCARD)	(AGO-2009)	54,75	0,00
SAENZ	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	54,75	0,00
SAENZ	(VISA)	(SEP-2009)	54,75	0,00
SALTCARD S.A. *	(SALTCARD)	(SEP-2009)	40,15	40,15
SAN NICOLAS *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,00	42,00
SANJORGE *	(CREDICLUB)	(OCT-2009)	35,28	35,28
SANJUAN	(EFICAZ)	(SEP-2009)	34,92	34,92
SANJUAN	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	34,92	34,92
SANJUAN	(VISA)	(SEP-2009)	35,00	35,00
SANTA FE	(EFICAZ)	(SEP-2009)	35,00	35,00
SANTA FE	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	35,00	35,00
SANTA FE	(VISA)	(SEP-2009)	35,00	35,00
SANTAMONICA *	(ELEBAR)	(SEP-2009)	42,10	42,10
SANTANDER RIO	(AMERICAN EX)	(SEP-2009)	33,50	33,50
SANTANDER RIO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	33,50	33,50
SANTANDER RIO	(VISA)	(SEP-2009)	33,50	33,50
SC.ARG.SOC C OR *	(TARJETA MUT)	(SEP-2009)	3,46	3,46
SERV FIN	(TARJETA CAR)	(SEP-2009)	48,00	48,00
SERV FIN	(TARJETA NOR)	(SEP-2009)	48,00	48,00
SERV TRANS	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	34,00	30,00
SERV.FIN MÁXIMA *	(PASE LIBRE)	(OCT-2009)	42,09	15,08
SGO ESTERO	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	39,00	39,00
SGO ESTERO	(TARJETA SOL)	(SEP-2009)	39,00	39,00
SGO ESTERO	(VISA)	(SEP-2009)	39,00	39,00
SIDECREER *	(SI.DE.CRE.E)	(SEP-2009)	29,14	29,14
SIWALSA	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
SPORTSSALTO *	(A.M.S.A.S.S)	(SEP-2009)	30,42	30,42
STA CRUZ	(EFICAZ)	(SEP-2009)	37,00	37,00
STA CRUZ	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	37,00	37,00
STA CRUZ	(VISA)	(SEP-2009)	37,00	37,00
STANDARD	(ARGENCARD)	(OCT-2009)	41,15	41,15
STANDARD	(MASTERCARD)	(OCT-2009)	N/A	N/A

Tarjetas de Crédito Personales			Para consumo en el país - Tasas de interés - Compensatorio por financiación de saldos	
			En pesos	
			Máximo	Mínimo
STANDARD	(VISA)	(OCT-2009)	N/A	N/A
SUNIFCDIRIG *	(CABAL)	(SEP-2009)	42,42	21,21
SUPERVIELLE	(VISA)	(SEP-2009)	39,00	33,00
SUPERVIELLE	(MASTERCARD)	(SEP-2009)	40,70	33,00
SURPLUSSA *	(ITALCRED)	(SEP-2009)	42,43	42,43
TALOR *	(TARJETA LOC)	(SEP-2009)	42,00	42,00
TALOR *	(TARJETA MAR)	(SEP-2009)	42,00	42,00
TARJELMAR *	(MIRA)	(SEP-2009)	42,15	42,15
TARSHOP *	(TARJETA SHO)	(SEP-2009)	42,03	25,14

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, La Cultura Argentina, 1921.
- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1974.
- Alegría, Héctor “Nuevas reflexiones sobre ‘aportes a cuenta de futura emisión’”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, 1995-A, p. 15.
- Alf Ross, *Tu-Tu*, Harvard, Law Review Association, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.
- Allende, Guillermo E. “Los códigos españoles como fuente de nuestro Código Civil”, en *La Ley* 1981-C, p. 1015.
- Alterini, Atilio Aníbal, “Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias”, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 29-1975, p. 673.
- Alty, J. L. y Coombs, M. J., *Expert Systems. Concepts and Examples*, Alty and Coombs, 1984 (tr. castellana de Ramón Pérez Muñoz y Pilar Rubio de Lemos, *Sistemas expertos. Conceptos y ejemplos*, Madrid, Díaz de Santos S. A., 1986.
- Araya, Tomás M. *Subordinación de créditos en los negocios jurídicos*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1999.
- Argañaraz, Nadin “Superávit no recesivo por definición”, *La Nación*, 14/9/03, Secc. Economía, pág. 08.
- Aristóteles
 - *Constitución de Atenas*, edición bilingüe y traducción castellana de Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1948. Se encuentra publicado en por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, en su sitio de Internet denominado “Biblioteca Jurídica Virtual”:
<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/769/3.pdf>
- *Ética Nicomaquea*, tr. Castellana de Julio Pallí Bonet y Tomás Calvo Martínez, Madrid, editorial Gredos S. A., 1982.
- *Política*, tr. castellana de Julián Marías y María Araujo, edición bilingüe, Madrid,

Instituto de Estudios Políticos, 1951.

- Ascarelli, Tullio, *Appunti di diritto commerciale - Introduzione* 3ª edición, Roma, Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936 (tr. castellana de Santiago Sentís Melendo, *Introducción al derecho comercial y Parte General de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires, Ediar S. A., 1947).
- Atienza, Manuel, *La filosofía del derecho argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- Austin, Michel y Vidal-Naquet, Pierre, *Economies et sociétés en Grèce ancienne*, Armand Colin, Paris 1972, (traducción castellana de Teófilo Lozoya, *Economía y sociedad en la antigua Grecia*, Ediciones Paidós Ibérica S. A., Barcelona, y Editorial Paidós SAICF, Buenos Aires, 1986.
- Bacigalup Vértiz, Mario G.
 - “Encuadramiento legal de los ‘flujos de fondos’”, en *Revista Jurídica del Departamento de Derecho Económico*, Año 2, N° 2, Mar del Plata, Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Mar del Plata, 2008, p. 57.
 - “Los ‘flujos de fondos’ como garantía del cumplimiento de las obligaciones”, en *Anales – Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, Año 4, N° 37 – Nueva Serie, p. 168 y siguientes.
 - “Acerca de las Jornadas de la Cámara de Sociedades Anónimas”, en *Diálogos de la Cámara de Sociedades Anónimas de la Pcia. de Bs. As.*, enero de 1999, p. 8 y siguientes. “Las nuevas tecnologías y el Derecho Civil” en *Cuadernos de Doctrina del Colegio Público de Abogados de Capital Federal, Premios Accésit Concurso C.P.A.C.F. Especialidad Derecho Civil*, Buenos Aires, 2000, N° 6.
- Benedicto XIV, *Sobre el Sínodo Diocesano*, al cuidado de Josefa de Canasso, en Madrid, en lo de Benedicto Cano, 1803.
- Bentham, Jeremy, *Defence of usury*, 1787 (tr. castellana de J. E. Tomada de una edición francesa de *Defensa de la usura, Cartas sobre los inconvenientes de las leyes que fijan la tasa del interés del dinero*, París, Casa del editor, 1828).
- Bertalanfy, Ludwig, von, *Persepctives on General System Theory. Scientific Philosophical Studies*, George Braziller Inc., New York, 1975 (tr. castellana de Antonio Santisteban, *Perspectivas en la teoría general de sistemas*. Estudios

-
- científico-filosóficos, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 2ª edición castellana de 1982), p. 94 y sig.
- Böhm-Bawerk, Eugen von, *Capital e interés, Historia y crítica de las teorías sobre el interés*, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español 1947, 2ª edición 1986.
 - Bollini Shaw, Carlos, “Acerca de un sistema ‘patrimonial’. El principio de ‘intangibilidad’. Valuación de las acciones y fallos que tratan estas cuestiones”, en *El Derecho*, Tº 145, p. 975 y siguientes.
 - Botbol, José, *Curso general de matemática financiera*, Buenos Aires, Editorial Ergón, 1979, 5ª edición.
 - Brown, Robert J. y Max, Herbert B., *Raising Capital*, 3º ed., Prentice Hall Law & Business.
 - Brunner, Heinrich, *Historia del derecho germánico* (según la 8ª edición alemana de Claudius von Schwerin, tr. castellana de José Luis Álvarez López), Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1936.
 - Bulygin, Eugenio, *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Colección Nueva Teoría, 1961.
 - Bunge, Mario, *Seudociencia e ideología*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
 - Butera, Antonio, voz “Usura”, en *Il digesto italiano: Enciclopedia metodica e alfabetica de legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1914-1921, vol. XXIV, p. 120 y sig.
 - Cabanellas, Guillermo, “El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, capítulo II.
 - Cachanosky, Roberto H.
 - “Especulación y modelo productivo”, en *La Nación*, 16/05/2003, Secc. Economía, pág. 02.
 - “El riesgo no baja con regulaciones”, en *La Nación*, 27 de junio de 2003, Secc. Economía, pág. 03.
 - Cámara, Héctor, *Letra de cambio y vale o pagaré*, Ed. Ediar S. A., Buenos Aires, 1970.
 - Caraffa, Tito, *Il digesto italiano: Enciclopedia metodica e alfabetica de legislazione*,

-
- dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1914-1921, vol. III, 1895.
- Cardahi, Choucri, “Le prêt a interet e l'usure au regard des legislations antiques de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, juillet-septembre 1955, p. 502.
 - Carpentier, A. y otros, *Répertoire Général Alfabétique de Droit Française*, voz “Intérêts”.
 - Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
 - Cavalario, Domingo, *Instituciones de derecho canónico*, 1835 -tr. del latín al castellano por Juan Tejada y Ramiro-, 4ª edición, corregida por Vicente Salvá, París, Librería de don Vicente Salvá, 1846
 - Cazeaux, Pedro N.-Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, Editora Platense, 1969.
 - Cicerón, *Diálogos del Orador* (I, 42, 188) *Obras Escogidas*, Buenos Aires, Lima Río de Janeiro, Caracas, Montevideo, México, Barcelona, Librería El Ateneo Editorial, 1965, p. 53).
 - Clark, Robert Charles, *Corporate Law*, Boston - Toronto, Little Brown and Company, 1986.
 - *Código de Derecho Canónico Edición bilingüe*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983.
 - *Constitución Pastoral sobre la Iglesia y el Mundo -Gaudium et Spes-* aprobado por el Concilio Ecuménico Vaticano II el 7 de diciembre de 1965.
 - *Corpus Iuris Canonici*, ad modum Chritoph. Her. Friesleben alias Ferromontani, Coloniae Munatiana, Thurinsii, 1767.
 - De Bono, Edward, *The mechanism of mind*, London, Penguin Books, 1969.
 - *Decretales* de Gregorio IX.
 - *Decreto Graciano*.
 - Deya, Federico Sebastián, “Infracapitalización societaria desde una perspectiva económica del derecho”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2002, p. 813.
 - Di Cio, Alberto, “¿Un tope judicial fijo para los intereses?”, en *L. L.* 1981-C, p. 453.

-
- Di Filippo, María Isabel, “La personalidad jurídica del consorcio en el sistema de propiedad horizontal. Del axioma a la realidad. Replanteo de la cuestión”, en *L. L.* 1990-E, p. 953.
 - *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano de Literatura, Ciencias, Artes, etc.*, Barcelona, Buenos Aires, Santiago, Montevideo, La Habana, México, Lima, Montaner y Simón (España) - Sociedad Internacional (América), 1912.
 - Domínguez, Ramón Joaquín, *Diccionario Nacional o Gran Diccionario de Lengua Española*, 14ª edición, Madrid, Imprenta y Librería de Miguel Guijarro, 1878.
 - Ecco, Humberto, *Kant e l’ornitorrinco*, (Milano, R. C. S. Libri S. p. A., 1997 –tr. castellana de Helena Lozano Miralles, *Kant y el ornitorrinco*), Barcelona, Editorial Lumen, 1999.
 - Echave, Delia Teresa, Urquijo, María Eugenia y Guibourg, Ricardo A., *Lógica proposición y norma*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1983.
 - Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolf, Martin, *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*, 11ª revisión por Lehman, Heinrich (tr. castellana de Blas Pérez González y José Alguer, de la 35ª edición alemana, 2ª edición al cuidado de Puig Brutau), Barcelona, Editorial Bosch.
 - Escriche, Joaquín,
 - *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, sin fecha, voces “Depósito irregular”, p. 516; e “Interés”, cap. XII, p. 943.
 - *Diccionario razonado de legislación y Jurisprudencia*, edición fechada en Madrid en 1876, de la Imprenta de Eduardo Cuesta.
 - Etcheverry, Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico - Parte General*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.
 - Fargosi, Horacio P. “Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, en *La Ley*, 1988-E, p. 797 y sig.
 - Ferrater Mora, José, voz “Dialéctica”, en *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, 4ª edición, 1982, vol. I, p. 796 y sig.
 - Fontanarrosa, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino (Parte General)*, Buenos Aires, Víctor P. De Zavalía - Editor, 6ª edición 1979.
 - Fremery, A. *Etudes de droit commercial*, Paris, Alex Gobelet, 1833.

-
- Frenkel, Roberto “Similitudes entre Lula y De la Rúa”, *La Nación*, 27/07/2003, Secc. Opinión, pág. 08.
 - Fustel de Coulanges, Numa-Denys, *La ciudad antigua: Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1920.
 - Gaibisso, Félix Ángel, “Relación entre el concepto económico y el jurídico de moneda”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1979-IV, p. 781.
 - Galitz, Lawrence, *Financial Engineering*, Pitman Publishing - Financial Times, London (tr. castellana Rafael Aparicio y María Elena Aparicio, Ingeniería Financiera, Ediciones Folio S. A., Barcelona, 1994).
 - García C. Héctor, “DYKE y UBRIS en contrapunto en la poética de Solón” en *Revista Analecta*, Año I N° 1, Centro de Estudios Humanísticos Integrados, Universidad de Viña del Mar, en <http://www.uvm.cl/educacion/publicaciones/analecta/analecta-1-index.htm>.
 - Garrigues, Joaquín, *Contratos Bancarios*, Madrid, ed. Joaquín Garrigues, 1975, 2ª edición.
 - Garzón Valdez, Ernesto F., *Derecho y “naturaleza de la cosa”. Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1970.
 - Gayo, *Institutas*, traducción de Di Pietro, Alfredo, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1975.
 - Gerscovich, Carlos G. y Tavarone, Marcelo R., *Financiación de proyectos – Project Finance*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000.
 - Gorla, Gino, *Il Contratto*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1955 (tr. castellana de José Ferrandis Villela, *El contrato*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1959).
 - Grocio, Hugo, *De iure belli ac pacis* (tr. castellana de Jaime Torrubiano Rippoll, Madrid, Editorial Reus S. A., 1925).
 - Grondona, Mariano, *Bajo el imperio de las ideas morales*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1987 (2ª edición 1988).
 - Guarinoni, Ricardo Víctor, “Juego de tasas”, en *L. L.* 1992-E, p. 851.
 - Guerra Aloysii S. T. D., *Pontificarum constitutionum in bullaris magno et romano contentarum et alunde desumptarum epitome*, Venecia, Heredis Nicolai Pezzana, 1772.

-
- Guibourg, Ricardo A.
 - “La nulidad y su definición”, en AAVV, *Derecho Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1976.
 - *El fenómeno normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987.
 - Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V.
 - *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1984 (1ª reimpresión).
 - *Introducción al conocimiento científico Apéndice: La ciencia*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1984.
 - Halperín, Isaac, “Contratos y Obligaciones Comerciales”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, p. 161 y siguientes.
 - Hart, Herbert L. A. *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford University Press, 1953, tr. castellana de Genaro Carrió, “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
 - Hemard, Joseph, *Theorie et pratique des assurances terrestres*, Librairie de la société du Recueil Sirey, París, 1924.
 - Hesíodo
 - *Los trabajos y los días*, traducción A. Pérez Jiménez y A. Martínez Díaz, Madrid, Editorial Gredos, 1982 – Barcelona, RBA Coleccionables, 2006.
 - *Teogonía*, traducción A. Pérez Jiménez y A. Martínez Díaz, Madrid, Editorial Gredos, 1982 – Barcelona, RBA Coleccionables, 2006.
 - Hierro S. Pescador, José, *Principios de Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
 - Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Buenos Aires, Editorial Macchi, 1966.
 - Jaeger, Werner
 - *Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen*, 1933-1945 (tr. castellana de Joaquín Xirau –libros I y II– y Wenceslao Roces –libros III y IV–*Paideia: los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, 2ª edición 1993).

- “Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos”, traducción de A. Truyo y Serra, en *Revista de Estudios Políticos*, 1953, N° 67.
- Johnson, Paul
 - *A history of christianity*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1976 (tr. castellana de Aníbal Leal, *La historia del cristianismo*, Javier Vergara Editor S. A., Buenos Aires, 1989).
 - *A history of the Jews*, London, Weinfeld and Nicolson, 1987 (tr. castellana de Aníbal Leal, *La historia de los judíos*, Buenos Aires, Javier Vergara Editor S. A., 1991)
- Kennedy, Paul, *The Rise and Fall of the Great Powers*, New York, Vintage Books, 1989.
- Kluger, Viviana (compiladora), *Análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006.
- Konzevik, David, “Interés y tasa de interés: el problema de los intereses legales”, en *L. L.* T° 151, p. 825.
- Langer, William L. *An Encyclopedia of World History*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1940 (tr. castellana de la 5ª edición de 1970, de Javier Faci Lacasta y otros, *Enciclopedia de la historia universal*, Madrid, Alianza Editorial S. A., 1980), vol. 1.
- Lara Peinado, Federico, *Código de Hamurabi*, Madrid, Editora Nacional, 1982, ps. 63/4.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1960, (4a. edición de 1979, tr. castellana de Marcelino Rodríguez Molinario, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. edición, Barcelona, Ariel, 1980).
- Le Goff, Jacques, *Marchands et baquiers du moyen age*, Presses Universitaires de France, Paris, 1956 (tr. castellana de Natividad Massanes, *Mercaderes y banqueros de la edad media*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, 4ª edición, 1969).

-
- Le Pera, Sergio
 - “Sociedad y persona jurídica”, en *La Ley*, 1989-A, p. 1084.
 - *Common Law y Lex mercatoria*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
 - “Sobre la futilidad de la noción de capital social” en *La Ley* 1986-B, p. 972.
 - “Sistema de derecho societario”, en *Rev. La Ley* del 6 de agosto de 1985, p. 1.
 - *Joint venture y sociedad*, Buenos Aires, Astrea, 1984.
 - “Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales”, en *La Ley*, 1980-A-745.
 - *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
 - *La “naturaleza jurídica”*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.
 - *Libro de las Clementinas*.
 - *Libro de las Extravagantes*.
 - *Libro Séptimo de las Decretales*.
 - Llambías, Jorge Joaquín
 - *Tratado de derecho civil - Parte General*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 8ª edición, 1980.
 - *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Perrot, 2ª edición, 1975.
 - Loiseleur Deslongchamps, A., *Leyes de Manú*, (tr. castellana de V. García Calderón, París, Garnier Hermanos, sin fecha) prefacio a la edición francesa, ps. VII a IX.
 - López Muñiz Goñi, Miguel, *Informática jurídica documental*, Madrid, Díaz de Santos S. A., 1984, ps. 68 a 70).
 - López Ortiz, José, en el Prólogo al *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1952.
 - Manning, Bayless, *A concise textbook on legal capital*, New York, The Foundation Press, 1977, 2ª edición 1981.
 - Mariconde, Osvaldo, *El régimen jurídico de los intereses*, Buenos Aires – Córdoba, Ed. Lerner, 1977.
 - Mariotto, Liliana Bernardita, *Contratos Civiles y Comerciales - Inglés-Castellano Castellano-Inglés*, Formularios, 2ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995
 - Martínez Alcubilla, Marcelo, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885

-
- Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico crítico sobre la nueva legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de D. Alonso el Sabio conocido en el nombre de las Siete Partidas*, Imprenta de las hijas de Joaquín Ibarra, Madrid, 1808
 - Martino, Antonio, “Sistemas expertos legales”, en *Informática y Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
 - Martino, *Le definizioni legislative*.
 - Mason, Edward S. y otros, *The corporation in modern society*, Mssachusetts, Harvard University Press, 1960 -tr. castellana de Carlos Alberto Benites, *La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1967.
 - Merryman, John, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, California, 1969 -tr. castellana, de Carlos Serra, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
 - Messa, Gian Carlo, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, Società editrice libraria, 1911.
 - Messineo, Francesco, *Manuale de diritto civile e commerciale*, Milano, Dott. A. Giuffré, editore, 8ª edición, 1954, (traducción castellana de Snatiago Sentís Melendo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1955).
 - Miguez Domínguez, Lorenzo y otros, *Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria - Texto latino y versión castellana con jurisprudencia y comentarios*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1952.
 - Mises, Ludwig, von, *Human Accion, A Tratisse on Economics*, (1949, tr. castellana de Joaquín Reig Albiol, *La Acción Humana, Tratado de economía*, 3ª edición, Madrid, Unión Editorial S. A., 1980, tomada de la tercera edición definitiva del autor, de 1966).
 - *Model Business Corporation Act* (Comité de *Corporate Laws* de la Sección *Corporation, Banking and Business Law* de la American Bar Association (<http://www.abanet.org/buslaw/library/corp-man.html>))
 - Moisset de Espanes, Luis, “Lesión subjetiva: Algunos problemas vinculados con la aplicación del nuevo art. 954 del Código Civil”, en J. A. Tº 21-1974.

-
- Molinario, Alberto D., “Del interés lucrativo contractual y cuestiones conexas”, en *El Derecho*, T° 43, p. 1155 y siguientes.
 - Monlau, Pedro Felipe, *Diccionario Etimológico de la Lengua Castellana*, Buenos Aires, Joaquín Gil, 1941, 3ª edición 1946.
 - Montesquieu, Charles, *De l'esprit des lois*, (tr. castellana de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, *El espíritu de las leyes*, Madrid, ed. Tecnos S. A., 1974 -ed. Ediciones Orbis S. A., 1984, distribuida por Hispamérica Ediciones Argentinas S. A.-).
 - Morello, Augusto M. y Troccoli, Antonio M., “La tasa del interés – Consideraciones jurídicas y económicas”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1963-III, p. 272.
 - Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Buenos Aires, Ediar S. A. E. C. I. Y F., 1978.
 - Novak, Joseph D., “A science education reaserch program that led to the development of the concept mapping tool and a new model for education” en A. J. Cañas, J. D. Novak, F. M. González, *Concept Maps; Theory, Methodology, Technology Proc. of the First Int. Conference on Concept Mapping*, Pamplona, 2004.
 - Oks, Daniel y González Padilla, Gustavo, “Determinantes del riesgo país en Argentina durante 1994-99 - El rol de la liquidez sistémica, factores de contagio e incertidumbre política”, en el sitio de Internet de la Asociación Argentina de Economía Política: http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen_00/oks_padilla.htm.
 - Olivera García, Ricardo
 - “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1997-IV-721.
 - “La crisis del concepto de capital social”, en *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*, 1999, p. 369.
 - Ortolán, M.,
 - *Historia de la legislación romana*, trad. castellana de Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de D. Leocadio López Editor, 1887.
 - *Explicación histórica de las instituciones del Emperador Justiniano (Precedida de La historia de la legislación romana y de una Generalización del derecho romano)*, 9ª edición traducida al castellano por Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Madrid, Librería de D. Leocadio López Editor, 1887.
 - Paolantonio, Martín Esteban, “El análisis económico del derecho y la estructura

-
- societaria”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 2006
- Pascal, Blas, *Cartas a un Provincial*, 1657, Carta VIII. tomado de la traducción al inglés de Thomas M’Crie, que se encuentra disponible, vía Internet, en <http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/pascal/letters-b.html>
 - Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid. Editorial Civitas, 1979.
 - Piaggi, Ana Isabel, *Cuestiones complejas de derecho mercantil moderno*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
 - Pirenne, Henri, *Histoire économique et sociale du moyen age*, Presses Universitaires de France, Paris, 1933 (tr. castellana de Salvador Echavarría, *Historia económica y social de la edad media*, Fondo de Cultura Económica, Méjico-Buenos Aires, 1939, 1ª reimpresión en Argentina, 1980).
 - Planiol, Marcel - Ripert, George, *Tratado de derecho Civil Francés*, Habana, Cultural S. A., 1946.
 - Platón, *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1988.
 - Plutarco, *Vidas paralelas* (traducción castellana Don Antonio Ranz Romanillos, Raíz y Rama, Barcelona, 1945).
 - Pont, Paul, *Explication Teorique et Practique du Code Napoléon - Commentaire-Traité des Petit Contrats et de la Contrainte par Corps*, Paris, Cotillon, Libraire du Conseil D’Etat, 1863.
 - Poratti, Armando, “Dike y conflicto” en *El pensamiento antiguo y su sombra*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2000.
 - Pothier, *Oeuvres*, 2ª edición, anotada y correlacionada por M. Bugnet, París, Cosse y Marchal, 1861.
 - *Traité de constitution de rente*
 - *Traité de l’usure*
 - *Traité de la vente*
 - *Traité du contrat de change*
 - *Traité du contrat de constitution de rente*
 - *Traité du contrat de prêt a la grosse aventure*

-
- *Traité du contrat de société*
 - *Traité d'obligations*, (tr. castellana de S. M. S., Tratado de las obligaciones, 3ª edición, Barcelona, Biblioteca científica y literaria, s. f.).
 - *Proyecto de Código Civil* elaborado por la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación” de 1987.
 - *Proyecto de Reformas al Código Civil de la República Argentina*, 1992.
 - *Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la República Argentina*, 1987.
 - Quian, Roberto J., *Contabilidad para abogados*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1969.
 - Rawls, John, *A theory of justice*, President and fellow of Harvard College, 1971, traducción castellana de María Dolores González, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, 1ª reimpresión en Argentina, 1993.
 - Reale, Giovanni, *Platone. Alla ricerca della sapienza segreta*, Milan, Rizzoli, 1998 –tr. española de Roberto Heraldo Bernet, *Platón. En búsqueda de la sabiduría secreta*, Barcelona, Empresa Editorial Herder, 2001–, p. 182.
 - *Repertoire Général Alphabetique du Droit Français*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts -Ancianne Maison Larose et Porcel-, 1905, voz “Usure”, Tº 36, Nº 4, p. 650; y voz “Intérêts”, Tº 24, Nº 10, p. 618).
 - Richard, Efraín Hugo, “Sobre el capital social”, en el libro colectivo *Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butti*, Buenos Aires, 2007, pág. 107, también publicado en el sitio de Internet de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar>.
 - Rippe, Siegbert, “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, en *Jurisprudencia Argentina* 1997-IV-725.
 - Rodino, Luigi, voz “Societa Civile” en *Il digesto italiano: Enciclopedia metodica e alfabetica de legislazione, dottrina e giurisprudenza*, Torino, Unione Tip. Editrice Torinese, 1914–1921, vol. 21º, ps. 593 y sig.
 - Ross, Stefen, Westerfield, Randolph W. y Jaffe, Jeffrey, *Corporate finance*, The McGraw-Hill Companies, Inc., 1988 (traducción castellana de la 7ª edición en inglés, 2005, de Susana Pontón Becerril, María Isabel Pérez de Lara Choy y Carlos Roberto

-
- Ramírez Fuentes, *Finanzas corporativas*, México, Mac Graw Hill Interamericana Editores S. A. de C. V., 3ª edición en español, (2005).
- Rotman, Rodolfo B. “La fórmula moral y buenas costumbres y la tasa del interés” en *La Ley*, t. 110, p. 683 y sig.
 - Russell, Bertrand, “Atomismo lógico”, en *El positivismo lógico*, compilado por Ayer, A. J., México, Madrid, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1978.
 - Sabine, George H., *A History of Political Theory*, Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1937 (3ª edición tr. castellana de Vicente Herrero, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, 2ª edición 1963, 6ª reimpresión 1979).
 - Samuelson, Paul, *Curso de economía moderna*, (tr. castellana tomada de la 9ª edición norteamericana de Luis García de Diego, 17ª edición, Madrid, Aguilar S. A., 1979),
 - Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Nueva versión sobre el texto latino con notas y comentarios por Ismael Quiles, S. I.,
 - Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1951 (tr. Castellana de José Santa Cruz Teigeiro, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960).
 - Sclopis, Frédéric, *Histoire de la législation italienne*, (tr. francesa de Charles Sclopis, Paris, Didier et Cie. Libraires-Éditeurs, 1861).
 - Singh, Jagjit, *Great Ideas in Information theory, Language and Cybernetics*, Jagjit Singh, 1966 (tr. castellana de Ana Julia Garriga Trillo, *Ideas fundamentales sobre la teoría de la información del lenguaje y de la cibernética*, Madrid, Alianza Editorial, 1972, 4ª edición, castellana de 1982), p. 272 y sig., en especial p. 274.
 - Siperman, Arnoldo, *La ley romana y el mundo moderno – Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2008, p. 57.
 - Sixto V, Bula *Detestabilis* noviembre, 1586.
 - Sohm, Rodolfo, *Historia e instituciones del derecho privado romano*, 1883, tr. Española de P. Dorado, de la 7ª edición de 1898, Madrid, La España Moderna, sin fecha.
 - Solá Cañizares, Felipe de, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, Barcelona, Montaner y Simón S. A., 1963.
 - Spector, Horacio, “Justicia y bienestar desde una perspectiva de derecho comparado”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del*

Derecho, citado, capítulo III, p. 43.

- Spota, Alberto G. “El negocio jurídico usurario ante nuestra ley civil”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1962-VI, ps. 75 y sig. (en particular, p. 81).
- Stevenson, Charles L. *Ethics an Language*, Yale University Press, Inc., New Haven, 1944 -tr. castellana de Eduardo A. Rabossi, *Ética y Lenguaje*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1971-
- Suárez Anzorena, Carlos, “La conversión de los caracteres de las acciones y el canje de los títulos que las representan”, en *La Ley*, 1990-D, 926
- Tábano, María Josefina, “Coase: un teorema para el derecho. Su aplicación: a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia”, en Kluger, Viviana (Compiladora) y otros, *Análisis económico del Derecho*, capítulo IV.
- Tasic, Vladimir, *Mathematics in the Roots of Postmodern Thought*, traducción castellana de Guillermo Martínez, *Una lectura matemática del pensamiento posmoderno*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2001.
- Thaller, Edmond, *Traité General Theorique et Practique de Droit Commercial – Des Société Commerciales* par Paul Piq, Paris, Arthur Rousseau, 1908.
- Toffler, Alvin, *The Third Wave*, Alvin Toffler, 1980 -tr. castellana de Adolfo Martín *La tercera ola*, Plaza & Janés S. A. Editores, 1980, tomado de la edición de Ediciones Orbis S. A., 1985 distribuida en Latinoamérica por Hispamérica S. A.
- Troplong, Raimundo Teodoro, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*.
 - *Du Prêt*, Paris, Charles Hingray, 1845.
 - *Du Dépot et du Séquestre et Des Contrat Aléatoires*, Paris, Charles Hingray, 1845
 - *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris, Charles Hingray, 1843.
 - *De la Vente*, París, Charles Hingray, 1836, 2ª edición.
- Turgot, *Memoire sur le prêts d'argent*, 1769 (tr. castellana de J. E. en “Memoria sobre los préstamos de dinero”, en Bentham, Jeremy, *Defence of usury*, tr. castellana del citado J. E.: *Defensa de la usura*, París, Casa del editor, 1828)
- Vernengo, Roberto, *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1972, 2ª edición, primera reimpresión, 1985.
- Verón, Alberto, *Sociedades Comerciales – Ley 19550 Comentada, anotada y*

- concordada*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.
- Wainstein, Mario “Normas de auditoría”, en *Jurisprudencia Argentina*, JA - 1996 - IV – 727 (Doctrina).
 - Warat, Luis Alberto, *Semiótica y Derecho*, Buenos Aires, Ed. Eikon S. A. (e. f.), 1972.
 - Weber, Max, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, 1905, (2ª edición, 1920; tr. castellana de Luis Legaz Lacambra, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Madrid, Sarpe, 1984), ps 65 y 66
 - Wright, Georg Heinrich, *Von Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963 (tr. castellana de Pedro García Ferrero, *Norma y acción: Una investigación lógica*, Madrid, ed. Tecnos, 1970).
 - Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo - Rovira, Alfredo y San Millán, Carlos, *Cuadernos de Derecho Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.
 - Zavala Rodríguez, Carlos Juan, *Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967.

ÍNDICE DE NOMBRES

A

Alchourrón, Carlos	15, 125, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 262, 272, 275, 385
Alegría, Héctor	325, 326
Alterini, Atilio A.	282, 437
Alty, J. L.	25, 26, 27
anatocismo	12, 53, 76, 120, 132, 133, 134, 136, 138, 139, 148, 153, 155, 359, 364, 365, 375, 376, 377
apalancamiento financiero	336
aportes irrevocables	12, 305, 325, 328
Araya, Tomás M.	208, 209, 325
Aristóteles	18, 23, 39, 44, 45, 48, 54, 55, 61, 95, 105, 359, 381
Ascarelli, Tullio	282
Austin, Michel	42, 49

B

Bentham, Jeremy	56, 103, 104, 105, 106, 124, 165, 388
Bertalanfy, Ludwig, von	18
Böhm–Bawerk, Eugen von	123, 124, 157, 158, 159, 373
Bollini Shaw, Carlos	322
Botbol, José	366
Brown, Robert J.	182, 212, 213
buen gobierno corporativo	337
Bulygin, Eugenio	15, 21, 125, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 262, 272, 275, 385
Bunge, Mario	15, 22, 25
Butera, Antonio	49, 69, 70, 71, 73, 134

C

Cabanellas, Guillermo	388, 389, 428
capital de trabajo	305, 339

capital social	185, 189, 196, 200, 202, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 213, 270, 298, 299, 306, 307, 308, 310, 311, 312, 314, 315, 316, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 338
capitalización de intereses .	120, 132, 136, 137, 151, 154, 155, 358, 360, 362, 363, 364, 365, 366, 375, 376, 377, 378, 544, 555, 564
Cardahi, Choucri.....	36, 49, 64, 66, 87, 113, 114, 125, 126
Cicerón.....	22, 26, 29, 52, 53, 54, 382
Clark, Robert Charles	182, 207, 208, 307, 308, 309, 310, 312, 316, 318
Coase, Ronald.....	388, 389
Código Civil Alemán.....	135, 136
Código Civil Francés	354
Código Civil Italiano	30, 134, 364
Código de Hamurabi.....	35
Códigos antiguos de España	78, 265
Coloma, Germán.....	389, 390, 391, 392, 393, 398, 422, 441, 445, 446
compraventa	13, 26, 29, 71, 85, 86, 87, 96, 110, 131, 139, 159, 166, 221, 222, 223, 225, 226, 228, 231, 232, 233, 234, 236, 239, 247, 255, 256, 257, 258, 259, 263, 271, 272, 273, 274, 285, 290, 340, 371, 373, 449, 547, 549, 550, 553, 554, 561
Coombs, M. J.....	25, 26, 27
Corpus Iuris Canonici.....	67, 72, 128, 463, 471, 473, 491, 493, 496
costo promedio ponderado del capital (CPPC).....	338
CPPC.....	337, 338, 413
creación de valor.....	123, 330, 337
Crédito	11, 12, 17, 23, 33, 51, 52, 53, 58, 71, 73, 81, 84, 85, 88, 98, 104, 105, 108, 110, 121, 125, 130, 131, 134, 135, 136, 141, 151, 166, 167, 174, 178, 180, 182, 183, 186, 197, 204, 208, 221, 228, 231, 232, 234, 235, 236, 241, 242, 247, 249, 258, 261, 263, 271, 274, 277, 290, 291, 293, 294, 295, 297, 303, 307, 308, 316, 317, 318, 319, 323, 326, 328, 329, 339, 340, 342, 343, 347, 353, 354, 355, 357, 366, 367, 389, 393, 396, 397, 400, 409, 412, 418, 423, 424, 427, 431, 433, 440, 442, 443, 444, 446, 449, 450, 451, 452, 543, 552, 564

D

De Bono, Edward.....	19, 26
Delvasto, Carlos Andrés	394
depósito irregular.....	12, 72, 119, 241, 242, 243, 244, 261, 263, 271

Descuento	355
Deuteronomio	37, 38, 55, 461
Deya, Federico Sebastián	328
Di Cio, Alberto	344
Di Filippo, María Isabel	184
Domínguez, Ramón Joaquín	117, 563

E

Ecco, Humberto	276, 289
eficiencia financiera.....	330, 336
eficiencia operativa.....	330, 335
Enneccerus, Ludwig	133, 135, 136, 139
Escriche, Joaquín ..72, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 86, 87, 88, 92, 109, 112, 113, 117, 118, 119, 120, 133, 138, 164, 225, 243, 244	
Etchverry, Raúl Aníbal	175
Éxodo.....	461

F

Fargosi, Horacio P.	182, 184
Ferrater Mora, José.....	16, 17, 251, 288, 381
Fontanarrosa, Rodolfo O.	226
Fremery, A.....72, 77, 80, 81, 85, 99, 109, 121, 136, 164, 165, 166, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185, 187, 188, 197, 198, 199, 200, 201, 226, 235, 236, 238, 265	
Frenkel, Roberto	399
Fustel de Coulanges, Numa-Denys	42, 46

G

Gaibisso, Félix Angel	284
Galitz, Lawrence.....	239
García C. Héctor.....	36, 43, 44
Garrigues, Joaquín	167, 235, 236
Garzón Valdez, Ernesto F.....	283
Gayo	161, 169, 170, 171, 279
Gerscovich, Carlos G.....	325

Ghigliani, Alejandro M.....	15
González Padilla, Gustavo.....	398
Gorla, Gino	162, 163
Grocio, Hugo	92, 94, 95, 96, 97, 114, 192
Grondona, Mariano.....	381, 382
Guerra, Aloysii	113, 318, 429, 499
Guibourg, Ricardo A.	15, 182, 250, 288

H

Halperín, Isaac	175
Hart, Herbert L. A.....	26, 182
Hemard, Joseph.....	166
Hesíodo	40, 42, 43, 44
Hierro S. Pescador, José	251
Hospers, John.....	22, 379, 380

I

información asimétrica	319, 390, 391
infracapitalización.....	323, 325, 327, 328, 329, 338, 339
interés puro	143, 150, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 351, 397

J

Jaeger, Werner	16, 17, 18, 39, 41, 44, 46, 47, 48
Jaffe, Jeffrey	304, 305, 323, 330, 331, 334, 337, 343, 344

K

Kennedy, Paul.....	114
Kipp, Theodor.....	133
Kluger, Viviana.....	293, 388, 395
Konzevik, David.....	149, 347

L

Langer, William L.	39, 50, 51, 57, 67, 68, 69, 70, 78, 79, 80, 81, 106, 107, 108, 111, 112, 130
Lara Peinado, Federico	35

Larenz, Karl	24, 28, 274
Le Goff, Jacques	64, 65, 71, 74, 75, 176
Le Pera, Sergio .	18, 21, 22, 24, 26, 27, 28, 31, 32, 80, 95, 136, 137, 172, 174, 176, 181, 183, 184, 185, 186, 190, 197, 206, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 227, 228, 229, 231, 247, 252, 253, 265, 267, 270, 298, 318, 319, 322, 324, 325, 327
leasing	12, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 247, 259, 276
Levítico	37, 55

LI

Llambías, Jorge Joaquín	184, 281, 342, 434, 435
-------------------------------	-------------------------

L

Loiseleur Deslongchamps, A.,	36
López Muñiz Goñi, Miguel	27

M

Manning, Bayless	207, 208, 298, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322
Manóvil, Rafael	314
Mariconde, Osvaldo	142, 153, 342, 374
Mariotto, Liliana Bernardita	236
Martínez Alcubilla, Marcelo	78, 79, 509, 513, 517
Martínez Marina, Francisco	78, 79, 83
Martino, Antonio	26, 27, 28, 32, 96, 254, 265, 275, 277, 468, 485, 489, 502
Mason, Edward	201
Max, Herbert B.	37, 57, 90, 128, 212, 213
Merryman, John	67, 80, 253, 384, 385, 386, 387
Messa	51, 52, 53, 62, 68, 70, 71, 72, 73, 84, 120, 132, 133, 134, 242, 243, 244
Messa XE "Messa" , Gian Carlo	51, 52, 53, 62, 68, 70, 71, 72, 73, 84, 120, 132, 133, 134, 242, 243, 244
Messineo, Francesco	73, 167, 168, 226, 236, 239, 245
Migueléiz Domínguez, Lorenzo	128
Mises, Ludwig, von	102, 124, 125
Model Business Corporation Act	313, 321, 322

Moisset de Espanes, Luis.....	142
Molinario, Alberto D.	24, 25, 143, 149, 342, 343, 344, 345, 346, 380, 381, 397, 439
Monlau, Pedro Felipe.....	117
Montesquieu, Charles	50, 51, 52, 53, 100, 111, 163
Morello, Augusto M.	342, 435
Mosset Iturraspe, Jorge.....	421, 427, 435

N

Novak, Joseph D.	19
-----------------------	----

O

obligaciones financieras. 12, 13, 157, 160, 170, 172, 186, 221, 226, 232, 234, 236, 237, 239, 241, 257, 261, 270, 271, 277, 290, 291, 293, 294, 295, 297, 327, 328, 329, 340, 373, 433, 444, 447, 452	
Oks, Daniel	398
Olivera García, Ricardo	322
oportunismo contractual	350, 354, 391, 440, 441, 442, 443, 444
Ortolán, M.....	50

P

Paolantonio, Martín Esteban.....	293, 320, 323, 327
Pascal, Blaise	98
patrimonio neto.....	209, 299, 302, 303, 310, 313, 324, 325, 327
Perelman, Chaim.....	24
Piaggi, Ana Isabel.....	370, 387, 388, 432, 433, 546, 547
Pirene, Henri.....	63, 73, 74, 81, 85
Planiol, Marcel.....	131, 132, 137
Platón	16, 17, 18, 22, 23, 24, 39, 47, 48, 54, 288, 450
Plutarco	45
Pont, Paul.....	166, 167, 502
Poratti, Armando.....	41, 42, 43, 46, 47, 48
Pothier.. 55, 56, 64, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 77, 78, 85, 86, 87, 97, 98, 99, 100, 101, 107, 108, 109, 110, 116, 123, 161, 164, 165, 174, 177, 178, 179, 181, 189, 190, 191, 192, 193, 224, 226, 234, 237, 238, 280, 353	

Q

Quian, Roberto J.....299, 302, 303, 318, 319, 417

R

Ragazzi, Guillermo.....314

Rawls, John.....395, 396, 418

Reale, Giovanni16

renta11, 12, 13, 33, 44, 73, 74, 76, 97, 108, 110, 112, 124, 127, 150, 157, 158, 160, 224, 233,
234, 258, 274, 290, 295, 297, 328, 340, 341, 342, 343, 346, 349, 351, 353, 366, 367, 368, 376,
377, 412, 452, 493, 494

rentabilidad sobre los activos (ROA)330, 331, 333, 334, 335, 413, 418, 419, 421, 424

rentabilidad sobre los recursos propios (ROE).....331, 333, 334, 335, 396, 413, 421, 424

riesgo moral319, 390, 391, 392, 393, 394, 397, 415, 439, 441, 444

Ripert, George131, 132, 137

Rippe, Siegbert328, 329

Rodino, Luigi.....174

Ross, Alf.....182, 304, 305, 323, 330, 331, 334, 337, 343, 344

Ross, Stefan182, 304, 305, 323, 330, 331, 334, 337, 343, 344

Rotman, Rodolfo B.....25, 141, 546, 547

Rovira, Alfredo.....314

Russell, Bertrand251

S

Sabine, George H.....115, 264, 265

Salmos461

Samuelson, Paul102, 124, 125, 342, 397, 424

San Millán, Carlos.....314

Santo Tomás de Aquino ..55, 56, 57, 64, 65, 71, 92, 94, 96, 99, 106, 113, 114, 176, 222, 353, 383

Schulz, Fritz.....23, 161, 163, 164, 169, 170, 172, 183, 200, 221, 241, 242, 263

Sclopis, Frédéric265

selección adversa391, 393, 415

Siperman, Arnoldo22, 23, 39, 382, 383, 384, 444

Sixto V (papa).....110, 111, 114, 118, 177, 192, 497, 502, 503

Sociedad.....	12, 13, 22, 27, 30, 32, 40, 42, 47, 61, 63, 65, 73, 75, 78, 85, 86, 88, 90, 98, 110, 111, 113, 118, 126, 159, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 236, 247, 255, 264, 265, 266, 267, 268, 270, 271, 274, 275, 287, 290, 294, 297, 298, 300, 303, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 330, 337, 338, 339, 340, 341, 377, 381, 382, 388, 395, 429, 442, 449, 499, 501, 502, 503, 504
Sohm, Rodolfo	58, 67, 70
Solá Cañizares, Felipe de... ..	169, 181, 182, 184, 186, 188, 189, 191, 197, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 211, 212
Spector, Horacio	395
Spota, Alberto G.	37, 113, 128, 140, 435
Stevenson, Charles L.	90, 91, 379, 380
Suárez Anzorena, Carlos	310

T

Tácito	50
tasa efectiva	366, 367, 368, 376, 377, 378, 414
tasa fija.....	144, 148, 412, 413, 418, 419, 423, 424, 425, 426, 439, 551, 555
tasa variable	424, 425, 426, 427, 431, 433, 434, 438, 439, 541
tasas activas	144, 152, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 367, 368, 369, 374, 401, 411, 429, 443, 541, 543, 546, 547, 548, 550, 553, 563
tasas adelantadas.....	354, 356, 357
tasas de interés ...	12, 25, 36, 49, 50, 51, 53, 58, 75, 76, 77, 83, 103, 114, 118, 120, 130, 131, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 152, 154, 160, 285, 295, 320, 333, 334, 336, 337, 339, 341, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 355, 357, 359, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 376, 378, 379, 380, 381, 386, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 445, 446, 447, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 558, 559, 561, 562, 564, 565
tasas pasivas	140, 144, 150, 151, 152, 153, 343, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 369, 402, 410, 426, 429, 430, 442, 443, 541, 542, 549, 553, 559, 560, 562
tasas vencidas.....	356

Tasic, Vladimir	252
Tavano, María Josefina.....	388, 389
Tavarone, Marcelo R.....	325
Thaller, Edmond ...	85, 171, 172, 173, 174, 177, 183, 188, 192, 193, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 210
Toffler, Alvin.....	159
Trocchi, Antonio M.....	342
Troplong, Raimundo Teodoro	37, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 62, 63, 64, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 92, 95, 98, 99, 108, 109, 110, 112, 115, 116, 117, 120, 121, 126, 127, 128, 129, 130, 161, 163, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 222, 224, 225, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 244
Turgot	56, 100, 101, 102, 103, 105, 123, 124, 129, 141, 161, 162, 163, 422

U

usura ...	25, 33, 37, 38, 39, 54, 56, 58, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 102, 103, 105, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 134, 135, 140, 141, 147, 148, 161, 165, 176, 222, 226, 234, 244, 263, 341, 368, 373, 374, 379, 422, 427, 455, 456, 458, 460, 463, 465, 466, 467, 468, 469, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 483, 484, 487, 491, 492, 496, 497, 502, 503, 507, 510, 524, 527, 545, 547, 548, 552, 554, 556, 559, 561, 562, 563
-----------	--

V

Verón, Alberto	206, 298, 316
Vidal-Naquet, Pierre.....	42, 49
Von Wright, Georg Heinrich.....	15, 125

W

Wainstein, Mario	319
Warat, Luis Alberto	253, 385, 386
Weber, Max	37, 57, 90, 91, 128
Westerfield, Randolph W.....	304, 305, 323
Wolf, Martin	133
Wright, Georg Heinrich XE "Von Wright, Georg Heinrich" , Von	15, 125

Z

Zaldívar, Enrique	314
Zavala Rodríguez, Carlos Juan	167, 199, 229

