

El Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho intertemporal

Gastón Augusto ZAVALA

Artículo 3 Cód. Civil.

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán **aun** a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, **salvo** disposición en contrario.

La retroactividad establecida por la ley **en ningún caso podrá** afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias. (Texto según Ley 17.711).

Artículo 7 CCyCN.

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, **excepto** disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley **no puede** afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, **con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.**

I. Introducción.

El nexo integrador entre la plataforma jurídica derogada por la Ley 26.994 y el Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante el CCyCN- que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 es, como norma general de *derecho transitorio*, el artículo 7º del citado Código.

De una simple lectura del precepto, surge nítidamente su identidad con el artículo 3º del Código Civil (texto según Ley 17.711) –en adelante el C.C.-, salvo el agregado final que reza “con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Cuatro son las reglas que establece el precepto legal en su interpretación de la ley frente a las situaciones o relaciones jurídicas.

1. Aplicación o efecto inmediato de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso (art. 7º párr. 1).
2. Principio de irretroactividad, salvo disposición legal en contrario (art. 7º párr. 2).
3. Cuando se dispone la retroactividad de una ley, se le impone como límite los derechos amparados por la Constitución (art. 7º párr. 2).
4. Inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad. Con el agregado que opera como excepción a esta regla –o como quinta regla-, que es la aplicación de las nuevas normas supletorias a los contratos en curso, cuando éstas resulten ser más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

II. Génesis del art. 7º CCyCN

El art. 3º del Código Civil, fue incorporado por la reforma del año 1968 mediante el Decreto Ley 17.711 y calificado de inobjetable teóricamente por la doctrina especializada. Reconoce como fuente la Recomendación nº 1 del III Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961, basada en una ponencia del Dr. Guillermo Borda, quien sintetiza en su trabajo las conclusiones a las que arribó el profesor de Lyon Paul Roubier¹.

La única diferencia entre el artículo 3º y la Recomendación del III Congreso Nacional de Derecho Civil se registra en el apartado final destinado a las normas supletorias, qué si bien Borda lo plantea en la ponencia originaria el despacho mayoritario de la Comisión del Congreso no lo aceptó. Aun así, conservó su posición científica y conquistó en primer lugar un apoyo en disidencia en dicho congreso y *la última palabra* reflejada en el proyecto sancionado como Ley 17.711.²

La reforma del año 1968 incidió en una décima parte del articulado del Código Civil, modificándolo, incorporando institutos o figuras; amalgamándose sobre el andamiaje interno que el cuerpo normativo tenía. Aun así, los inconvenientes que ocasionó la hermenéutica del nuevo sistema jurídico, quedaron expuestos en la actividad de aquellos magistrados que se pronunciaron frente a casos concretos de manera disímil.

Ello desnudó la difícil tarea de reflejar en un pronunciamiento judicial, la interpretación de una ley que pendulaba de la irretroactividad por una parte a los efectos inmediatos por otra, sustentados en un único precepto –extremadamente sintético para la ambición que conllevaba- y en una doctrina foránea, brillante si se quiere, pero que no era lógicamente derecho positivo.

Aquella experiencia resultará enriquecedora y útil para nutrir de fundamentos, indagar en interpretaciones y encontrar soluciones, a fin de comprender y aplicar la nueva normativa de derecho privado. No obstante ello, el contexto que se advierte en los primeros pronunciamientos judiciales y en la doctrina, evidencian diversidad de criterios -como también los hubo luego de la reforma del año 1968³-.

¹ Roubier, Paul: “Les conflits des lois dans le temps”, Sirey, París, 1929. Reelaborada en 1960, bajo el título “Droit transitoire”.

² En el IV Congreso Nacional de Dcho. Civil (Córdoba, 1969) varios autores adhirieron al agregado final del artículo 3º como por ej. Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Pardo, Leonfanti, Nieto Blanc, López de Zavalía, entre otros.

³ Obsérvese el apasionamiento técnico y jurídico que generó aquella reforma, que transcurridos 7 años de vigencia de la ley 17.711, continuaba abierto el debate y suscitó el sucesivo y acalorado intercambio de comentarios entre Guillermo Lorenzo Allende y Guillermo A. Borda. Allende procuraba la vuelta sin más al Código de Vélez, dejando sin efecto la parte pertinente al derecho transitorio de la reforma, además de sostener que la verdadera posición de Paul Roubier había sido *deformada por los reformadores* interpretándolo erróneamente o tergiversando su pensamiento en un 100% (Allende, Guillermo L., “Art. 3º del Código Civil: Volver al Código de Civil”, L.L. 1977-A-703). Amplía luego sus críticas en otra publicación intitulada “Sobre el art. 3º del Código Civil: El contrato y las leyes transitorias (Sobre una réplica del Doctor Borda)”, L.L. 1977-B-857. Borda sostiene que el estilo punzante característico del Dr. Allende, se vio traicionado por su *travesía pluma*, que atacó duramente al art. 3º del C.C. y sus inspiradores, llevando el debate a un *terreno personal en el que nunca debió deslizarse*

Pero tampoco los precedentes y enjundiosos trabajos de investigación que se elaboraron respecto a la transitoriedad de las leyes, durante el último cuarto del siglo pasado nos dan la solución a la problemática que evidencia el artículo 7º. La razón es evidente. La reforma del año 1968 estructuró una normativa transitoria de ley a ley (conf. art. 3 del Código Civil), porque la ley 17.711 se introducía en una plataforma normativa en curso, incorporando cambios trascendentales, pero en definitiva cambios de ley a ley. El contexto normativo actual es notoriamente diferente al de entonces y por eso resulta insuficiente por la multiplicidad de situaciones que se pueden devengar por la transición que conlleva la derogación del Código Civil y del Código de Comercio a un único ordenamiento de derecho privado, que en varios casos implica no un cambio de ley a ley sino de ley a silencio.

La realidad normativa expone que la única disposición general de derecho transitorio es el remozado art. 3º del Código Civil según la redacción dada en 1968, hoy como artículo 7º del Código Civil y Comercial de la Nación. Rivera califica de *raquítico* este precepto y sostiene que no está previsto para dar solución a los conflictos de leyes que pueden suscitarse a partir de la aplicación del Código Civil y Comercial, sino que se lo utilizará porque no hay otra norma útil. Agrega que más débil aún es su posición, si se considera que no hubo una adecuación de las normas procedimentales, por lo que propone dictar un cuerpo de normas de derecho transitorio.⁴

En países como Italia o España se conformó al momento de la sanción de sus actuales Códigos un listado más o menos exhaustivo de normas específicas que trataron de dar solución a los distintos conflictos que podían desencadenarse con la aplicación del nuevo ordenamiento. Kemelmajer afirma que estos listados suelen ser incompletos y si por ejemplo se toma el caso del Código Civil italiano de 1942, varias de las disposiciones incluidas en el apéndice de normas transitorias fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de ese país por sentencia del 16 de febrero de 1963.⁵

Para Bono, el nuevo Código no se puede vincular con el sistema que proporciona un vademécum de soluciones particulares, pero tampoco con aquél que suministra normas generales que indiquen la aplicación del viejo o del nuevo ordenamiento; aunque reconoce que se aproxima más a ésta última variante, a partir del art. 7º CCyCN conjugado con el art. 2537 en materia de prescripción.⁶

III. El derecho transitorio para el caso no previsto

El artículo 7º CCyCN no prevé en qué situación se encuentran aquellas situaciones o relaciones jurídicas que antes contaban con un tratamiento legal específico y ahora se

(Borda, Guillermo A.: “Sobre el art. 3º del Código Civil [A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende]”, L.L. 1977-B-737 y “Sobre el Art. 3 del Cód. Civil [Punto final a una polémica]”, L.L. 1977-C-755.

⁴ Rivera, Julio César: “Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso). L.L. 04/05/2015. AR/DOC/1424/2015.

⁵ Bono, Gustavo A.: “El artículo 7º frente a los derechos reales: esquema general y consideraciones por usucapión y por donación”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2015-1, p. 333. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 2015; Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, p. 64. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 2015.

⁶ Bono, Gustavo A.: ob. cit. “El artículo 7º ...”, p. 335.

hayan en un desamparo normativo⁷, o con soluciones copérmicamente diferentes como lo sostiene Medina⁸. Sin olvidar que no se han dispuesto normas específicas de derecho transitorio aplicables a la reforma introducida a la ley 19.550, ahora denominada Ley General de Sociedades, por lo que habrá que recurrir –además del art. 7º- a los criterios seguidos en la materia por la citada ley de sociedades y sus reformas, que posee un sistema intrínseco que genera un verdadero derecho de categoría que requiere de una interpretación propia.⁹

III.1. Vacío normativo y cobertura judicial.

Mucho preocupa a los intérpretes del derecho, la actitud que corresponde adoptar frente a aquellas situaciones o relaciones jurídicas que no se reflejan en ninguna disposición del nuevo ordenamiento de derecho privado; es decir, allí donde se cae en los vacíos o lagunas del derecho (casos no previstos o indeterminación involuntaria).

Esta preocupación no es caprichosa, sino que es eminentemente técnica y literalmente jurídica. Es el propio Código Civil y Comercial, quien se presenta con una contundente expresión “Los casos que este Código rige...” (art. 1º) y que a continuación agrega que eventualmente serán resueltos –interpretados- por el juez mediante *decisión razonablemente fundada* (art. 3º). Esta orientación definida que se le da a la estructura jurídica, se reafirma con los fundamentos que la motivan, al decirse que “el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”, situación que entonces se avizoraba desde su génesis, más aún si se reconoce la preferencia de “... incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial”.¹⁰

La *misión primaria* del derecho no reside en impartir pautas a los jueces para resolver los casos –sin perjuicio de su conveniencia-, sino en generar reglas destinadas a ordenar las conductas de los ciudadanos a fin de evitar que esos casos lleguen a los jueces. Esta regulación austera, que suprimió una serie de reglas de conductas dirigidas a los ciudadanos, hace que éstos no puedan anticipar con certeza si su conducta es o no eficaz, aunque pueda presumirse su permisividad (conf. Art. 19 C.N.).¹¹

⁷ Por ej. no hay tratamiento normativo intertemporal para el divorcio subjetivo y objetivo, una regulación para las sociedades civiles, o respecto a cómo proceder en los juicios en trámite.

⁸ Medina, Graciela: “Efectos de la ley con relación al tiempo en el proyecto de Código”. L.L. 2012-E-1303.

⁹ Vítolo, Daniel Roque: “Derecho transitorio aplicable a las sociedades”. L.L. 10 de junio de 2015. AR/DOC/1540/2015.

¹⁰ Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial. III.3.

¹¹ Hans Kelsen afirma que no existen lagunas del derecho atendiendo a que lo que no está prohibido está permitido, “Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del Derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el Derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del Derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el Derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El Derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente.

¿Acaso este vuelco sistemático en la legislación, no nos permite interpretar, en combinación con la supresión del art. 22 C.C., la adopción de un sistema abierto?¹² Recordemos que el art. 22 C.C. predicaba que “lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”. Esta disposición respondía a un sistema de legislación cerrada (clausura del sistema), donde el Código Civil regía en plenitud y exclusividad todo lo relativo a dicha rama del derecho, mientras que los vacíos debían cubrirse de acuerdo a lo allí también previsto y no por leyes anteriores.

Cossio expresaba que el juez que juzga sin norma positiva que lo regule, creando la norma individual de la sentencia al margen de la lógica del deber ser (con lo cual semejante sentencia no debería ser) y enunciando la sentencia, *a posteriori* de los hechos, el principio regulador general que en teoría y como fundamento, ha de preceder a la sentencia, genera un verdadero contrasentido lógico que destruye la posibilidad de construcción dogmática que puede considerarse dotada de jerarquía científica.¹³

López de Zavalía critica la plataforma normativa sancionada; sostiene que mientras sus autores se precian de haber constitucionalizado el derecho privado, no lo han respetado y la solución que proponen en este tema, resulta ser violatoria de los art. 16 y 75 inc. 12 de la Carta Magna. Del primero, porque la deliberada supresión de soluciones normativas aplicables, ha de incrementar el riesgo potencial de que dos ciudadanos juzgados por jueces diferentes, obtengan soluciones desiguales para casos substancialmente iguales. Y del art. 75 inc. 12 porque la Constitución quiere un solo y mismo Código para todo el territorio y no uno distinto para cada juzgado.¹⁴

III.2. La costumbre y el derecho.

Por la indeterminación involuntaria en la que incurre el nuevo ordenamiento, cobran relevancia los usos, prácticas y costumbres para regir las situaciones jurídicas desamparadas de una regulación expresa.

La costumbre es la forma espontánea e inmediata de expresión del derecho, en tanto que la ley es la forma mediata, reflexiva y consciente.¹⁵ Luego de la imposición cultural de la ley escrita, en especial de los códigos, cuyo orden jurídico reclamaba una gran dosis de seguridad por la densa trama que constituyen las relaciones jurídicas, la costumbre vio reducida su influencia regulatoria a zonas estrechas, reflejadas por la jurisprudencia –*usus fori*–.

¹² Conf. Rabbi – Baldi Cabanillas, Renato en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigido por Rivera, Julio C. – Medina, Graciela, T. I, p. 65. La Ley. Buenos Aires, 2014.

¹³ Cossio, Carlos: “El problema de las lagunas del Derecho” cita de López de Zavalía, Fernando: “El nuevo Código Civil y Comercial: El derecho transitorio (Silencios de la ley y la subsistencia de reglas previstas en textos ya derogados”. <http://www.acaderc.org.ar/el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-el-derecho-transitorio>.

¹⁴ López de Zavalía, Fernando: ob. cit. “El nuevo Código ...”.

¹⁵ Para Llambías –citando a R. de Ruggiero– la costumbre consiste en la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica. Llambías, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho Civil – Parte General, 12º ed., t. I, p. 68. Perrot. Buenos Aires, 1986.

La costumbre cuenta con un elemento *objetivo* constituido por la serie de actos semejantes, uniformes y constantemente repetidos del hecho configurativo, no por ciertos sectores sociales sino por la población en general, durante un cierto tiempo – sin que sea posible especificar lapsos o períodos que demanda el proceso de constitución de la costumbre.¹⁶ Mientras que el elemento *subjetivo* está dado por la convicción de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica.

Cuando se sanciona el Código Civil en 1869, era opinión corriente que la costumbre no constituía fuente del derecho; admitirla implicaría introducir la incertidumbre en un país tan vasto territorial y socialmente, además de confundir la teoría constitucional de la separación de los poderes, ya que la función de dictar la ley corresponde exclusivamente al Poder Legislativo y aceptar la costumbre conllevaría la posibilidad de que el pueblo elabore o modifique determinadas leyes.¹⁷ De esta manera, el art. 17 C.C. impuso que “el uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”, como también aclaró que las leyes solo podían ser derogadas por otras leyes.

Un siglo después, la ley 17.711, modifica el art. 17 del Código Civil, dándole fuerza legal a los usos y costumbres en situaciones no regladas legalmente, además de aquellas situaciones donde la ley se refiera a ellos, receptándose así la influencia de la escuela histórica –en particular la escuela histórica alemana-, que estimó la costumbre – conciencia común del pueblo- como fuente o fundamento esencial del derecho.¹⁸

III.3. Especies de costumbre.

Existen tres especies de costumbre, la *secundum legem*, la *praeter legem* y la *contra legem*. La primera es la norma consuetudinaria que deriva su vigencia de una disposición legal; en este orden podemos asociar al art. 1 CCyCN cuando dispone que “... los usos, prácticas y costumbres son vinculantes, cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos...”.

La costumbre *praeter legem* es la norma consuetudinaria que rige una situación no prevista por la ley, situación que también es reconocida por el artículo inicial del nuevo Código cuando predica que “... los usos, prácticas y costumbres son vinculantes, ... en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.”

Y la costumbre *contra legem* que es la constituida en contradicción a la ley. El pensamiento racionalista no reconocía valor alguno a la costumbre formada en desmedro de la ley.

III.4. La costumbre en el Código Civil y Comercial.

¹⁶ El derecho canónico fijaba un plazo mínimo de 10 años si se traba de costumbres *praeter legem* y de 40 años si se traba de costumbres *contra legem*. Llambías, ob. cit. “Tratado ...”, p. 69.

¹⁷ Conf. Acuña Anzorena, Arturo: “Reflexiones sobre la ley 17.711 de reformas al Código Civil”. L.L. Tomo 130, p-. 1085.

¹⁸ Para Gény –citado por Llambías- la costumbre *praeter legem* reviste el valor de fuente del derecho. Llambías, Jorge J., ob. cit. “Tratado ...”, p. 73.

Como lo anticipáramos el art. 1 del Código Civil y Comercial recepta expresamente las dos primeras especies de costumbre (*secundum legem* y *praeter legem*), como fuente del derecho. Es esta costumbre afincada bajo las aguas centenarias del Código Civil, la que habrá de mantenerse en pie, como principio esencial a la par del marco normativo vigente -que no abriga pretensiones de completitud- y que por eso le da cabida.¹⁹

Es la costumbre, como fuente formal admitida expresamente –junto a la ley- por el Código Civil y Comercial –al igual que lo que acontece en los países del “common law” o derecho consuetudinario-, la que actuará como generadora de reglas de conducta y que paradójicamente estará contenida en una obra documental que operará a modo de *compilación de costumbres*.

Cómo se puede advertir, hay aquí un apartamiento razonable entre la solución adoptada por Vélez en el art. 17 de su obra maestra y el tenor del art. 1 del actual Código. El fundamento es evidente; mientras en aquél tiempo era menester apartarse de la carga histórico normativa –y extraña- que *reinaba* a la población de las Provincias Unidas del Río de la Plata, la realidad contemporánea nos posiciona frente a una nutrida base jurídica específicamente creada, oportunamente sancionada por el Congreso patrio y aggiornada para toda la población que habitó en el suelo argentino durante casi un siglo y medio, que se amalgamó a nuestra costumbre, conformando un derecho en el que no solo será oportuno abreviar sino conveniente acudir para encontrar respuesta a diversas situaciones jurídicas que se podrán suscitar.

Sin perjuicio de la preocupación que genera la omisión de ciertos tratamientos legislativos, nos congratulamos por haberse dado cabida expresa a los usos, prácticas y costumbre en el nuevo ordenamiento jurídico porque nos permitirá acudir a la magistral obra de Vélez no solo como doctrina sino como esbozo documental de estas fuentes.²⁰

IV. Temporalidad de la ley

Una ley puede adquirir vigencia desde su sanción (vigencia inmediata) o dentro de cierto tiempo (vigencia diferida). Tanto el Código Civil como el Código Civil y Comercial se estructuraron en un sentido unívoco al considerar que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial –salvo que se determine una fecha específica²¹–.

¹⁹ Dice Llambías: No ha de pensarse que tales principios generales imperan por la sola fuerza de su lógica estructura, sino por su prudente apreciación de que el caso planteado ha de juzgarse comprendido en el ámbito de su vigencia: el derecho no es un panlogismo, sino una ordenación justa de la sociedad que rige los hechos humanos conforme a la efectiva previsión de los mismos. De ahí que cuando se advierta que los hechos ocurridos no han sido realmente previstos por la ley, no resulta legítimo procurar un forzado regimiento legal de ellos, fiando en la sola fuerza lógica de los principios generales. En tales casos es más prudente reconocer la laguna legislativa y dejar obrar a las otras fuentes del derecho entre ellas la costumbre *praeter legem*. Llambías, Jorge J. Ob. cit. “Tratado ...”, p. 74.

²⁰ El art. 5º del Anteproyecto de Código Civil de 1954 establece: “Los jueces no pueden abstenerse de juzgar en supuesto alguno. Si la cuestión controvertida no pudiera decidirse por aplicación de norma legal, consuetudinaria o emanada de tribunal de casación, se atenderá a los principios generales del derecho y a las exigencias de la equidad teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

²¹ Por ej. el art. 7º de la ley 26.994, estableció que el Código Civil y Comercial de la Nación entraría a regir a partir del 1 de enero de 2016, pero mediante ley 27.077 publicada en el B.O. el 19 de diciembre de 2014, se dispuso que entraría a regir a partir del 1 de agosto de 2015.

Estos días, contados desde su publicación, representan un lapso eminentemente tan breve que fácticamente podría considerarse que es de aplicación inmediata, sin entrar en la evaluación –y crítica- del tiempo que puede considerarse mínimamente conveniente o apropiado para poner en vigencia un nuevo código de derecho privado.²²

Las normas tienen indefectiblemente una vida finita en el tiempo, en ocasiones su vigencia es ínfima o circunscripta a una determinada finalidad y en otras su vigencia se prolonga por extensos períodos.

Esta temporalidad hace que aquellos hechos, conductas, actos, situaciones que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o que para su realización o ejecución, liquidación o consumación demandan un período relativamente extenso -al igual que sus consecuencias-, hace que eventualmente puedan verse regidos por distintas normas (al nacer, al concertarse o al inicio caen bajo el imperio de una norma y al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias de aquellas relaciones o situaciones jurídicas en otra o sucesivas normas).²³

Corresponde advertir también como determinadas relaciones jurídicas pueden considerar el tiempo de una manera espiritual o jurídica, noción ésta que cobra relevancia frente a la retroactividad de la ley. López de Zavalía -siguiendo a Bonnecasse (*Suplement*)- lo clasifica en pasado material, que es el pasado del mundo físico -que se mide por relojes- y el pasado jurídico, moral o espiritual que abarca todo el pasado material, pero que también lleva en sí parte del futuro físico.²⁴

Roubier –según Moisset de Espanés²⁵- señala que hay situaciones jurídicas sometidas a un “estatuto legal”, que a su entender son situaciones que tienen una base material y concreta, a las que le es aplicable la concepción del tiempo físico y que en ese campo el efecto inmediato de las leyes no resultaría contrario al principio de irretroactividad. Y que en cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales, ellas tienen una base “ideal y abstracta” en la que le es aplicable una concepción intelectual del tiempo, de allí que se sostenga que deben ser regidas por la ley del momento de celebración del contrato. Si bien el contrato se proyecta en el tiempo material, desde su constitución hasta su extinción con sus contenidos y efectos, forma un todo conceptualmente único como si idealmente tuviera un solo tiempo. Ello es lo que conlleva que deba sometérselo como una única ley, a la ley del momento de su celebración, y las leyes posteriores no pueden afectarlo aunque esté en curso de ejecución –salvo que estén dotadas de efecto retroactivo-.

²² Ver Rivera, Julio César: ob. cit. “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso). Junyent Bas, Francisco: “El derecho transitorio. A propósito del art. 7º del Código Civil y Comercial”. L.L. 2015-B-1095. López de Zavalía, Fernando: ob. cit. “El nuevo Código ...”.

²³ Morello, Augusto M.: “Eficacia de la ley nueva en el tiempo”, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil. Parte General, p. 59. Edit. Platense. La Plata, 1971.

²⁴ Esta es la noción de tiempo relevante a la aplicación de la retroactividad. López de Zavalía, Fernando J.: “Irretroactividad de las leyes”. La Ley T. 135, p. 1485.

²⁵ Moisset de Espanés, Luis: “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil – Derecho transitorio)”, p. 27. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba. 1976.

Empleemos un ejemplo histórico en la materia.²⁶ Se celebra un contrato de mutuo por cinco años, con una tasa de interés anual del 10%. A los tres años, cuando ya se han pagado dos anualidades y devengada la tercera, se dicta una ley que prohíbe toda tasa de interés superior al 6% y que dispone para las que la superen su reducción a éste dígito. En relación a esta nueva estructura normativa, caben cuatro respuestas:

1. La nueva ley no se aplica a ninguna anualidad.
2. La nueva ley impera sobre las dos que lleguen a devengarse después.
3. La nueva ley regula esas dos y también la que se adeudaba al entrar en vigencia.
4. Gobierna las cinco anualidades, de tal modo que el acreedor no sólo no cobrará más el 10%, sino que deberá devolver lo que ha percibido en exceso.

Para la noción del tiempo espiritual, en las tres últimas variantes, se estaría ante una ley retroactiva. Será retroactiva en primer grado o atenuada, si solo gravitase sobre las anualidades que se devenguen después de la entrada en vigencia de la nueva ley (para la noción del tiempo material o pasado físico, esto no es retroactividad sino *efectos inmediatos* de la ley)²⁷; retroactiva en segundo grado o más intensa, si incide sobre la anualidad devengada pero aún no percibida; y retroactiva en tercer grado o más radical si alcanza incluso las percibidas obligando a devolver.

En esta concepción del tiempo espiritual se inspiró Vélez en la elaboración de los arts. 3 y 4044²⁸ de su Código Civil, para los derechos adquiridos; aunque fue justamente la dificultad existente para definir lo que es un derecho adquirido, a los fines de distinguirlos de los de mera expectativa y de la facultad no ejercida, lo que desencadenó su objeción.

Ese cambio legislativo puede traer aparejada una colisión normativa y es allí donde cobran virtualidad las disposiciones de **derecho transitorio**. Son normas de derecho formal, cuya finalidad es prever que norma habrá de aplicarse ante la colisión de las disposiciones *derogadas* y las que se incorporan al ordenamiento jurídico. Escapa a la voluntad de los sujetos elegir la ley que regirá la situación jurídica -excepto el supuesto de normas supletorias- porque se trata de una cuestión de derecho (*iura novit curia*). Ellas no regulan de manera directa la situación fáctica, real, concreta, sino que se limitan a remitir a la norma aplicable.

Vélez Sarsfield en la nota al art. 4044 ilustra que “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos

²⁶ Savigny (“Sistema”), CCCLXXXV, citado por López de Zavalía, Fernando J.: ob. cit. “Irretroactividad ...”.

²⁷ La aplicación inmediata de una ley que reduzca la tasa de interés, es coherente con la doctrina de Roubier cuando se trata de una obligación causada en un hecho ilícito o cuando las partes de un contrato se hubieran remitido a una tasa legal.

²⁸ **Art. 3 C.C.** (Derogado por Ley 17.711). Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos.

Art. 4044 C.C. (Derogado por Ley 17.711). Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos.

Art. 4045 C.C. (Derogado por Ley 17.711). Las leyes nuevas deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que aún no hubiesen ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno.

defectos van a corregir. La nueva ley deberá entonces ser aplicada aun a las consecuencias de los hechos anteriores, que sólo son meras expectativas y no derechos ya adquiridos”. El cierre de este párrafo por el genio jurídico de Vélez, nos advierte que no siempre será la nueva ley la que habrá de aplicarse frente a situaciones jurídicas existentes (seguridad jurídica).

V. Ambito temporal de aplicación de la ley y el orden público.

Las relaciones o situaciones ya agotadas (*facta praeterita*), son regidas por la ley vigente. La norma existente al tiempo en que la relación jurídica se constituye es la que la regula de un modo exclusivo, “en homenaje a la exigencia de estabilidad” de esas relaciones –como lo calificaba Morello-²⁹. Las situaciones o relaciones pendientes (*in fieri* o en curso de ejecución o desarrollo) que no se agotan instantáneamente, son las que generan el inconveniente interpretativo al cambiarse la legislación.

Los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la nueva norma, quedarán regidos por esta última, aun cuando los haya generado una relación jurídica pre-existente. No se vulnera aquí el principio de la irretroactividad, por aplicación del efecto inmediato, que tiene vigencia para el futuro.³⁰

Una ley puede aplicarse a todas las situaciones que nazcan con posterioridad a su entrada en vigencia y sin embargo ser inconstitucional si se pretende regular con ella las situaciones ya existentes (Por ej. al sancionarse una ley que rebaje para el futuro todos los alquileres). Es importante no confundir la vigencia inmediata o diferida de los efectos inmediatos o diferidos que la misma puede tener.

V.1. Retroactividad.

La retroactividad es una ficción que proyecta la norma sobre hechos, conductas o derechos previos a su promulgación, tal como si hubiese estado vigente en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor.³¹ Habrá retroactividad cuando se pretenda aplicar la nueva norma a situaciones jurídicas o relaciones jurídicas constituidas o extinguidas bajo el amparo del Código Civil o del Código de Comercio o a efectos de una situación jurídica que se han producidos bajo la vigencia de la ley sustituida. La retroactividad implica suprimir o modificar *ahora* situaciones jurídicas

²⁹ Morello, Augusto M.: ob. cit. “Eficacia de la ley nueva ...”, p. 63.

³⁰ Por ej. El Código Civil establecía que los esposos se debían mutuamente cohabitación y fidelidad (art. 198 y 199). El Código Civil y Comercial no contempla el deber de cohabitación y el deber de fidelidad pasó a ser meramente un deber moral. Los esposos casados durante el régimen del Código Civil, si bien no dejarán de estar obligados a cohabitar y ser fieles, su falta a éstos deberes, no les significará incurrir en causales para declarar el divorcio por culpa –porque esta consecuencia tampoco existe-. Es decir, el acto o la constitución del matrimonio se habrá regido por el Código vigente a ese momento, pero es el Código Civil y Comercial el que se aplica de manera inmediata a los efectos del mismo a partir del 1 de agosto de 2015.

³¹ Morello define a la retroactividad en el campo jurídico; expresa que es la atribución a una norma o un hecho jurídico de los efectos o consecuencias que habría producido de haber estado vigente aquélla o haber existido éste, en un tiempo anterior a aquel en que efectivamente entró en vigor la norma o se produjo el hecho. Morello, Augusto M.: ob. cit. “Eficacia de la ley nueva ...”, p. 59.

preexistentes, a partir de una normativa posterior, configurándola de manera tal como si hubiera estado vigente en el pasado la nueva ley.

El principio de la irretroactividad de la ley se encuentra establecido en el art. 7º del Código.³² Si el legislador se arrogara el poder de gobernar el pasado e introducir modificaciones en lo ya acontecido que era legítimo por ser conforme a derecho, se caería en la más absoluta inseguridad jurídica.³³ Nadie estaría seguro de que lo que hoy realiza no pudiese quedar aniquilado por una ley posterior. El principio de irretroactividad de la ley protege la pacífica subsistencia de la sociedad humana.³⁴

Más allá del concepto de retroactividad, debemos analizar cuando una norma incurre en una retroactividad inconstitucional. Para Llavías la retroactividad o irretroactividad de una ley es asunto de prudencia legislativa, pero nos importa conocer el criterio teórico que nos oriente en el manejo del principio interpretativo, aunque este principio solo importará una directiva para los jueces.

López de Zavalía sostiene que una denominada “aplicación inmediata” de la ley no puede ultrapasar la frontera del derecho protegido por una garantía constitucional, amparada en ese puro ruido verbal, que terminará sacrificando en el altar de un fugitivo presente físico, todo un pasado espiritual definitivamente incorporado al patrimonio de sus titulares en el sentido definido por la Constitución Nacional.³⁵

V.2. Retroactividad y derechos adquiridos.

Antes de la reforma al Código Civil por la ley 17.711, el problema de la retroactividad de las leyes estaba ligada a la afectación de los derechos adquiridos –a diferencia de los derechos en expectativa-. Las situaciones difusas que atentaban contra la

³² Según Junyent Bas, el principio de irretroactividad tiene su origen en el derecho romano en una Constitución de Teodosio II del año 440, recogida en el Código de Justiniano y conocida como regla teodosiana, que lo formuló de una manera simple “*las leyes nuevas no alcanzan a los hechos pasados, ni aún a los que están en suspenso*”; con una limitación, el legislador podía retroaccionar la ley, si estaba de por medio el interés general. Junyent Bas, Francisco: ob. cit. “El Derecho transitorio. ...”.

³³ C.S.J.N., 21/8/22. Horta, José c/Hardindeguy, Ernesto. Si bien, en tesis general, el principio de la no retroactividad no es de la Constitución sino de la ley, y no liga al Poder Legislativo, el que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija, sin embargo, tal facultad de legislar hacia el pasado, no es ilimitada, y no puede en virtud de una ley nueva, arrebatarle o alterarse un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior, como es el del locador de exigir el precio convenido en un contrato celebrado con anterioridad a la nueva ley, durante todo el plazo de la locación. El acto de privar al locador, de una parte del alquiler que tiene derecho a exigir con arreglo al contrato, para beneficiar con ella al locatario, constituye una violación tan grave de la garantía que consagra el artículo 17 de la Constitución Nacional, como la que resultaría del hecho de despojar al propietario de una fracción del inmueble arrendado, para donarlo al inquilino. El poder para dictar las leyes, llámense éstas leyes de policía, de interés general o de orden público, se halla siempre sometido a la restricción que importa la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, y el principio de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos, contra una ley de orden público, aparte de ser una simple norma de origen legislativo que no puede primar sobre las garantías consagradas por la Constitución, no se refiere tampoco a derechos patrimoniales. El artículo 1º de la ley 11.157 aplicado cuando las partes se hallan vinculadas por un contrato de término definido, celebrado con anterioridad a su promulgación, es inconciliable con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución. Fallos 137:47.

³⁴ Llavías, Jorge J.: ob. cit. “Tratado ...”, p. 132.

³⁵ López de Zavalía, Fernando: ob. cit. “El nuevo código...”.

pretendida claridad del concepto, llevó a Roubier a elaborar la noción de la situación jurídica, término más abarcativo que relación jurídica por su idea de permanencia.³⁶

Se alude con derecho adquirido, a todo derecho que las leyes reconocen actualmente, y que está incorporado al patrimonio. Pero las ideas se confunden y empiezan a vacilar cuando, ha de juzgárselo frente a la retroactividad de la ley. Destacaba Borda que es muy difícil que una ley nueva modifique una anterior sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de la primera.³⁷ El tema radica en saber cuáles son los derechos adquiridos que una nueva ley no puede afectar y que necesariamente deben ser respetados.

Borda, cita las palabras de Duguit al disertar sobre el derecho adquirido y su relación con el derecho transitorio; quien exponía que “dentro de algunos meses hará medio siglo que estudio derecho y no se todavía lo que es un derecho adquirido. Se lo que es un derecho y aún no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se tiene. La expresión derecho adquirido debe, pues, ser implacablemente rechazada, porque no tiene sentido”.³⁸

Es así como empieza a evitarse la referencia a los derechos adquiridos obrantes en el Código de Vélez y se da curso -a partir de la ley 17.711 y ahora en el Código Civil y Comercial de la Nación- a la mención de las relaciones y situaciones jurídicas inspirados en la teoría de Roubier y a los derechos amparados por garantías constitucionales.³⁹ Pero como magistralmente lo sintetizaba López de Zavalía –luego de la reforma del año 1968-, “las ideas (derecho subjetivo) no mueren sino que se visten con otro ropaje, y quizás dentro de otro medio siglo se podrá decir *se lo que es una relación y una situación jurídica, aún no estoy muy seguro de ello, pero jamás he sabido lo que es una consecuencia de una relación o de una situación jurídica existente*”.⁴⁰

V.3. Situación jurídica y relación jurídica.

La situación jurídica u objetiva, es permanente, es la posición que ocupa un sujeto frente a la norma general o a una institución jurídica determinada; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello

³⁶ Para la doctrina moderna, la retroactividad se vincula con hechos definitivamente cumplidos o agotados.

³⁷ Borda, Guillermo A.: “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”. E.D. Tomo 28, p. 807. Buenos Aires, 1969.

³⁸ Conferencia pronunciada en la Universidad de Egipto, cit. por Tobon en el informe previo a la tesis de González Velázquez, Nociones sobre *derechos adquiridos*. En Borda, Guillermo A.: ob. cit. “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley ...”.

³⁹ Para Allende la remisión que el art. 3º hace a los derechos amparados por garantías constitucionales, no es otra cosa que la recepción encubierta de los derechos adquiridos por oposición a meras expectativas. Allende, Guillermo L., ob. cit. “Art. 3º del C.C.: Volver al Cód. Civil”, p. 707. Por ejemplo una nueva ley no puede modificar o alterar derechos constitucionales (por ej. el derecho de propiedad –art. 17 C.N.-); la carta magna establece límites hasta donde se puede remontar el efecto retroactivo de las leyes.

⁴⁰ López de Zavalía, Fernando J.: ob. cit. “Irretroactividad ...”.

desaparezca la situación o poder. Está organizada por la ley de modo igual para todos (por. ej. la situación de dueño, padre, hijo, cónyuge, incapaz, etc.).⁴¹

Para Borda, relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable (las más frecuentes, son las que nacen de la voluntad de las partes –contratos, testamentos-, aunque también pueden nacer de la ley –la obligación de reparar los daños-) y pueden ser modificadas por la voluntad de los titulares. La relación jurídica se caracteriza porque tiene un momento en el que ella se crea, produce sus efectos y finalmente desaparece con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación.

Pero esta distinción de conceptos aparentemente tan clara y diferenciada, no se refleja con uniformidad en los autores clásicos⁴². Moisset de Espanés menciona que para Savigny, quedan comprendidos en la concepción de relación jurídica los ejemplos dados por Borda como de situaciones jurídicas objetivas, mientras que Roubier distingue entre situaciones jurídicas subjetivas –que corresponden aproximadamente al concepto que Borda da de relación jurídica- y las situaciones jurídicas objetivas.

Para Moisset de Espanés hay una sinonimia entre estos conceptos y aun cuando pretendiese dárseles una noción diferenciada a uno y otro, la conjunción copulativa “y” que los vincula en el precepto del Código, demuestra que la ley los somete al mismo régimen, por lo que resulta ociosa toda distinción, como lo entiende el propio Borda.⁴³

Sí tiene trascendencia, porque de ese criterio clasificatorio se nutre el derogado art. 3º del Código Civil y el actual artículo 7º del CCyCN, la distinción que realiza Roubier de la situación jurídica conforme se encuentre constituida, extinguida o en curso (momento de producir efectos). A las dos situaciones iniciales (constituida y extinguida) no les afecta la nueva ley, pero las situaciones jurídicas en curso quedan sometidas a las nuevas leyes producto de su efecto inmediato, salvo que la nueva ley disponga que esas situaciones queden bajo el imperio de la antigua ley, aplicándose en ese caso el efecto diferido o ultraactividad de la ley.

V.4. Hechos constitutivos y consecuencias o efectos.

Las relaciones o situaciones jurídicas nacen, se modifican o se extinguen en virtud de hechos a los cuales la ley reconoce eficiencia generadora. Esos hechos serán regidos y juzgados por la ley vigente en el momento de producirse. No puede aplicársele una nueva ley, salvo que el legislador hubiera dispuesto para ésta última su efecto

⁴¹ Borda, Guillermo A.: ob. cit. “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley ...”. Ap. III; Medina, Graciela: ob. cit. “Efectos ...”.

⁴² Para Allende situación jurídica y relación jurídica, son términos confusos tanto en Roubier, como en el Código Civil (Allende, Guillermo L. “Art. 3º del Código Civil: volver al Cód. Civil”, L.L. 1977-A-706). El plenario de la Cámara Civil de la Capital de fecha 21/12/1971, en autos “Rey, José Jesús c/Bodegas y Viñedos Arizu S.A.”, en sus considerandos analizó los conceptos relación jurídica y situación jurídica. La mayoría, con 10 votos, resolvió que no correspondía aplicar del nuevo art. 1078 cuando el hecho dañoso fue anterior a la puesta en vigencia de la ley 17.711, mientras que la minoría, con 7 votos, sostuvo su aplicación.

⁴³ Moisset de Espanés, Luis: ob. cit.: “Irretroactividad de la ley...”, p. 40; Borda, Guillermo A.: ob. cit. “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley ...”, ap. III.

retroactivo. Téngase en cuenta que la modificación de una relación jurídica es también un elemento constitutivo y por lo tanto se rige por la ley vigente al momento de producirse el hecho modificatorio.

Cómo contracara de la misma moneda, si ese hecho no tiene fuerza suficiente para engendrar ningún tipo de efectos, esa relación no nace o no puede revitalizarse bajo el prisma de la nueva ley, porque no puede incidir sobre un hecho pasado a fin de darle eficacia jurídica, salvo que lo determine así de manera expresa el legislador.

Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas.⁴⁴ Para López de Zavalía, el vocablo consecuencia hace referencia sin ningún tipo de distinción a los efectos jurídicos del hecho.⁴⁵ Llambías⁴⁶ sostiene que la palabra *consecuencias* utilizada por el art. 3 C.C. se refiere a contingencias de hecho derivadas de los acontecimientos anteriores, que constituyen su causa o antecedente. Y agrega que el sentido del art. 3 apunta a las contingencias fácticas futuras de los hechos ya cumplidos. Si se trata de consecuencias ya ocurridas, no cabe alterarlas por el dictado de la nueva ley; pero si las consecuencias sobrevienen bajo el imperio de ésta, quedan gobernados por el nuevo régimen, aunque su antecedente o causa –situación o relación jurídica- ya hubiese existido antes.⁴⁷ La ley nueva atrapa de inmediato los nuevos efectos, pero no los que se hayan producido con anterioridad.⁴⁸

No deben confundirse las consecuencias que fluyen de una situación jurídica existente, con los nuevos hechos que producen la modificación o extinción de la relación. La creación, modificación o extinción de una situación jurídica es efecto de un hecho jurídico, que casi siempre se agota en el momento mismo en el que se produce el

⁴⁴ Borda, Guillermo A. “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley ...”. E.D. Tomo 28, pág. 807. Buenos Aires, 1969; Llambías, Jorge J. Ob. cit. “Tratado ...”, p. 144. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, p. 23. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2015. Medina, Graciela: ob. cit. “Efectos...”.

⁴⁵ López de Zavalía, Fernando J.: ob. cit. “Irretroactividad ...”. En cambio para Junyent Bas los efectos son las derivaciones necesarias de un hecho o acto mientras que las consecuencias solo se producen con ocasión del hecho o acto, no teniendo a éste como causa eficiente, sino simplemente como concausa; y concluye que los efectos propios de un hecho o acto por estar incorporados en él se regirían siempre por la ley existente en el momento de su constitución. Junyent Bas, Francisco: ob. cit. “El Derecho transitorio. ...”.

⁴⁶ Llambías, Jorge J.: ob. cit. “Tratado ...”, p. 145.

⁴⁷ Por ej. una persona podrá haber adquirido el estado civil de divorciado conforme a una ley vigente, pero si esa ley es derogada por una nueva sin que hasta ese momento haya liquidado la comunidad de gananciales, la nueva ley se aplicará a la liquidación de esos bienes porque este efecto se subordina a la ley posterior.

⁴⁸ El STJ de Río Negro expresa que por una correcta interpretación del art. 7º del Código Civil y Comercial (ley 26.994) el cambio en la normativa es de aplicación inmediata al caso específico (la sentencia de Cámara recurrida era del 6/4/2015 y la del Juzgado de Primera Instancia del 15/12/2014). El máximo tribunal rionegrino consideró que “Las consecuencias son todos los efectos –de hecho y de derecho- que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente. Las mismas resultan de los efectos, derivaciones, o secuelas de la relación o situación jurídica, diferenciándose de lo que son los hechos constitutivos o extintivos de dichas relaciones. Por lo que no cabe duda alguna que, cualquiera sea la óptica desde la que se analice la cuestión en debate (inembargabilidad de ciertos bienes), constituye un claro ejemplo de una consecuencia no agotada de una relación o situación jurídica existente (ejecución de honorarios); y que por lo tanto resulta de aplicación el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. S.T.J. de R.N., marzo 14 de 2016. “Espeche, Lidia P. en: Orellano, María M. c/Padin, Elena N. s/Ejecución de Honorarios s/Casación”.

hecho. Si se pretende regir la creación, modificación o extinción de una relación jurídica con arreglo a una nueva ley, sería darle un efecto retroactivo, prohibido por el art. 7º CCyCN.

El mismo principio rige para las consecuencias ya agotadas de las situaciones jurídicas existentes, para ellas existe el llamado consumo jurídico. Si se pretendiese afectar estas consecuencias, se vulneraría el principio de la irretroactividad de la ley.

Pero como lo afirma Medina, éstas reglas que parecen tan claras en términos generales, y sobre las cuales los autores concuerdan, no son fáciles de poner en la práctica frente a situaciones concretas, como lo demuestra el debate doctrinario que se ha suscitado en torno a la cuestión.⁴⁹

VI. Efectos inmediatos de la ley.

La aplicación inmediata de la ley a las consecuencias generadas o producidas por situaciones jurídicas existentes, es el efecto propio y normal luego de su sanción, independientemente del plazo de tiempo que se establezca expresamente o por defecto para que entre en vigencia. El sistema del efecto inmediato –tomado de la doctrina de Roubier- es el que adoptó el Código Civil luego de la ley 17.711 y también el Código Civil y Comercial, que se erige sobre la presunción de que la ley nueva es mejor que la sustituida.

Para López Olaciregui el efecto inmediato consiste en que la nueva ley toma a la relación jurídica (por ej. una obligación) o a la situación jurídica (por ej. la edad de una persona) en el estado en que se encuentra al tiempo en que la ley (nueva) es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos –o agotados-, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la vieja ley al tiempo en que se desarrollaban.⁵⁰ Por ejemplo: si una persona se casa bajo el régimen de matrimonio indisoluble y la nueva ley establece el matrimonio disoluble, podrá solicitarse el divorcio aun cuando el matrimonio se haya celebrado con la ley anterior. La nueva ley no afecta su constitución, pero sí podrá incidir en su extinción, si sucede durante su vigencia.

Siguiendo a Moisset de Espanés⁵¹ el efecto inmediato de la ley, se puede presentar en las siguientes variantes:

1. Hechos constitutivos o extintivos de relaciones jurídicas, producidos con posterioridad a la vigencia de la nueva ley, lógicamente se regirán por ésta.
2. Consecuencias o efectos de situaciones jurídicas pendientes, les será aplicable el efecto inmediato, siempre que se trate de consecuencias que nacen con posterioridad al momento en que comienza la vigencia de la nueva ley.
3. La nueva ley se limita a incorporar soluciones jurisprudenciales o doctrinarias, que ya integraban el sistema jurídico; no conlleva un cambio real o sustancial en el derecho vigente, por lo que nada impide su aplicación inmediata.

⁴⁹ Medina, Graciela: “La aplicación de la ley en el tiempo y el Derecho Sucesorio”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nº 2015-1. Santa Fe, 2015.

⁵⁰ López Olaciregui, José María: “Efectos de la ley con relación al tiempo”, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, nº 21, p. 71-88.

⁵¹ Moisset de Espanés, Luis: “Irretroactividad de la ley ...”, p. 16.

VI.1. Principios que operan en el conflicto de leyes

Dos son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo, que se complementan perfecta y armónicamente, pese a una aparente contradicción.

- La **inmediata aplicación** de la ley a partir de su entrada en vigencia. Significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, para las consecuencias aún no cumplidas (hechos en curso), como consecuencia necesaria de la naturaleza irreversible del tiempo. El efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad.
- La **irretroactividad** veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos (hechos cumplidos). Solo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en las que el legislador, considera asignar de manera expresa el efecto retroactivo a la nueva norma, en tanto y en cuanto no se afecten derechos amparados por garantías constitucionales.

No existen problemas de interpretación ni de aplicación si la constitución o la extinción tienen un único momento, o si requieren actos continuos o sucesivos y estos están cumplidos bajo el amparo de una única ley.

A su vez dentro de las leyes que gobiernan el contenido y los efectos, cuadra considerar las situaciones legales y las situaciones contractuales en curso. Los efectos ya producidos se rigen por la ley vigente al momento de su producción. Los legales no producidos, por la nueva ley.⁵²

Kemelmajer menciona que Roubier describe este esquema, diferenciando entre hechos cumplidos y hechos en curso, donde el elemento determinante es el hecho (factor objetivo) y no el derecho (factor subjetivo). Dentro de los hechos cumplidos distingue leyes que gobiernan la constitución y extinción y los que gobiernan el contenido y los efectos. Dentro de la segunda categoría, la de los hechos en curso, distingue entre leyes que gobiernan la constitución y extinción y las que gobiernan los efectos. Para la constitución y extinción, distingue a su vez entre situaciones jurídicas de formación *continua* (por ej., la prescripción adquisitiva o extintiva) y situaciones jurídicas de formación *sucesiva* o en etapas en su formación (por ej. una venta que exige autorización judicial o un acto que requiere aceptación), subdividiendo esta última (formación sucesiva) en dos subtipos: actos entre vivos y mortis causa. Para los actos entre vivos, la nueva ley puede establecer nuevos requisitos para la etapa que aún no estaba cumplida para la adquisición o extinción a la época de su entrada en vigencia.

Asimismo la ley nueva puede establecer su retroactividad, o bien puede darse el fenómeno de la supervivencia de la ley antigua cuando la nueva contenga disposiciones supletorias, las que no se aplican a los contrato en curso de ejecución.

V.2. La aplicación inmediata de la ley y los aspectos procesales

⁵² Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. "La aplicación ...", p. 32.

Todo cambio normativo de envergadura, como lo es la sustitución del Código Civil y el Código de Comercio por un nuevo ordenamiento –o como lo fue la modificación al Código Civil del año 1968-, si bien refiere a derechos sustantivos, tiene por característica especial, que conlleva una incidencia directa sobre los aspectos procesales.

Es así como el problema de la aplicación temporal de la ley, se propaga a los juicios pendientes y ha provocado opiniones encontradas a partir de un vacío normativo que contemple esta transición formal.

La Corte Suprema se ha expresado en reiteradas ocasiones que “si bien es exacto que las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público, y por ende, las nuevas que se dicten, aun en caso de silencio de ellas, se aplican a las causas pendientes (Fallos: 181:288, 193:197, 306:1223, 1615 y 2101), no es menos cierto que el principio se ha limitado a los supuestos en que no se venga a privar de validez a los actos procesales cumplidos o se deje sin efecto lo actuado de conformidad a las leyes anteriores (Fallos: 200:180, 249:343, 275:109 y 306:1223, 1615 y 2101).⁵³

Para Junyent Bas en nuestro ordenamiento corresponde adoptar como principio general la aplicación inmediata y plena de la nueva norma procesal, pero por excepción debe regir la norma anterior sobre los trámites, diligencias o plazos que hubieran tenido principio de ejecución.⁵⁴

En cuanto a los aspectos de procedimiento propiamente dichos, que regulan la sustanciación de los juicios, la nueva ley podrá aplicarse a los actos posteriores de procedimiento en cuanto con ello no se afecte la garantía constitucional de la defensa en juicio. Los jueces deben resolver la cuestión fondal aplicando el derecho vigente, sin que nada importe la etapa procesal del juicio, la que no estará *consumida* mientras no haya quedado firme.

V.2.1. En este contexto, la **Cámara de Apelaciones de Trelew** de oficio y en decisión plenaria⁵⁵, atento a la –entonces- inminente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación consideró imperioso, a fin de no afectar derechos amparados por garantías constitucionales y que no se trastorne el funcionamiento del sistema de administración de justicia, prever pautas claras y uniformes de la forma en que se va a aplicar la nueva Ley a las causas que le lleguen en grado de apelación, y que tramitaron bajo las normas de los Códigos Civil y de Comercio.

Destaca la cámara que el nuevo Código rige para los hechos que están *in fieri* o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, pues juega allí la noción de consumo jurídico.

⁵³ C.S.J.N., 16/4/1991. Illescas, Luis Alberto, Fallos 314:280.

⁵⁴ Junyent Bas, los diferencia los actos según que: a) se hallan cumplido de acuerdo a la norma anterior en los procesos pendientes, serán plenamente eficaces. b) los que no han tenido un comienzo de ejecución, que deben ser cumplidos de acuerdo a la nueva ley; y c) los que se encuentren en vías de cumplimiento a la entrada en vigencia de la nueva ley, deben continuar cumpliéndose de acuerdo a las prescripciones de la ley anterior hasta su consumación o vencimiento. Aclara que si bien la ley derogada carece de ultraactividad, por excepción debe continuar rigiendo los trámites y diligencias que hubieran comenzado a ejecutarse. Junyent Bas, Francisco: ob. cit. “El Derecho transitorio. ...”.

⁵⁵ Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut), en pleno, abril 15 de 2015.

El órgano colegiado se mostró preocupado por el derecho transitorio contenido en el ordenamiento unificado, advirtiendo que una interpretación y aplicación parcial podría provocar un desafortunado desenlace, si las sentencias de la instancia de grado fueran estructuradas en base a los Códigos de Vélez y de Acevedo, mientras que la Alzada las revisase al conjuro del nuevo ordenamiento, ello constituiría constitucionalmente un atentado contra los derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal. Ante ello la Cámara en pleno dispuso que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y de Acevedo, se produce una consolidación jurídica de la causa o un “consumo jurídico”, que lleva aparejada la consecuencia de que en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo ella se dictó.

V.2.2. Una semana después de celebrado el acuerdo plenario patagónico, la co-autora del Anteproyecto del Código **Kemelmajer de Carlucci**, se pronuncia frente al pronunciamiento judicial chubutense y sostiene que ninguno de los argumentos de la Cámara es correcto.⁵⁶ Predica que el art. 7º del nuevo Código es copia del art. 3 del Cód. Civil (Ley 17.711), el que nunca fue declarado inconstitucional y que las discrepancias que pudo haber generado fueron resueltas por la jurisprudencia sobre situaciones concretas.

Argumenta la brillante jurista mendocina recientemente galardonada con el premio Konex de platino 2016, que el alegado derecho de defensa juega poco y nada; que las llamadas normas de transición no son de derecho material, sino que son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de los dos momentos diferentes (y que a través de esa norma formal el juez aplica la ley que corresponde, aunque nadie se lo solicite, pues se trata de una cuestión de derecho –*iura novit curia*–), y concluye que el acuerdo de la Cámara implica –en contra del art. 7–, que el Código Civil y Comercial no se aplique a los expedientes que se encuentren en las instancias superiores al momento de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, postergando su aplicación inmediata, sin bases sólidas. Sostiene además que la noción de consumo jurídico no se vincula a la existencia de una sentencia que no se encuentre firme y por lo tanto, las causas que se encuentran en apelación o ulterior instancia deben ser resueltas interpretando rectamente el art. 7º.⁵⁷

V.2.3. En este debate jurídico interpretativo ingresa **Rivera** quien expone que la *aplicación inmediata* que pregonaba la nueva ley tiene un límite, y es que las consecuencias que se produzcan entre la constitución y la extinción de la situación o

⁵⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída: “El artículo 7º del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, diario del 22/04/2015. L.L. 2015-B-1146.

⁵⁷ En consonancia expresa Macagno que ni la interposición de la demanda, ni la traba de la litis, ni siquiera el dictado de la sentencia de primera instancia (mientras ésta no haya adquirido firmeza) detiene el transcurso de los hechos en el proceso, debiendo abordarse el problema de la aplicación de la ley en el tiempo al amparo de las reglas formales de derecho transitorio, donde ninguno de esos acontecimientos devienen en variable del sistema, el que descansa en la aplicación inmediata con el límite de la irretroactividad sobre la base de lo dispuesto en la norma del art. 7º. Macagno, Ariel A. Germán, El derecho transitorio no admite soluciones unívocas y simplificadoras. Aplicación de la ley 26.994 a la controversia ventilada en un proceso en curso de ejecución. L.L. 28/08/2015. AR/DOC/2896/2015.

relación jurídica existentes al momento de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, estuviesen ya “consumidas”.⁵⁸

Trae a colación una opinión del maestro Bidart Campos que afirma que una fuerte corriente jurisprudencial mantuvo el criterio de que las partes en juicio adquieren derecho, al trabarse la *litis*, para que la sentencia se dicte en aplicación de la ley en vigor en aquélla ocasión, descartando la ulterior que sobrevive entre la *litis* trabada y la decisión judicial.

Para Rivera este criterio no implica violar la doctrina de Roubier consagrada en el art. 7º y concluye que la nueva ley no podría aplicarse justamente cuando la constitución de la relación jurídica procesal está consumida (esto es, procesalmente hablando, con la traba de la *litis*).

Sostiene Rivera que lo realmente importante aquí no es como se aplica la norma de derecho transitorio, que es una herramienta dada por el legislador a las partes y al juez para saber cuál es la respuesta a la cuestión de fondo, sino como se aplica la nueva norma de fondo. La norma de derecho transitorio es insuficiente porque no trata el caso de las relaciones jurídicas sometidas a proceso al tiempo de entrada en vigencia de la nueva ley.

En cuanto a la garantía de defensa en juicio, se produciría una flagrante violación de manera ostensible al dictarse una decisión sobre la base de normas que las partes no han tenido ocasión de alegar ni ser oídos. Agrega que la aplicación del *iura curia novit* encierra una falacia, porque si bien el juez puede proveer el derecho aunque no haya sido invocado, supone que pudo serlo porque estaba vigente al tiempo de trabarse la *litis*.

Para Rivera no es predicable que el Código Civil y Comercial resulte necesariamente de aplicación inmediata a las causas judiciales en trámite; sino que por el contrario, puede resultar una afectación retroactiva de la relación procesal, en violación de la garantía del debido proceso al vulnerarse el derecho de alegación y prueba y concluir en una sentencia incongruente con el pedido de las partes. Pero hay algo aún más grave, que es aplicar una norma a hechos ya ocurridos. ¿Cómo es factible juzgar la conducta de una persona de acuerdo a una norma, cuando esa persona no pudo ajustar ni prever su accionar conforme a una norma que era entonces inexistente? El derecho de esta manera pierde su rol de guía de la conducta.

Cómo dice Rivera, la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo es mucho más compleja y difícil que la sola determinación de si se trata o no de consecuencias pendientes o consumidas; y concluye que dejar la soluciones a estos vacíos normativos, para que lo resuelvan los jueces, es de una “espantosa irresponsabilidad”⁵⁹, entendiéndose por tal expresión que los problemas generales se solucionan por vía de normas generales (la ley) y no por normas particulares

⁵⁸ Rivera, Julio César: ob. cit. “Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso).

⁵⁹ Rivera, Julio C.: ob. cit. “Aplicación del nuevo código...”.

(sentencias), porque de lo contrario se afecta la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y aumenta la litigiosidad.⁶⁰

V.2.4. El intercambio de opiniones prosiguió entre los distinguidos académicos. Para Kemelmajer, Rivera no es amigo de la doctrina de Roubier, sino que hasta es contrario a ella, como también que ha ido muy lejos con sus calificativos.⁶¹ En una nueva publicación, la jurista mendocina aclara su discrepancia con el plenario chubutense, y afirma que “cualquiera sea la instancia en la que se encuentre el expediente (primera o ulteriores, ordinarias o incluso extraordinarias), hay que aplicar el mismo sistema de derecho transitorio que teníamos y, por tanto, verificar si las situaciones y sus consecuencias, están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria o imperativa, y como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor.

Kemelmajer cita un trabajo de Roubier donde analiza específicamente la cuestión de la aplicación de las nuevas leyes a los juicios en trámites, en el que el jurista francés distingue entre leyes nuevas de naturaleza procesal, que se aplican sólo cuando hay un juicio –para regular ese procedimiento– y que por eso, su aplicación inmediata no ofrece dificultades y leyes nuevas de naturaleza sustancial, cuya aplicación se produce haya o no proceso. Destaca que “las leyes de fondo son de aplicación, en principio en forma independiente de todo proceso y no pueden ser perturbadas en su aplicación por el hecho de un proceso sobreviniente” y aclara que “el trámite más o menos avanzado de un litigio no tiene ninguna importancia para la solución de los conflictos de la ley en el tiempo porque el litigio no es sino un elemento accidental”.⁶²

V.2.5. Rivera amplía sus fundamentos y expresa que el principio del efecto inmediato (art. 7º primer párrafo) debe ser entendido “en la medida que ello sea compatible con el ordenamiento jurídico”, que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico y que el art. 1º así lo señala. Pero tal vez uno de los argumentos más lapidarios es la apreciación de que aplicar la nueva ley a un proceso judicial en trámite conlleva un alto riesgo político; ya que los procesos judiciales *deben terminar por sentencia y no por ley*.⁶³

Como corolario de las opiniones expuestas precedentemente, es oportuno traer a colación un reciente precedente de nuestro máximo Tribunal, en el que expresó que “esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las Cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925, 304:355, entre muchos otros). Que el carácter constitucional de dicho principio, como expresión de los

⁶⁰ Rivera, Julio César: Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas. L.L. 17/06/2015. AR/DOC/1977/2015.

⁶¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”. L.L., 02/06/2015. AR/DOC/1801/2015.

⁶² Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Segunda Parte, p. 34. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe, 2016.

⁶³ Rivera, Julio César: ob. cit. “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”.

derechos de defensa en juicio y de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos: de ahí que lo esencial sea "que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias" (Fallos: 315:106 y 329:5903").⁶⁴

VI. La irretroactividad y el efecto diferido.

El efecto diferido⁶⁵ de la aplicación de la ley en relación a los contratos en curso de ejecución que establece el art. 7º del Código Civil y Comercial de la Nación, participa a modo de correctivo del efecto inmediato de la nueva ley, para evitar que se vulnere el principio de la irretroactividad.

La ultraactividad de la ley –contracara de la retroactividad- se produce cuando a pesar de ser derogada y por ende sus preceptos volverse inaplicables, los mismos continúan vigentes respecto de determinadas relaciones o situaciones jurídicas. Regula la no aplicabilidad de una ley que modifica la *ley supletoria* que rige una relación jurídica, nacida de un contrato que se encuentra en curso de ejecución.

Este efecto diferido o prolongado tiene un tratamiento específico y diferenciado según que la ley que modifica el contrato sea de carácter imperativo o no (supletorio) y eventualmente si se refiere a la relación de consumo y si es o no más favorable al consumidor. Si la ley es de carácter imperativo, la aplicación de la ley es inevitable tanto al acuerdo de voluntades como a una situación jurídica de fuente extracontractual; nos obliga a la aplicación de la solución contemplada en el nuevo plexo normativo porque estamos ante una norma de orden público, que generalmente tiene en cuenta intereses sociales, públicos o colectivos.

La relación jurídica -y su validez- es regida por la ley vigente al momento de su constitución, de conformidad a la irretroactividad prevista en el segundo párrafo del art. 7º CCyCN, pero también se aplicará esta legislación respecto a las consecuencias cumplidas íntegramente antes de la entrada en vigencia de la nueva ley como a las posteriores.⁶⁶ Implica la sobrevida de la ley derogada para una relación determinada. Cómo la nueva ley no puede tener aplicación inmediata, es esencial que la ley anterior prolongue su vigencia al caso específico.

Si no se hubiese consagrado la excepción del efecto diferido para las leyes supletorias las consecuencias posteriores, o la ulterior modificación o extinción, hubieran quedado atrapadas en la nueva ley. Lo que se respeta de esta manera no es la antigua norma sino la voluntad de las partes; así lo sostiene de manera expresa el nuevo ordenamiento al predicar que "las normas relativas a los contratos son supletorias de

⁶⁴ C.S.J.N., 07/07/2015. Becerra, Juan José c/Calvi, Juan María y otros s/Cumplimiento de contrato. Fallos: 338:552.

⁶⁵ La doctrina emplea como sinónimos efecto diferido, prolongado, sobrevida, ultraactividad.

⁶⁶ Moisset de Espanés, Luis: ob. cit. "Irretroactividad de la ley ...", p. 26.

la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible” (art. 962).

Por ejemplo el art. 351 del Código Civil y Comercial, a diferencia de lo previsto en el código del Siglo XIX, prevé una norma supletoria en la que el plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento. Disposición ésta que no será aplicable a los contratos celebrados con anterioridad.

Predica el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro que el sistema previsto hace que exista una dualidad de régimen que opera contra la aplicación inmediata de la nueva ley en materias tan extensas como lo son contratos y obligaciones, generalmente de índole supletoria, haciendo que a partir del 1º de agosto de 2015 reinen en el país dos códigos distintos, uno para los contratos anteriores a dicha fecha, que deberán seguir gobernados por el Código Civil de Vélez y los contratos posteriores a ese día por el nuevo Código.⁶⁷

El fundamento del efecto diferido se enrola en el respeto por la autonomía de la voluntad, aunque limitado desde ya por las leyes de orden público, lo que se corresponde con la distinción entre normas imperativas y supletorias.

Expone Machado que las leyes de orden público vienen a constituir una excepción al principio general de la no retroactividad, no en el sentido de que propongan alterar el pasado “que siempre debe ser respetado”, sino en el que tienen una inmediata aplicación, reglando las consecuencias de los actos jurídicos preexistentes.⁶⁸ Agrega que la voluntad individual es impotente para suspender los efectos inmediatos de una ley en cuya aplicación está interesado el orden social, el interés general. Cita a Duvergier para quien las leyes de orden público son aquellas que tienen por objeto garantizar la seguridad de los ciudadanos.

VI.1. Retroactividad, normas imperativas, normas supletorias y autonomía de la voluntad.

Mientras el efecto inmediato se da respecto de las situaciones regladas por la ley, en las relaciones regladas por los particulares, cabe distinguir entre ley supletoria⁶⁹ y ley imperativa.

⁶⁷ S.T.J. de R.N., agosto 17 de 2016, “Segovia, Pablo c/Iarúa, Francisco s/Sucesión s/Ordinario s/Casación”.

⁶⁸ Machado, José Olegario: “Exposición y comentario del Código Civil Argentino”, t. I, 2ª edición, p. 18. Librería e imprenta de Mayo. Buenos Aires, 1912.

⁶⁹ La doctrina emplea usualmente como sinónimos –aunque no hay unanimidad- los conceptos de: normas **supletorias** (porque ocupan el vacío dejado por los particulares, dentro de este criterio clasificatorio se alude a las *supletorias* <las partes pueden disponer de ellas aun cuando estén inspiradas en fines de utilidad general; por ej. acción de colación> y a las *supletorias propiamente dichas* <donde subyace un interés exclusivamente particular>, **interpretativas** (porque coadyuvan a comprender la voluntad negocial de las partes o el negocio auxiliando a las partes y al juez), **dispositivas** (porque se puede disponer de esas normas) o **derogables** (porque pueden no aplicarse al caso específico) y de igual manera se asimila los conceptos de normas **imperativas** (los particulares no pueden abstraerse a su aplicación), **inderogables** (rige indefectiblemente al acto) o **indisponibles** (los particulares no pueden acordar ni pretender no aplicarla a su situación jurídica).

Las normas imperativas dan forma al *estatuto legal* que rige ciertas relaciones jurídicas, y al cual las partes deben someterse, sin poder modificarlo⁷⁰. Cuando se trata del reemplazo de un estatuto legal por otro, no hay dificultad en conceder “efecto inmediato” a la nueva ley, sin que pueda tildársela de retroactiva porque la voluntad del legislador prima sobre la voluntad de los particulares.⁷¹

Las leyes supletorias de la voluntad de las partes, se enmarcan en otro contexto, suplir su voluntad o interpretar lo que hubieran establecido. Aplicar las nuevas normas a los contratos en curso de ejecución significaría darles un efecto retroactivo. Las normas supletorias, sólo se aplican a los contratos acordados con posterioridad.

Las normas supletorias se entienden incorporadas tácitamente al contrato sin necesidad de pacto expreso, interpretan o integran la voluntad expresada en el acto jurídico (presunción legal); pero si las partes lo desean, pueden excluir la norma interpretativa de su contrato, disponen de esa norma haciendo primar la ley consensuada (reconocimiento legal a la autonomía de la voluntad).

Si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos.⁷² Pero puede suceder que una nueva ley sustraiga de la autonomía de la voluntad un sector que antes le estaba reservado y lo transforme en un espacio regido por un estatuto legal, donde esté en juego el interés público (normas imperativas). En estos casos se admite su efecto inmediato, aunque implique retroactividad, pues cambia la regulación de efectos de relaciones jurídicas contractuales nacidas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

En el derecho transitorio, diferenciar entre normas supletorias y de orden público, es una tarea en determinadas situaciones harto compleja y con parámetros ambiguos para el intérprete, porque a partir de ello las partes de un contrato podrán o no dejar de lado una disposición legal, problema que deberá quedar librado a la apreciación judicial.⁷³

La autonomía privada es la potestad otorgada por el ordenamiento jurídico a la voluntad, para actuar como eficaz legislador de los intereses privados en el acuerdo contractual; pudiéndose determinar la plataforma jurídica más diversa para regir sus relaciones y dentro de ese contexto evaluar y definir las especificidades del negocio jurídico, desde su génesis hasta el efecto o consecuencia más remota. Es aquí donde el tiempo jurídico o espiritual se consolida en lo que podríamos denominar *unidad de*

⁷⁰ El primer párrafo del art. 12 CCyCN. establece que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El art. 21 del C.C. agregaba además del orden público a las buenas costumbres. Por ej. las partes no pueden celebrar un contrato de locación de más de veinte años si es para vivienda y cincuenta para otros destinos (1197 CCyCN), pero sí podría acordarse la entrega de la cosa mueble vendida dentro de los próximos cinco días y no dentro de las veinticuatro horas de celebrado el contrato como lo prevé el art. 1147 CCyCN.

⁷¹ Moisset de Espanés, Luis: ob. cit. “Irretroactividad ...”, p. 29.

⁷² Birri, Vilma N. “El acuerdo plenario de la Cámara de Trelew y la aplicación inmediata del Código Civil y comercial”. L.L. DJ 04/11/2015. AR/DOC/3545/2015.

⁷³ Si la norma se ha establecido en defensa de intereses públicos, sociales, colectivos, debe considerarse imperativa; si, por el contrario, sólo se han tenido en cuenta los intereses de las partes, si únicamente se han querido reglar las relaciones particulares que bien pudieron reglarse de otro modo, sin que de ello resulte ningún perjuicio social o colectivo, la ley es supletoria. Borda, Guillermo A.: ob. cit. “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley ...”, E.D. Tº 28, p. 814.

acto contractual –aunque más amplia temporalmente de lo que es la unidad de acto notarial- y que además hace que se rija por la ley supletoria vigente en ese momento.

En esta multiplicidad de tipos de normas, el Código Civil y Comercial dispuso pautas de prelación normativa, no solo para su aplicación sino para su interpretación judicial y extrajudicial. Es así como en las disposiciones generales para los contratos en general, prevé que cuando concurren distintos tipos de disposiciones se aplicarán en primer lugar las “normas indisponibles de la ley especial y de este Código”, luego las normas particulares del contrato, a continuación las normas supletorias de la ley especial y finalmente las normas supletorias del Código (art. 963 CCyCN), no pudiendo omitirse la consideración de los usos, prácticas y costumbres (conf. Art. 1 CCyCN).

En el ámbito de la responsabilidad se reitera el orden normativo expuesto en el art. 963 (conf. art. 1709) y algo similar acontece en relación a las personas jurídicas privadas constituidas en el país, donde se establece que se rigen en primer término por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto del Código; en segundo lugar, por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; y por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto por las del título 2 del Libro Primero del Código Civil y Comercial (art. 150).

VI.2. Normas favorables al consumidor.

El último párrafo del art. 7º del Código Civil y Comercial, consagra el efecto diferido de las normas supletorias, pero a diferencia del art. 3º del Código Civil, se incorpora una pauta subjetivamente imperativa. Es imperativa porque la impone el legislador, y subjetiva porque si bien la impone el legislador, lo hace considerando un interés privado que se pretende tutelar, aunque deja en manos del intérprete evaluar si aplicar la nueva norma le resulta más favorable al consumidor en la relación de consumo en curso de ejecución.

Hemos expuesto anteriormente que las normas supletorias, son las que complementan la voluntad de las partes. Pero esta premisa, es dejada de lado por el legislador porque interpreta, y así se lo expone en los fundamentos, que “tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad ‘común’ sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. ... es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto ... siempre y cuando, ... por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor”.

El Código no solo recoge el principio protectorio del derecho del consumo –conf. Arts. 1096/1122, sino que lo extiende por ej. a los contratos bancarios (1384/1389), cementerio privado (2111) y tiempo compartido (art. 2100). Y como complemento de lo dispuesto en el art. 7º *in fine*, agrega en el art. 1094 que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable, y concluye que en

caso de duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Explica Kemelmajer que la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata (sean imperativas o supletorias), tanto porque así lo dispone el párrafo tercero, como por el segundo, que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público, sin perjuicio de que eventualmente se establezca de manera expresa su retroactividad, siempre que no se violen garantías constitucionales.⁷⁴ La aclaración final de la jurista mendocina, evidencia la necesidad de evaluar cada situación concreta y específica. Advierte que si bien es dudosa la aplicación del art. 988 que manda tener por no escritas las cláusulas que el nuevo código declara abusivas, el tenor normativo adoptado por el ordenamiento sigue criterios jurisprudenciales y doctrinales predominantes, por lo que no deberían plantearse cuestiones de derecho transitorio.⁷⁵

VII. La prescripción y el derecho transitorio.

La orientación que inspiró a los directores de la tarea de elaboración del anteproyecto de Código Civil y Comercial fue la de reducir los plazos de prescripción. Y en esta etapa transitiva de la aplicación del derecho a los casos que se suscitan, el Código aporta a la tarea interpretativa, además de las pautas genéricas previstas en el art. 7º, el art. 2537⁷⁶, que se nutrió del art. 4051⁷⁷ del Código Civil, herramienta que asignó Vélez Sarsfield como norma transitoria⁷⁸ y de la obra de Roubier junto a un caso jurisprudencial resuelto por la Corte⁷⁹.

Se pretende así, que cuando transcurra el plazo de prescripción más corto, se pueda interponer la misma, sea cual fuese la ley que la sustente; evitándose de esta manera que una acción nacida con la ley derogada por la normativa vigente, pudiese ser intentada válidamente mientras que las que habían nacido con posterioridad, se encuentren extinguidas por prescripción.

El nuevo Código no reduce los plazos de prescripción que estaban en curso, porque implicaría en muchos casos declarar adquiridos o perdidos ciertos derechos y que esa

⁷⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. "La aplicación ...", p. 61.

⁷⁵ La disposición transitoria 2 del Código Civil español dice: "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas".

⁷⁶ **Art. 2537 CCyCN. Modificación de los plazos por ley posterior.** Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.

Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.

⁷⁷ El art. 2 de la ley 17.940 (complementaria de la Ley 17.711) dispuso que "si los plazos de prescripción que fija la ley 17.711 fueran más breves que los del Código y hubieran vencido o vencieren antes del 30 de junio de 1970, se considerará operada la prescripción en esta fecha.

⁷⁸ **Art. 4051 C.C.** Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contados desde el día en que rija el nuevo Código.

⁷⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. "La aplicación ...", p. 68.

consolidación de situaciones se operaría con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, vulnerándose así el principio de irretroactividad de la ley. Lo que se establece es la posibilidad de conjugar el efecto inmediato de la nueva ley, con el efecto diferido de la anterior. La regla establece que los plazos que están en curso, se rigen por ley vigente al momento en el que empezaron a correr; la excepción la suministra la nueva ley, cuando establece un plazo de prescripción más breves, pero computados desde la entrada en vigencia de la nueva ley. Puede suceder que este plazo más breve que incorpora la nueva ley, venza con posterioridad al plazo de prescripción más largo que previó la ley anterior, lo que ocasionaría extender aún más el plazo final para prescribir. En este caso, se produce la llamada excepción de la excepción del art. 2537, aplicándose en consecuencia el plazo previsto por la ley anterior.

Roubier –citado por Moisset de Espanés⁸⁰– decía “Es necesario, pues, delimitar el campo de acción de ambas leyes. El mejor sistema consiste en hacer correr el plazo abreviado, que resulta de la nueva ley, desde el día en que ella entra en vigencia. Sin embargo, si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que este nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, se mantendrá la aplicación de la ley vieja; se trata de un caso de supervivencia tácita de esa ley, porque sería contradictorio que una ley nueva, que tiene por finalidad abreviar la prescripción, terminase prolongándola”.

VII. Casos.

VIII.1. Forma de los contratos.

La forma de los actos jurídicos, tanto si es *ad solemnitatem* o *ad probationem*, se rige por la ley vigente al momento de realizarse el acto.

Cuando la ley establece para ciertos contratos, determinada forma, por ejemplo escrita, las partes deben ajustarse a los requisitos probatorios pre-establecidos al momento de su constitución. Un contrato ya celebrado, no puede ser afectado por la nueva ley, agregándole requisitos a los antes existentes ni suprimir exigencias liberándolo de las formas previstas, de lo contrario sería asignarle efecto retroactivo.

El principio de irretroactividad de la ley obliga a juzgar las formas probatorias por el derecho vigente en el momento de celebrar el contrato.

Por ej. si se celebró un acuerdo partitivo hereditario extrajudicial por instrumento privado el 18 de julio de 2014, el mismo no habrá cumplido con las formalidades prescriptas por el art. 1184 inc. 2º del Código Civil y no habrá quedado subsanado ese vicio formal por la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial cuyas disposiciones 1017 y 2369 no prevén la escritura pública como forma instrumental para este acto.

VIII.2. Forma de los poderes para trámites judiciales.

⁸⁰ Moisset de Espanés, Luis: “Irretroactividad de la ley ...”, p. 144.

El Código decimonónico era preciso en la materia y disponía que actos debían ser hechos en escritura pública (art. 1184), entre los que se encontraban “los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio ...” (inc. 7º). El Código Civil y Comercial, fiel a su poder de síntesis y de contemplar principios o normas que contemplen en sí distintos actos o institutos, se limitó a incorporar un dispositivo notablemente más breve que el derogado art. 1184 del Código Civil, en el que establece cuales son los actos que deben ser otorgados por escritura pública. Y como corolario, aclara que se requiere esta forma pública para “los demás contratos” que así lo dispongan por acuerdo de partes o por disposición de la ley (art. 1017 inc. d).⁸¹

El nuevo ordenamiento conserva la libertad de formas; aclara que si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad las partes pueden emplear las que estimen conveniente (art. 284), y agrega que la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no por las partes, excepto los casos en que determinada instrumentación sea impuesta (art. 286 y 1015).

Es de destacar la trascendencia que tiene para una persona –humana o jurídica– delegar una serie de facultades en un tercero, como también lo es para el representante cumplir con la debida y diligente actuación que le es encomendada. Ello requiere, más allá de la ausencia de una estipulación normativa explícita, cumplir con una serie de pautas objetivas que establezcan garantías mínimas para ambas partes – en especial para el poderdante–, certeza, seguridad jurídica, imparcialidad, legalidad como también autenticidad, lo que necesariamente está contenido en la intervención de un tercero que intervenga en la instrumentación de esa delegación de facultades.

En este sentido, ponderamos los distintos precedentes judiciales que se han pronunciado respecto a la forma instrumental que corresponde asignarle a los poderes para asuntos judiciales, exigiendo la escritura notarial como forma pública adecuada. Si bien los fallos dictados hasta la fecha se han erigido sobre el inciso d del art. 1017 CCyCN, asociados con disposiciones normativas locales que exigen la escritura pública como forma documental, es la necesidad que intervenga un oficial público imparcial, ajeno a las partes, quien estipule las facultades que se acuerdan delegar como también que de fe de la autoría del otorgante. Este oficial público es el escribano de registro, por su competencia, experiencia, conocimientos técnicos y prudencia.

Es oportuno citar que en la actualidad, las provincias, por las facultades no delegadas a la nación, se dictan las normas procesales y demás legislación de forma local, entre las que se dispone la forma instrumental que deben revestir los mandatos para actuar en

⁸¹ **Art. 1017.- Escritura pública.** Deben ser otorgados por escritura pública:

- a. los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa;
- b. los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles;
- c. todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública;
- d. los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

los procesos judiciales. Estas directivas locales, han sido pilares para fundar los actuales precedentes judiciales.

Sostiene la Sala H de la Cámara Nacional Civil que el inciso d) del art. 1017 CCyCN es una especie de cláusula residual que otorga carácter obligatorio a otras disposiciones del Código Civil y Comercial y a otras leyes, como por ej. el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que requiere escritura pública como medio de instrumentación de los poderes para la representación en juicio. Y agrega el legislador, al mencionar en forma amplia “disposición de la ley” decidió respetar las autonomías provinciales, en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales⁸², ya que las leyes locales se han sancionado a partir de una competencia constitucional que no puede ser ni regulada ni derogada por el CCyCN.⁸³

VIII.3. Nulidades expresas y virtuales.

El art. 18 del Código Civil establecía que “los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”, disposición que generó en doctrina la tesis de las nulidades implícitas o virtuales. Mientras que del art. 22 del mismo cuerpo normativo, surgía que “lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo..., no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial”. Son las denominadas por López de Zavalía reglas de clausura del sistema, que llevadas al plano de la forma, si un acto jurídico con un objeto permitido no las cumplía (por ej. 1184 C.C.), su incumplimiento representaba la violación de una prohibición de hacerlo de otro modo.

El nuevo cuerpo normativo, no contiene disposiciones similares; como tampoco un precepto como el del art. 1037 del Cód. Civil, que restringía a los jueces la posibilidad de declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las establecidas en la ley.

Decididamente los arts. 279 y 285 del CCyCN, se posicionan en otra dirección. El primero solo prevé la regla sin sanción (el objeto del acto jurídico *no debe ser* un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana, o un bien prohibido), mientras que el artículo que *impone* la forma legal establece que el acto “no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ellas se exija bajo sanción de nulidad” –en las excepcionales hipótesis así previstas-.

Lo anticipado es directamente aplicable al art. 1017 –o al art. 1618 segunda parte entre otros-, que si bien regula que actos “deben ser otorgados en escritura pública”,

⁸² Art. 47 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder. ...”.

⁸³ CNCiv., sala H, 20/11/2015 “Medina, Alejandra Elizabeth c/Saettone, Sergio Omar y otros s/Daños y perjuicios (Acc. Trans. c/Les. o Muerte)”; en igual sentido el 12/05/2016, autos “Arroyo, Nicolás Sebastián c/Dreid, Carlos Arturo y otro s/Prueba Anticipada”. <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

no especifica la sanción para el caso de omisión⁸⁴, sino que se limita a prever que aparejará una obligación de hacer –salvo cuando la forma está impuesta bajo pena de nulidad-, cargando eventualmente –y una vez más- al juez, para que éste lo haga en representación de aquél (art. 1018).

VIII.4. Restricción a la capacidad.

Nos encontramos aquí con la aplicación inmediata del derecho transitorio aplicable, rigiendo las consecuencias nuevas de las relaciones jurídicas existentes, salvando las ya agotadas o efectuadas con anterioridad. Las nuevas normas sobre capacidad restringida, se aplican aún a los procedimientos en trámite, en cualquier instancia en la que se encuentren. Afirma Kemelmajer de Carlucci que no existen sentencias contradictorias a la aplicación inmediata.⁸⁵

La nueva normativa solo autoriza a iniciar los trámites judiciales previstos en la Sección 3ª del Capítulo sobre Capacidad de la Persona Humana del Libro Primero con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

No debemos confundir iniciar y resolver cada caso puntual a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, con considerar hechos anteriores para lograr un pronunciamiento en el sentido pretendido.

Téngase en cuenta que el art. 37 CCyCN establece que la sentencia que declare la restricción a la capacidad se debe pronunciar –entre otros aspectos- sobre un diagnóstico de la situación o cuadro en el que se encuentra o afecta a la persona y de la época en que la situación se manifestó. Aspectos éstos que podrán remontarse en el tiempo más allá de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento. Lo que la ley exige es que el diagnóstico –y pronóstico- sea actual, aun cuando para ello y así lo requiere la evaluación de la época en la que se manifestó, se deba trasladar en el tiempo para conocer la o las patologías de carácter permanente o prolongada que lo aquejan y desde cuándo, sin que ello implique retroactividad de la ley. Ese diagnóstico actual, en virtud de hechos pasados, requiere de manera imprescindible que la afección o patología continúe en la actualidad, para que como consecuencia y según el prudente criterio del juez se determine la necesidad de restringir la extensión y alcance de la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años.

VIII.5. Declaración de incapacidad.

Con similar criterio a lo expuesto en el punto anterior, lo dispuesto en relación a la incapacidad de una persona humana es de aplicación inmediata. No puede prescindirse de lo establecido por el art. 32 CCyCN para los procesos de declaración de incapacidad que se encuentren en curso.

Ha resuelto la Corte Suprema que sus sentencias deben atender a las circunstancias existente al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevivientes a la

⁸⁴ Situaciones similares se presentan en la forma de los contratos de locación (art. 1188), bancarios (1380 y 1386), fianza (1579), cesión (1618), transacción (1643), etc. que deben ser hechos por escrito.

⁸⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. “La aplicación del Código civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Segunda Parte, p. 68.

interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la *litis*, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuren circunstancias sobrevivientes de las que no es posible prescindir.⁸⁶

La máximo Tribunal de nuestro país resolvió que se debe ajustar de inmediato la actuación del proceso a lo dispuesto por el art. 31 -y siguientes y concordantes- del Código Civil y Comercial de la Nación, así como a la restante normativa aplicable, receptando los fundamentos expuestos por el Procurador General quien exponía que en la sección destinada a las restricciones de la capacidad, el Código Civil y Comercial (Ley 26.994), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015, se ocupa de organizar el aspecto tocante a la competencia, que -por regla, y a falta de previsión legislativa en contrario- resulta de aplicación inmediata (Fallos: 327:2703; 331:116).⁸⁷

VIII.6. Nombre

Expresamente se pronunció la Corte suprema frente al planteo incoado en el que se pretendía inscribir al hijo concebido, con el apellido de la madre seguido del correspondiente al del padre formulado durante la vigencia de la ley 18.248.

Frente a la dilación del proceso, sin existir pronunciamiento sobre la referida medida, y ante el nacimiento del infante -ocurrido el 22 de junio de 2012-, los actores manifestaron que el niño fuese inscripto de conformidad con la citada ley 18.248, esto es, con el apellido del padre seguido del de la madre, sin perjuicio de continuar con el pleito a fin de obtener una oportuna rectificación de la partida de nacimiento.

El máximo tribuno sostuvo que la discusión quedó zanjada por las disposiciones del art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación –sancionado en el ínterin del proceso en curso- que autoriza a que el hijo lleve el apellido de alguno de los cónyuges, norma que resulta aplicable, en virtud de la regla general contenida en el art. 7º del citado código, vigente respecto de las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.⁸⁸

VIII.7. Tutela conferida por los padres.

El Código Civil contemplaba la tutela conferida por los padres -o por el que muera en último término-, quienes podían nombrar tutor por testamento o por escritura pública para que tenga efecto después del fallecimiento.

Los actos celebrados por el tutor designado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial son válidos. Se trata aquí, no de una norma de carácter supletorio sino imperativo, con efecto inmediato y regirá a las consecuencias de las

⁸⁶ C.S.J.N., 06/08/2015. “D.L.P., V.G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/Amparo”, Fallos 338:706. C.S.J.N., 17/05/ 2016. “P.V.A. s/art. 152 ter Cód. Civ.”. En el mismo sentido S.T.J. de R.N., 03/08/2016 “J.J.D.C. s/Declaración de Incapacidad s/Casación”.

⁸⁷ C.S.J.N., 04/10/2016, P., G. H. A. s/determinación de la capacidad.

⁸⁸ C.S.J.N., 06/08/2015. D.L.P.V.G. y otro c/Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/Amparo. Fallos: 338:706.

relaciones jurídicas existentes con anterioridad, como también a los hechos que modifiquen o extingan la relación.

El nuevo ordenamiento prevé la continuidad de la posibilidad de que los padres que no se encuentren privados del ejercicio de la responsabilidad parental pueda designar tutores a sus hijos menores de edad por testamento o por escritura pública, solo que ahora se adiciona la necesidad de que esa designación sea aprobada judicialmente (art. 106).

Lamentablemente no contamos, como en el derecho español, con una norma transitoria que disipe las dudas interpretativas respecto a la situación en la que se encuentra el tutor designado con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva plataforma jurídica y disponga que “los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto a su ejercicio, a las disposiciones de este código” (Disposición transitoria nº 8 del Código Civil español). Ante la ausencia de pautas específicas, consideramos la perdurabilidad eficaz de las anteriores designaciones, realizadas de conformidad a las formas entonces vigentes.

VIII.8. Divorcio contradictorio sin sentencia firme.

La acción de divorcio es una acción de estado de familia y el estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, es el que subsiste. En consecuencia, el estado de divorciado se adquiere con la sentencia firme, por lo tanto, si no hay resolución que haga cosa juzgada, el estado civil de divorciado no se ha adquirido, aplicándosele el nuevo código a todos los procesos de divorcio en trámite, ya que las leyes para la adquisición del estado civil que establezcan condiciones diferentes de las que antes existían se aplican desde que comienzan a regir. Como lo afirma Medina, la apelación quedará abstracta y se deberá confirmar el divorcio.⁸⁹

La Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, el 18 de septiembre de 2015, declaró abstracto un recurso extraordinario en el que se discutía la culpa y remitió el expediente al juez de primera instancia para que dictara el divorcio sin expresión de causa. Concluye Kemelmajer que todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, deben resolverse como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Se posiciona sobre la tesis de Roubier, conforme a la cual la extinción de la situación o relación jurídica se rige por la ley vigente al momento de esa extinción, entonces, si la sentencia definitiva se dicta después del 1 de agosto de 2015, el régimen que la regula es el del nuevo ordenamiento.⁹⁰

Así se expidió recientemente la Corte Federal⁹¹, predica que sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean

⁸⁹ Medina, Graciela: ob. cit. “Efectos ...”.

⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La Aplicación ...”, Segunda parte, p. 98. Expresa la jurista mendocina que la C.S.J.N. adhirió a este criterio (“Terren, Marcela María Delia c/Campili, Eduardo Antonio s/Divorcio”, 29/3/2016).

⁹¹ C.S.J.N., 18/10/2016. “B., O. F. c/ N., V. C. s/Divorcio art. 214, inc. 2º, del Código Civil”.

sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la *litis*, como aconteció con el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por la ley 26.994, norma esta última que derogó, entre muchas otras, las disposiciones del código civil que regulaban la disolución del matrimonio, en particular las vinculadas con la distinción entre las causales objetivas y subjetivas que autorizaban el divorcio de los cónyuges, corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la *litis* se dicten durante el juicio.

Menciona la Corte que no puede desconocerse que las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial -procedencia, modo, forma y efectos- se encuentran hoy reguladas en los arts. 435 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, normativa que, en virtud de la regla general establecida en el art 7° del mencionado código, resulta de inmediata aplicación al caso.

Aclara el máximo tribunal, que la ausencia de una decisión firme sobre el punto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones.

VIII.9. La prestación compensatoria y los juicios de divorcio terminados antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial establece una compensación económica en favor del cónyuge (art. 441) a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.⁹² Previéndose un plazo de caducidad de 6 meses para entablar la acción, contados desde el dictado de la sentencia de divorcio (art. 442).

Coincido con Medina en el sentido que la prestación compensatoria es un derecho que depende del estado de divorciado, y que puede solicitarse aunque la sentencia de divorcio haya sido dictada con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial por tratarse de una *consecuencia*, pero disiento respecto del momento a partir del cual contabilizar el plazo de seis meses previsto en la ley. Considerando que el nuevo Código determina que los plazos de caducidad no se suspenden ni se interrumpen, excepto disposición legal en contrario (art. 2567) –y aquí no la hay-, el transcurso de los 6 meses contados desde el dictado de la sentencia, produce la

⁹² La Comisión 3 de la Jornada Nacional de Derecho Civil (Bahía Blanca, octubre de 2015), concluyó por unanimidad que “las compensaciones previstas en los arts. 441, 442 y 524 del Código Civil y Comercial no tienen naturaleza indemnizatoria. El objetivo de la indemnización por daños es restituir a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso, mediante una reparación plena (art. 1740 Código Civil y Comercial). La finalidad de la compensación, en cambio, es corregir un desequilibrio patrimonial manifiesto. Por lo tanto, no es un instrumento de nivelación patrimonial”. Y agregó “... procede con independencia de la culpa o inocencia en la ruptura. Como excepción se verifica un componente subjetivo cuando se trata de nulidad del matrimonio, pues solo tiene derecho a ella el cónyuge de buena fe (art. 428)”.

extinción del derecho (conf. 2566).⁹³

VIII.10. El asentimiento y la vivienda familiar.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 456 y 522, prevé el asentimiento del cónyuge o conviviente –en unión convivencial inscripta- para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensable de ésta o incluso para transportar fuera de la vivienda el mobiliario familiar; y que ante la omisión de ese asentimiento, establece que podrá demandarse la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de 6 meses de haberlo conocido, pero no más allá de 6 meses de la extinción del régimen matrimonial.

Se trata de una nueva protección a la sede familiar, vinculada con la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, que deberá ser juzgada de acuerdo a la ley vigente en el momento de celebrarse el acto, razón por la cual estas disposiciones serán aplicables a actos ejecutados con posterioridad al 1 de agosto de 2015.

VIII.11. Inejecutabilidad de la vivienda familiar.

El Código sancionado el 1 de octubre de 2014, crea una protección especial a la vivienda familiar, al disponer que no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges o convivientes –en unión convivencial inscripta- conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro (conf. último apartado del art. 456 y último apart. del art. 522).

Ninguna hesitación nos alberga para sostener la aplicabilidad inmediata de la nueva normativa, respecto de la inejecutabilidad de la vivienda frente a deudas contraídas en la actualidad por uno solo de los integrantes del matrimonio o de la unión convivencial inscripta. ¿Pero que sucede con una deuda contraída por uno de los cónyuges con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley?

El caso expuesto, nos obliga en primer término a diferenciar si la deuda contraída es o no producto de un gestación contractual (por ej. una fianza), porque en ese caso nos posicionaría en el último apartado del art. 7º desde el punto de vista contractual, aunque frente a una norma de carácter imperativo por el interés protegido en juego. Si la deuda contraída es la consecuencia de un hecho ilícito, nos podrá ubicar en el apartado inicial, por ej. que la deuda se haya generado como consecuencia de un accidente de tránsito. En este caso, habrá que diferenciar el estado en el que se encuentre el reclamo. Si el planteo judicial no se hubiese iniciado o si iniciado no se obtuvo sentencia firme que reconozca el derecho, primará la protección legal dada a la vivienda familiar en virtud del efecto inmediato que conlleva la aplicación del nuevo ordenamiento. Pero no sería oponible esta protección, si la víctima del accidente hubiese obtenido resolución judicial firme disponiendo la ejecución del inmueble,

⁹³ Para Medina el plazo de caducidad se aplica no desde el dictado de la sentencia de divorcio, sino desde la entrada en vigencia de la ley reformada. Medina, Graciela: ob. cit. "Efectos ...", p. 1311.

porque en éste caso si se afectaría un derecho amparado constitucionalmente si pretendiese evitarse la ejecución ordenada basado en una ley posterior⁹⁴.

No obstante, la conclusión a la que se arriba en el último de los eventuales escenarios expuestos, no es posible generalizarla y afirmar de manera inexpugnable una tesis de estas características porque siempre habrá de considerarse el derecho constitucional de acceso a la vivienda.

La Corte revocó un fallo de Cámara en la que se había resuelto la ejecución de una vivienda familiar, siendo una de las codemandadas una persona en situación de vulnerabilidad declarada incapaz; bajo tales circunstancias, apreciadas con el valor en juego -la vivienda única-, exigían una evaluación particularmente minuciosa del asunto a fin de evitar que una persona con discapacidad pudiera quedar sujeta a ciertos actos judiciales sustanciados sin su participación y sin la presencia del ministerio pupilar.⁹⁵

Recientemente el máximo Tribunal consideró que en caso de duda sobre la aplicación, interpretación o alcance de la ley, los jueces deben decidir en el sentido más favorable a la subsistencia y conservación de la vivienda digna y la protección integral de la familia, en los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.⁹⁶

En la misma tesitura expone Kemelmajer que la defensa de la vivienda familiar integra el bloque de constitucionalidad y que cómo mínimo, ante una situación dudosa, la interpretación debe priorizar a quien tiene un derecho sobre la vivienda, por encima de quien sólo ostenta un derecho creditorio.⁹⁷

VIII.12. Asentimiento conyugal para enajenar o gravar bienes gananciales.

Sin penetrar en la precisión terminológica y de conceptos entre ambos preceptos, sin lugar a hesitaciones hay una continuidad temática entre el art. 1277 del Código Civil y el art. 470 del Código Civil y Comercial, en relación a la exigencia de la participación del cónyuge no disponente para otorgar su asentimiento frente a actos de enajenación y gravamen de bienes gananciales enunciados en el nuevo precepto y más

⁹⁴ Destacamos como prioritario el derecho a la vivienda –de raigambre Constitucional, junto a Tratados que tienen esa jerarquía, Constituciones Provinciales, tratados sin jerarquía, leyes nacionales, que es el nuevo ámbito del derecho que incorpora el CCyCN; aunque en el caso concreto debería haber sido planteado oportunamente –durante la vigencia del Código Civil- para que el magistrado resolviera esa puja de derechos. El jurista, según la enseñanza de Cosola –a la que adhiero-, debe argumentar el caso con todas las fuentes que a su lado tiene para alcanzar un resultado justo. En un análisis más generalista, dice -en sintonía con Rodolfo Vigo- que el cambio en esencia radica en una clara mutación desde la ley hacia el derecho, o más precisamente en el traspaso desde el Estado de Derecho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional. Cosola, Sebastián: “La capacidad, la minoridad y el principio de razonabilidad notarial (Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3 del Código Civil y Comercial de La Nación)”, ponencia presentada a la XXXII Jornada Notarial Argentina. Buenos Aires, 2016.

⁹⁵ C.S.J.N. 22/12/2015. Terruli, Jorge Miguel c/González, Manuel Enrique y otros s/ ejecución hipotecaria. T. 334. XLVIII. RHE.

⁹⁶ C.S.J.N., 12/7/2016. Dalamaca S.A. c/Nahra, Raúl Héctor y otro s/ejecución especial ley 24.441. Fallos: 339:919.

⁹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. “La aplicación ...”, Segunda Parte, p. 137.

genéricamente en el art. 1277 pero circunscripto a bienes inmuebles, derechos o bienes registrables cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y la transformación y fusión de sociedades de personas.

La distinción notoria se presenta en requerir a partir del Código unificado, el asentimiento para las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores; es decir acuerdos que no tienen la forma legal prevista para transmitir derechos reales, pero que se les concede el valor de *promesa* de transmitir.

Como corolario de ello, los contratos formalizados por instrumento privado, por los que se haya comprometido la venta de un bien enunciado en el art. 470, requerirá contar con el asentimiento, cuando los mismos estén fechados a partir del 1 de agosto de 2015. Respecto de los anteriores, estarán regidos por el apartado final del art. 7º y no podrá exigírseles el asentimiento en ese acuerdo formalizado por instrumento privado, lo que no quiere decir que no sea exigible el asentimiento conyugal cuando se concrete el acto.

VIII.13. Alimentos al cónyuge inocente.

El art. 207 C.C. establecía que el cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal -en los casos del art. 202- debía de contribuir a que el otro -inocente- mantenga su nivel económico del que gozaron durante la convivencia, fijándose alimentos en base a una serie de pautas preestablecidas.

El Código sancionado en 2014 no conserva ni la separación personal ni incursiona en las causales que desembarcaron en el divorcio conyugal. En consecuencia, considerar el mantenimiento o no de los alimentos no parece una tarea sencilla y habrá que estar a la situación procesal en la que se encuentre el proceso judicial correspondiente.

Coincido con Medina, que si existe una sentencia que determina la inocencia de un cónyuge en la separación o divorcio, no puede ser modificada por la entrada en vigencia de un Código que no sanciona la culpabilidad ni el dolo en materia matrimonial, porque los alimentos del inocente integran el derecho de propiedad constitucional que no puede ser alterado por una ley posterior.⁹⁸

VIII.14. Régimen de bien de familia y régimen de Vivienda

La ley ómnibus 14.394⁹⁹ reguló en nuestro país el régimen de bien de familia, normativa que estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2015, cuando el art. 3 de la ley 26.994 la derogó expresamente. Desafortunadamente, la ley sancionada en 2014 no prevé una norma transitoria que nos suministre algún elemento de conexión entre la estructura jurídica del régimen de “bien de familia” y el de “vivienda” incorporado en los artículos 244 a 256 del nuevo ordenamiento.

Este vacío normativo, nos conmina a plantearnos si la ley 14.394 -en sus arts. 34 a 50- permanece vigente para las relaciones jurídicas constituidas como tales durante el

⁹⁸ Medina, Graciela: ob. cit. “Efectos ...”.

⁹⁹ Sancionada el 22 de diciembre de 1954, publicada en el B.O. nº 17805, el 30 de diciembre de 1954.

amparo de esa ley –con sus requisitos y elementos preestablecidos-, por el efecto diferido dispuesto en el art. 7º CCyCN; o si se produce un *encadenamiento normativo* en el que le serán aplicables las disposiciones estatuidas en el Código Civil y Comercial a las consecuencias que se produzcan ahora de las situaciones jurídicas anteriormente constituidas. Interpreto que paradójicamente ambas respuestas podrían ser afirmativas.

Analicemos un ejemplo:

En el año 2012 el titular dominial afectó al régimen de bien de familia un inmueble *rural* (art. 34 ley 14.394), en el que desarrolla personalmente su actividad productiva de la que obtiene los fondos necesarios para el sustento familiar (conf. art. 41 de la ley cit.), habiendo designado como beneficiario a uno de sus hijos. Ahora, sancionado y vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, ese titular dominial quiere designar beneficiario a su conviviente.

El conflicto de leyes en la hipótesis expuesta es evidente. La ultraactividad de la ley 14.394 se impone necesariamente en resguardo de la afectación del inmueble *rural* al régimen de bien de familia; más aun considerando que es una situación no prevista de manera expresa en el nuevo ordenamiento¹⁰⁰. En cuanto a la posibilidad de incluir ahora como beneficiario al conviviente, por el efecto inmediato de la ley, entra a regir el Código Civil y Comercial (art. 246 CCyCN) admitiéndose esta designación, ya sea que la consideremos como una consecuencia actual de la situación jurídica preexistente o bien –en la doctrina del maestro cordobés Moisset de Espanés- como un hecho modificadorio.

Podemos afirmar que no puede afectarse el derecho constituido con anterioridad, porque de lo contrario, se estaría vulnerando un derecho amparado por garantías constitucionales; a partir de lo cual correspondería sostener que en casos como el expuesto se genera un encadenamiento forzoso en aras de proteger un bien tanpreciado para la sociedad como lo es el inmueble en el que se posiciona el hogar familiar o en el cual se producen los bienes necesarios para su sustento económico.

No podemos, apartarnos de esta temática, sin dejar de considerar la imperiosa intervención judicial para revertir la tendencia impuesta en los primeros pronunciamientos registrales al expedirse en relación a la subrogación real. Es insólitamente absurdo y antagónico con el sentido de toda reforma legislativa, que se sancione una ley que en vez de resultar más benévola y superadora que la normativa

¹⁰⁰ Decimos no prevista ya que cuando el art. 256 alude a inmueble rural, desafortunadamente lo hace diciendo sólo que “las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales”; con lo cual, en concordancia con el art. 244 y considerando la eliminación de lo previsto en el art. 41 de la Ley 14.394, debemos presumir que el caso expuesto, si pretendiese constituírse hoy, no contaría con amparo legal. Sin perjuicio de sugerir su inclusión expresa y puntual de este supuesto en alguna reforma legislativa, bregamos para que se vea receptada en inminentes pronunciamientos judiciales, la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien sostiene que “el CCyC admite la afectación de inmuebles productivos, prueba de lo cual es que el artículo 251 soluciona el problema de la embargabilidad de los frutos y el art. 256 se refiere concretamente al inmueble rural”. Kemelmajer de Carlucci, Aida: ob. cit. “La aplicación ...” Segunda parte, p. 83.

vetusta, incorpore vacíos, confusión o lo que es peor retrocesos interpretativos.¹⁰¹ Así por ej. sostuvo la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, de La Plata¹⁰² que no corresponde admitir la subrogación real prevista en el art. 248 CCyCN cuando dicho cambio se pretende aplicar de un inmueble afectado al régimen de vivienda (antes de bien de familia) a otro inmueble que obraba en el patrimonio del titular subrogante. Lamentablemente el prestigioso Tribunal equivoca en su interpretación del art. 248 del cit. Código. Es cierto que la disposición no es clara, sino todo lo contrario, pero abocándonos a interpretarla con los lineamientos expuestos en el artículo 2º CCyCN, en particular “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, ..., las disposiciones sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, debemos considerar que corresponde admitir la subrogación cuando se transmite la afectación del régimen en cuestión “a la **vivienda** adquirida en sustitución de la afectada”.

La ley alude a vivienda y cuando el Código emplea este concepto, lo hace en un sentido dinámico, vivo, familiar, protectorio y no ha inmueble o parcela como cosa (ver por ej. el art. 456 CCyCN). Y refiere a que esa vivienda haya sido adquirida –en sustitución de la anterior-, lo que no quiere decir que haya sido comprada en ese acto.

No existe impedimento alguno, para interpretar que una persona puede adquirir un inmueble con una precaria edificación o directamente baldío y luego de un período de tiempo –en el que vuelva a hacerse de fondos- refaccione la construcción existente o construya en el terreno, una vivienda digna en reemplazo de la anterior para trasladarse allí y proseguir con la protección legal de su asiento familiar.

Este supuesto debe necesariamente ser respetado por el intérprete de la ley, considerando la finalidad, las disposiciones sobre derechos humanos y principalmente una coherencia no solo con el Código Civil y Comercial sino con el ordenamiento jurídico en su conjunto, en cuya cúspide piramidal se encuentra nuestra carta magna.

VIII.15. Régimen patrimonial matrimonial.

Uno de los reclamos más aclamados por la sociedad jurídica, era el de incluir en nuestra plataforma normativa la posibilidad de optar convencionalmente entre diversos regímenes económico matrimoniales, lo que pasó a ser una realidad en los arts. 446 inc. d y 449 del Código Civil y Comercial.

Entendemos que no existe ningún conflicto de normas en este acápite y que el nuevo ordenamiento opera de manera inmediata por ser una cuestión de orden público.

Un matrimonio que contrajo nupcias durante la vigencia de la anterior legislación y se encuentra regido por el régimen de comunidad de gananciales, podrá ahora celebrar una capitulación matrimonial y pactar el cambio de régimen de acuerdo a lo prescripto

¹⁰¹ Vélez hace *siglo y medio* predicaba en su obra maestra que “el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presumen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir. ...” (Nota al art. 4044 C.C.).

¹⁰² Cám. Apel. Civil y Comercial de La Plata, sala I, 16/6/2016, “Dirección General del Registro de la Propiedad, Expediente N° 23077-1003/2016 iniciado por el notario Emilio Coto” s/subrogación real de inmueble, por la que confirma la Resolución Contencioso Registral n° 1/2016.

en el art. 449 CCyCN, incluso durante el primer año de vigencia de la nueva legislación.

VIII.16. Calificación de los bienes.

Otro de los temas de constante evaluación, no solo analítica en cuanto a la realidad fáctica del bien sino en cuanto a su esencia jurídica lo es el de calificar el carácter de los bienes en propios y gananciales, corriente en la que el nuevo ordenamiento se pronuncia de manera explícita.

Por ejemplo se pronuncia claramente a favor de la tesis monista del carácter de los bienes (conf. Art. 466 inc. k y 465 inc. n). Aquellos bienes adquiridos con anterioridad al 1 de agosto de 2015, y que pudiesen haber sido reconocidos en parte con el carácter de propios y en parte gananciales, conservarán ese carácter de mixtos, ya que la ley no tiene efectos retroactivos ni puede afectar el derecho de propiedad de sus titulares.

Pero las partes indivisas de los bienes que adquiriera cualquiera de esos cónyuges, cuyas nupcias fueron contraídas con anterioridad al 1 de agosto de 2015, serán bienes propios o gananciales según el carácter que tuviera la primera parte indivisa de ese bien.

En esta temática el Código Civil y Comercial de la Nación es de aplicación inmediata, por ser una consecuencia del matrimonio.

En cuanto a la reinversión de los bienes, Kemelmajer sostiene que “el art. 466 CCyCN reitera la solución del art. 1246 C.C., sólo que con un texto más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y ... que no exige los requisitos entre cónyuges o sus herederos, sino sólo para hacerlo oponible a terceros”.¹⁰³ Compartimos la apreciación sobre la evolución técnica del precepto en cuanto a la igualdad jurídica de los cónyuges. Aunque no deja de preocuparnos el tenor del art. 466, en cuya parte final del primer párrafo, reza “Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges”. De su lectura no queda del todo claro si lo que pretende resguardarse es el carácter del bien o el interés de los terceros. Si no está en juego el interés de terceros ¿los cónyuges pueden aclarar, simplemente mediante una confesión el carácter del bien? De su interpretación, debemos deducir que sí, aun cuando se trata de una materia en la que está en juego el orden público.

En cuanto a la inversión o reinversión de bienes propios, cuya aclaración de tal carácter se omitió en el acto escriturario, con la conformidad del otro cónyuge. El Juzgado Nacional de Primera Instancia nº 63 expresó, ante la omisión de la conformidad del cónyuge en la escritura adquisitiva aclarando que se trataba de un bien adquirido con fondos propios del consorte “nada impide que ambos cónyuges efectúen una declaración notarial complementaria del acto escriturario en cuestión”, ya que a los fines de subsanar la omisión, “no se verifica en la especie hipótesis de negativa o imposibilidad de obtener la conformidad del cónyuge que prevé el art. 466 del CCyCN que habilite el requerimiento de una declaración judicial (...) (Conf. Lorenzetti, R. L. Código Civil y Comercial Comentado. T. III, pág. 456)”. Considera el sentenciante Dr. Pablo Torterolo que la naturaleza de la acción incoada significa un

¹⁰³ Kemelmajer de Carlucci, Aida: ob. cit. “La aplicación ...”, p. 139.

inútil dispendio de la actividad tanto jurisdiccional como de las partes y sus letrados.¹⁰⁴

La Comisión 2 de la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, agosto de 2016), concluyó que “la omisión de la declaración del carácter propio del bien y/o la conformidad del otro cónyuge en la escritura pública de adquisición, puede subsanarse en sede notarial por escritura complementaria.”

En esta misma corriente interpretativa se enroló la DTR 21/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, dictada el 15 de noviembre de 2016, por la que se dispone la viabilidad de la instrumentación notarial complementaria por parte de los cónyuges para subsanar la omisión de consignar el carácter propio de los bienes en el acto de adquisición.

VIII.17. Uniones convivenciales.

Las uniones convivenciales no estaban contempladas en el Código Civil. Su tratamiento dentro de la legislación nacional fue reflejado *sistemáticamente* recién por el Código unificado.

El citado Código la define como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo (art. 509). Concepto que en sus caracteres evidencia una necesidad de estabilidad y permanencia en el tiempo, lo que es ratificado de manera expresa por el requisito de la convivencia por un período no inferior a dos años (inc. e del art. 510).

Lamentablemente no hay una directiva transitoria específica que precise si el Código Civil y Comercial se aplica *aún* a las uniones convivenciales anteriores a su entrada en vigencia, que nos permita considerar el período de convivencia prescripto en el art. 510 inc.e), aunque lo interpretamos de manera afirmativa. En consecuencia, podrán solicitar la inscripción prevista en el art. 511 CCyCN siempre que acrediten los requisitos preestablecidos en el marco normativo vigente, como también celebrar pactos convivenciales.

Los pactos celebrados entre los convivientes hasta el 31 de julio de 2015, deben atenerse en cuanto a su eficacia al derecho entonces vigente, mientras que las consecuencias producidas a partir del 1 de agosto de 2015 de esas situaciones jurídicas antes nacidas, serán regidas por el Código Civil y Comercial.

Dentro de la regulación que los regirá, los convivientes están sujetos a los derechos y deberes fijados en el ordenamiento jurídico (asistencia, cargas del hogar, asentimiento, solidaridad por las deudas del hogar familiar).

El Código Civil y Comercial establece una compensación económica en favor del conviviente (art. 524) a quien el cese de la convivencia produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada su ruptura. Previéndose un plazo de caducidad de 6 meses para entablar la acción, contados desde que se produzca cualquiera de las causas de finalización de la convivencia (525). Esta disposición es aplicable únicamente cuando la ruptura se

¹⁰⁴ Juzg. Nac. 1ª Instancia nº 63, autos “Pugliese, Rosana s/Acción Declarativa”, 22/12/2015.

produzca durante la vigencia del nuevo ordenamiento –aun cuando la unión se haya constituido con anterior a la vigencia del código actual-.

VIII.18. Obligaciones en moneda extranjera.

El Código Civil y Comercial dispone que las obligaciones en moneda extranjera, se considerarán como de dar cantidades de cosas y se podrán cumplir dando el equivalente en moneda de curso legal (art. 765), sin dar pautas precisas para determinar si nos encontramos ante un supuesto de norma imperativa o supletoria.

Sin perjuicio de evaluarse en cada caso, si la moneda extranjera es un elemento esencial del contrato, si sólo es una cláusula ajuste o condición de su cumplimiento, es la doctrina y la jurisprudencia quien está despejando el manto de incertidumbre que cubre esta disposición.

La sala F de la Cámara Nacional Civil, integrada por los doctores Eduardo A. Zannoni, Fernando Posse Saguier y José Luis Galmarini reseñó que las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes y que de conformidad a lo prescripto por el art. 7º del Código Civil y Comercial, cuando la norma es supletoria no se aplica a los contratos en curso de ejecución, debiéndose aplicar por tanto la normativa supletoria vigente al momento de la celebración del contrato.

Concluye que el art. 765 del Código Civil y Comercial no resulta ser de orden público, y por no resultar una norma imperativa no habría inconvenientes en que las partes en uso de la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 962 del código citado) pacten -como dice el art. 766 del mismo ordenamiento-, que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada.¹⁰⁵

La comisión 2 de la XXV Jornada Nacional de Derecho Civil, llevada a cabo en la ciudad de Bahía Blanca (octubre de 2015), concluyó por mayoría que “La facultad de pago en moneda nacional puede renunciarse, por ser la norma dispositiva” (15 adhesiones) mientras que el despacho minoritario proponía la indisponibilidad de la facultad de pago por tratarse de una norma de orden público (5 adhesiones).

VIII.19. Aceptación o renuncia a la herencia.

El novísimo ordenamiento civil y comercial dispone que el derecho de aceptar la herencia caduca a los diez años de la apertura de la sucesión y que quien no lo acepte en ese plazo se tendrá por renunciante (2288), sin perjuicio de la intimación a aceptar o renunciar la herencia en un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses renovable una sola vez por justa causa (2289).

Serán aplicables las nuevas disposiciones en virtud de los plazos de prescripción más acotados que incorpora el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2537), aún a las sucesiones abiertas con anterioridad al 1 de agosto de 2015, excepto que este modo de computar lleve a un plazo superior al de 20 años que manera confusa prescribía el

¹⁰⁵ CNCiv., Sala F: “F., M. R. c/A., C. A. y otros s/ Consignación” y “L., T. y otros c/ F., M. R. s/ Ejecución Hipotecaria; en el mismo sentido: “A., J. A. y Ot. c/ P. M. S.A. s/ ejecución hipotecaria”. R. 7933/2015. eDial.com - AA92B6. Publicado el 09/11/2015.

Código Civil, clarificado oportunamente por la jurisprudencia entonces reinante.

VIII.20. La acción de reducción y las donaciones.

El Código Civil y Comercial innova en la materia e incorpora una polémica disposición que ha generado críticas provenientes tanto del ámbito civil en general como notarial en particular; pero también apreciaciones positivas en consideración a la estabilidad que adquiere el título proveniente de una donación, que no será pasible de una acción de reducción, *aunque* luego de transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión (art. 2459¹⁰⁶ CCyCN).

Los interrogantes que se plantea el intérprete, ante la ausencia de normas transitorias aplicables al caso, radican en tratar de discernir la aplicabilidad de este precepto a las donaciones otorgadas durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, realizadas con la convicción de ser títulos que no merecían observación alguna (en atención que aquella acción de colación no conllevaba efectos reipersecutorios), cuando el donante falleció con posterioridad al primero de agosto de 2015.¹⁰⁷

Si el donante falleció durante la vigencia del nuevo ordenamiento de derecho privado, se le aplica la norma de manera inmediata, aun cuando la donación se haya realizado con anterioridad. La cuestión de fondo necesariamente se vincula a la transmisión de derechos por causa de muerte, donde ese hecho jurídico es el hito que causa la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia (derechos, acciones, porción legítima, etc.), de conformidad a la ley vigente en ese momento.

Ribera critica esta disposición y sostiene que será un factor –entre otros- generador de litigiosidad y variada jurisprudencia porque el Código no determina si los diez años se cuentan desde la fecha de la donación o desde la fecha de vigencia del nuevo Código.¹⁰⁸

En este sentido, corresponde interpretar que los diez años de posesión a que hace referencia el art. 2459 CCyCN se computan inevitablemente desde el acto o hecho fehaciente que evidencie la circunstancia fáctica de la *adquisición de la posesión*¹⁰⁹, como literalmente lo expresa el precepto, sin importar que ese momento se haya producido con anterioridad al 1 de agosto de 2015 o con posterioridad. Vale aquí traer a colación, la presunción legal emanada del art. 1914 CCyCN –inspirado en el art. 4003 C.C. aunque llevado al extremo- que establece que cuando media título, la relación de

¹⁰⁶ **Artículo 2459 CCyCN. Prescripción adquisitiva.** La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901.

¹⁰⁷ Ver Cerávolo, Angel Francisco: “La interpretación intertemporal de la ley y las donaciones a herederos forzosos”.

¹⁰⁸ Rivera, Julio César: ob. cit. “Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)”.

¹⁰⁹ Bono sostiene que la correcta intelección exige computar el plazo no sólo desde el momento de la adquisición de la posesión, sino en cuanto ella haya sido adquirida mediante tradición y en mérito de un título suficiente, sin lo cual no se habrían cumplido los requisitos de título y modo que dan lugar a la adquisición del derecho real que protege la norma del artículo 2459. Bono, Gustavo A.: ob. cit. “El artículo 7º ...”, p. 365.

poder comienza desde la fecha del título y en la extensión que en él se indica.¹¹⁰

¿Qué sucede con esa donación si el donante murió antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación? La ley 26.994 no ha dispuesto su retroactividad en este sentido. La ley vigente al momento de producirse la defunción del titular dominial será la que rija las legítimas y demás aspectos relacionados con la sucesión en general y las donaciones en particular.

Entra en juego en esta etapa transitiva, la norma intertemporal prevista en el art. 2537 CCyCN para las prescripciones, la que es oportuno conjugar con el art. 2560 CCyCN que establece un plazo genérico de cinco años para las prescripciones, aplicable a la acción de reducción ante la ausencia de un plazo específico, que lógicamente habrá de empezar a computarse desde el momento del fallecimiento del donante.

En consecuencia, si la apertura de la sucesión se produjo durante la vigencia del Código Civil, la acción de reducción podrá ejercerse hasta el momento en el que esta prescriba, ya sea según el plazo previsto en el Código de Vélez –diez años- o el estipulado en el código vigente –cinco años-, el ocurra en primer término (conf. art. 2537).

Entonces, aún nos resta definir la situación en la que se encuentran las donaciones otorgadas –constante el Código velezano- durante la brecha temporal en la que la acción de reducción podría interponerse por parte de alguno de los herederos legitimarios. Estos actos, son los que podrán replantear el remanido tema de la perfección / imperfección de esos títulos, atribuyéndole efectos reipersecutorios a la acción con independencia de quién sea el titular actual del bien o asignarle únicamente efectos personales (patrimoniales) sin afectarse la cadena dominial, resolviéndose con la restitución del valor –como lo sosteníamos-; referenciándose jurisprudencia que oscilará desde el centenario plenario capitalino “Escary con Pietranera”¹¹¹ hasta los últimos precedentes jurisprudenciales.

Guardiola, en un reciente fallo, luego de sintetizar las tesis interpretativas que se han suscitado en la doctrina nacional acerca de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si solo se debe el valor del excedente a modo de colación, concluye que a la luz de las previsiones del art. 2386, en coordinación con los arts. 2453 y 2458 se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, es derecho vigente que la donación está sujeta a reducción por el valor en exceso. Y

¹¹⁰ Para Armella, la adquisición de la posesión es en principio desde que se celebra el contrato que es consensual con eficacia real, y el donante hace tradición de la cosa al donatario para que éste último la adquiera, cumpliéndose además con la forma legal impuesta (la escritura pública) tanto sea para inmuebles como muebles registrables. Con igual criterio debe sostenerse en caso de que el donatario reciba el dominio desmembrado, pues tanto el nudo propietario como el usufructuario adquieren la posesión y la ejercen en consonancia con la naturaleza jurídica del derecho real que ostentan. Armella, Cristina N.: “El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 430. AR/DOC/1132/2015.

¹¹¹ En este plenario de fecha 11 de junio de 1912, la Cámara Nacional en lo Civil en pleno, calificó como observable una donación a terceros, en razón de que surgía del mismo título la preterición de la hija del donante, quien revestiría posteriormente la calidad de heredera forzosa de aquel. J. A. Tomo 5, pág. 1 y Gaceta del Foro, Tomo 24, pág. 121.

respecto a las situaciones anteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, remite a las soluciones brindadas por Moisset de Espanés, “donde la aplicación inmediata sólo sería admisible -a su entender-, por tribunales que ya estuvieran aplicando el criterio que ahora se consagra...” y la de Kemelmajer de Carlucci, para quien en opinión que comparte “sería deseable que el juez aplique el criterio de la nueva ley”. Y aclara que ello no sería aplicar retroactivamente el precepto sino “analizar el caso conforme a la legislación anterior, pero a la luz de la doctrina que propiciaba la misma solución a la que el luego el legislador adhirió”.¹¹²

Las donaciones eran y continúan siendo contratos consensuales, gratuitos, irrevocables, aunque por su estrecha vinculación con las disposiciones de última voluntad, se encuentran asociados de manera directa con el régimen sucesorio, en particular con el anticipo de herencias y consecuentemente con el régimen de legítimas.¹¹³

En relación a los títulos provenientes de donaciones, la trascendental reestructuración del derecho privado en nuestro país, no se concretó en los términos y normas adecuadas, en pos de la seguridad jurídica que debe primar en el tráfico jurídico y negocial. La aislada expresión vertida en los fundamentos del Anteproyecto del Código donde se argumentó *una intención de solucionar* el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico, no pasó de ser en los hechos una mera expresión de deseos, que afecta no solo a las donaciones que se realicen a partir del 1 de agosto de 2015, sino que el manto de incertidumbre se vuelve a correr sobre las donaciones inmobiliarias realizadas durante los últimos años.

Para Bono, el transcurso de diez años contados desde la donación y si ha fallecido el donante (aun recientemente), sin que se haya interpuesto la acción de reducción antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, luego torna inviable su interposición en virtud de lo dispuesto por el art 2459 CCyCN.¹¹⁴

Como lo afirma Armella, de los artículos 2457 y 2458 CCyCN no cabe ninguna duda interpretativa acerca de que la acción de reducción, quedó regulada como una acción real o por lo menos como una acción personal con eficacia real, desde que tiene virtualidad suficiente de extinguir los derechos reales constituidos por los titulares de dominio que componen la cadena dominial al tiempo de volver el dominio a los herederos del donante. El régimen convierte al derecho real de dominio adquirido por donación, sin interesar que sea intra-familiar o a terceros, en un dominio menos pleno o imperfecto, resoluble por inoficiosidad.¹¹⁵

VIII.21. Derecho de habitación legal del cónyuge supérstite.

¹¹² Voto del Dr. Juan José Guardiola como integrante de la Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de Junín (Bs. As.), 26/05/2016. “B. A. J. y Otros c/ B. B. C. s/Acción de Colación”. El Dial Express 3/6/2016 y en www.scba.gov.ar.

¹¹³ Dispone el art. 2565 CCyCN sobre *donaciones inoficiosas* que “... A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima”; mientras que el art. 2445 para las porciones legítimas establece que “...se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados ...”.

¹¹⁴ Bono, Gustavo A.: ob. cit. “El artículo 7º ...”, p. 380.

¹¹⁵ Armella, Cristina N.: ob. cit. “El contrato de donación ...”.

El art. 3573 bis, agregado por ley 20.798¹¹⁶ al Código Civil, atribuía al cónyuge supérstite el derecho real de habitación vitalicio y gratuito sobre el único bien habitable integrante del acervo y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuyo valor no sobrepasase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. Este derecho debía ser petitionado por el cónyuge supérstite al juez del sucesorio.

En el nuevo Código, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite opera *ministerio legis*; y sólo es aplicable de esta manera para las sucesiones abiertas a partir del 1 de agosto de 2015. El art. 2383 del CCyCN conserva el carácter vitalicio y gratuito del derecho real de habitación, requiere que haya sido el último hogar conyugal y que no se encontrase en condominio con otras personas –interpreto que con la excepción del cónyuge supérstite¹¹⁷ aunque ya no exige que sea el único bien del acervo sucesorio.

VIII.22. Nuera viuda sin hijos.

El derecho asignado por el art. 3576 bis a la nuera viuda¹¹⁸ que permanece en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobreviviesen en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, fue derogado por el Código sancionado mediante ley 26.994. De esta manera, si la nuera heredó a alguno de sus suegros y esa sucesión se abrió con anterioridad al 1 de agosto de 2015, sus derechos se encontrarán regidos y le será aplicable la normativa dispuesta en el Código Civil de Vélez Sarsfield –texto según Ley 23.515-. Es decir, la ley 26.994 que deroga el citado Código decimonónico, no será aplicable al caso expuesto por carecer de efectos retroactivos.

Si la apertura de la sucesión aconteció con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la nuera viuda sin hijos no tendrá derecho hereditario, por ser esa una institución derogada en el nuevo ordenamiento y ser el mismo de aplicación inmediata (conf. Art. 7º CCyCN).

VIII.23. Acuerdo partitivo por menores emancipados por matrimonio.

El inc. 1 del art. 3465 del Código Civil establece que los menores, aunque estén emancipados, sólo podrían realizar las particiones hereditarias judicialmente. El nuevo ordenamiento suprime la mención de los emancipados en su art. 2371 que contempla los distintos casos en los cuales la partición hereditaria debe ser realizada en el ámbito judicial.

Si consideramos, este precepto -2371 CCyCN- en concordancia con el art. 27 del Código Civil y Comercial que establece que la persona emancipada por matrimonio goza de plena capacidad de ejercicio –con las limitaciones previstas legalmente-,

¹¹⁶ Sancionada el 27 de septiembre de 1974, publicada BO nº 23016 el 16 de octubre de 1974.

¹¹⁷ En el mismo sentido “Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, Dtor. Eduardo G. Clusellas, t. 8, p. 157. Astrea – FEN. Buenos Aires, 2015.

¹¹⁸ Conf. Ley 23.515 sancionada el 8 de junio de 1987, publicada en BO nº 26.157 el 12 de junio de 1987. Jurisprudencialmente se había extendido este derecho al yerno viudo sin hijos. La Justicia cordobesa se pronunció en ese sentido declarando la inconstitucionalidad de la norma por discriminatoria e injustificable.

podemos considerar que debe considerarse *en principio*¹¹⁹ válida una partición privada (art. 2369) celebrada a partir del 1 de agosto de 2015. En cambio si ese acuerdo se remonta a la vigencia del Código Civil, deberá considerarse la invalidez del acuerdo formalizado de manera extrajudicial por no sujetarse a la ley que le era aplicable, acto que no podrá ser subsanado por el nuevo ordenamiento.

VIII.24. Sociedades Civiles.

El Código Civil y Comercial de la Nación no contiene normas de derecho transitorio específicas para el ámbito societario. A partir del tenor del art. 7º del Código, es fundamental precisar que estas sociedades son el fruto de un acto constitutivo voluntario a partir del cual nace un nuevo sujeto de derecho y que como tal devenga una serie de relaciones jurídicas en su seno interno (cuestiones orgánicas, de organización, entre los socios) como también relaciones con terceros.

Las sociedades Civiles constituidas de acuerdo a previsto en los arts. 1648 a 1788 bis del Código Civil se mantienen –aunque no podrán constituirse nuevas basadas en la plataforma legislativa derogada-. Estas sociedades no cuentan con sustento normativo en el nuevo ordenamiento Civil y Comercial, y si bien la ley 26.994 derogó al Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, éste en virtud de lo prescripto en el artículo 7º CCyCN *in fine* continuará *vigente* para regir estas sociedades civiles en curso.

En este sentido, expone Moisset de Espanés que el art. 7º es incompleto –porque debieran haberse previsto normas de tránsito- al estar concebido no para el cambio de ley a silencio, sino de ley a ley. Afirma el ex miembro del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba que la derogación global, sin consagrarse una solución contraria crea un vacío, un silencio. De manera tal, que si se plantea un supuesto que estaba regido por el código de Vélez, cuya regulación ha desaparecido –como es el caso-, las partes y el juez tendrán que recurrir al código de Vélez, manteniéndose así aún vigente la normativa anterior para solucionar los problemas que se planteen.¹²⁰

Conforme al art. 7º último apartado, las sociedades civiles constituidas durante la vigencia del Código Civil continúan siendo sujetos de derecho regidos por las estipulaciones contractuales y supletoriamente por el Código Civil, de acuerdo a lo prescripto en el art 963 inc. c) del Código Civil y Comercial (efecto diferido de la ley), siempre que no se transformen en sociedades de algunos de los tipos previstos en la ley general de sociedades.

Cuando la sociedad civil no tiene un plazo determinado, la mayoría de la doctrina coincide que se rigen por la Sección IV del Capítulo I de la Ley de Sociedades, ya que no puede entenderse que el plexo normativo se haya previsto como co-integrante del plexo contractual, justamente porque el límite temporal no está definido.¹²¹

¹¹⁹ Deberá analizarse que el acuerdo no implique una **disposición** de bienes a título gratuito, tarea que lógicamente demandará un análisis casuístico del patrimonio y del acto partitivo.

¹²⁰ Moisset de Espanés, Luis: “Los silencios del nuevo Código y el derecho transitorio”, Jornada en la UBA, 25/04/2016, referenciada en Derecho al día, Boletín informativo de la Facultad de Derecho, año 15 nº 266 del 19 de mayo de 2016. Buenos Aires.

¹²¹ Para Vítolo, en todo aquello no regulado respecto de las mismas en las convenciones del contrato o en el cuerpo principal del Código, se rigen por lo dispuesto en la Sección IV de la ley 19.550 –art. 963,

En cuanto a las obligaciones sociales nacidas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código se rigen por las disposiciones del Código Civil, aun si corresponden a sociedades civiles de plazo indeterminado.

VIII.25. Sociedades irregulares

La ley 26.994 mantuvo incólume la redacción asignada al art. 7º de la ley 19.550, que establece que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción registral –al derogarse el Código de Comercio, corresponde igual destino al instituto del Registro Público de Comercio-. En el nuevo contexto normativo se deroga el sistema sancionatorio aunque no la irregularidad.

Si la sociedad se encontraba en proceso de regularización, interpreto –enrolándome en la tesis de Vítolo- que el procedimiento debe seguir bajo las previsiones del art. 22 conforme al texto incorporado por la ley 22.903 y en el ínterin regirse por las normas de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550 con las reformas introducidas por la ley 26.994.

En esta plataforma legislativa, a partir del 1 de agosto de 2015, toda sociedad constituida pero sin inscribir, o que se constituye pero no se inscribe, es una sociedad irregular.

La responsabilidad de los socios de las sociedades irregulares es solidaria e ilimitada por las obligaciones contraídas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.994 (efecto diferido); mientras que por las obligaciones que contraigan después del 1 de agosto de 2015, responden en forma mancomunada y por partes iguales –salvo acuerdo contractual en contrario-.¹²²

En este sentido se pronunció el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro al expedirse respecto de un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Cámara Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de fecha 9 de febrero de 2015. El Dr. Barotto destaca en su voto que la ley 26.994 ha modificado sustancialmente el art. 23 de la antigua Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (t.o. 1984), estatuyéndose ahora frente a casos de sociedades de hecho o de sociedades irregulares que los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten de una estipulación expresa. Y aclara, el magistrado rionegrino que la modificación legislativa, de evidentes y relevantes consecuencias jurídicas, no resulta de aplicación en la especie y, por ello, los socios de la sociedad “Leana Automotores” mantendrán frente a los actores la responsabilidad solidaria que les impuso, al momento de los hechos de la causa, el art. 23 de la Ley

incisos b) y c) del nuevo Código-. Vítolo, Daniel Roque: ob. cit. “Derecho transitorio aplicable a las sociedades”. En igual sentido Heredia, Pablo D.: “Las sociedades civiles frente a la ausencia de normas de derecho transitorio en la unificación del derecho privado”. R.C.C. y C., 19/10/2015,28. AR/DOC/3264/2015.

¹²² Predica Kemelmajer de Carlucci que la solidaridad o mancomunidad es supletoria; las partes pudieron pactar una u otra integrando la relación jurídica (no es una consecuencia) y las nuevas leyes no se aplican a las relaciones existentes ni a sus consecuencias. Kemelmajer de Carlucci, Aída: ob. cit. “La aplicación ...”, p. 179.

23.550 (t.o. 1984).¹²³

VIII.26. Sociedades de hecho.

El Código Civil de Vélez Sarsfield admitía las sociedades civiles de hecho incluso celebradas verbalmente (art. 1662)¹²⁴, mientras que la ley 19550 –aún con la reforma de la ley 22.903- las reconoció con objeto comercial a las cuales sometía al régimen sancionatorio asignado a las sociedades no regularmente constituidas. En ambos casos eran sujetos de derecho –personalidad jurídica- (conf. Art. 33 C.C. y art. 2 ley 19.550).

A partir del 1 de agosto de 2015 no pueden constituirse nuevas sociedades civiles de hecho ni sociedades de hecho con objeto comercial; las existentes a esa fecha continuarán siendo sujetos de derecho regidas por la Sección IV del Cap. I de la Ley General de Sociedades (L.G.S.) y si desean regularizarse deberán cumplir con el procedimiento de regularización previsto en el art. 22 de ley 19.550 –reformada por la ley 22.903- o recurriendo al procedimiento de subsanación previsto en el art. 25 de la L.G.S. según qué tal decisión se lleve a cabo antes o después del 1 de agosto de 2015.

Gastón Augusto ZAVALA

Noviembre 21 de 2016.

¹²³ S.T.J. de Río Negro, junio 15 de 2016. “Pil, Raúl Darío y otra c/Provincia de Río Negro y otros s/Ordinario s/Casación”.

¹²⁴ **Artículo 1662 C.C.** El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia. La prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos. El valor del contrato será el de todo el fondo social para la tasa de la ley.