

CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO LEGISLATIVO ¹

Sumario: I. Las nuevas leyes y el régimen existente. 1. Movilidad del derecho. 2. Importancia del derecho que es. 3. La prudencia en los cambios legislativo. II. Importancia del régimen transitorio. 1. Adaptarse rápidamente al cambio. 2. Causar la menor conmoción social (normas de conflicto y normas de transición)

Las nuevas leyes y el régimen existente

Movilidad del derecho

El fluir eterno de la historia va provocando de manera continua cambios en las condiciones sociales y ello trae como consecuencia inevitable que las normas jurídicas, todas, según algunos o sólo las ordinadas, según otros², aunque hayan brindado originariamente soluciones adecuadas, pierdan utilidad y no se adapten a las nuevas condiciones de vida ahora imperantes³.

Para este capítulo hemos tomado como base trabajos anteriores, con ligeras modificaciones. Queremos recordar aquí, como lo hemos expresado en muchas oportunidades, que hemos vivido con la preocupación constante de que el derecho tiene que seguir el ritmo del cambio social, preocupación de la que no fue ajeno Dalmacio Vélez Sarsfield. En la nota con que acompañó el proyecto del libro cuarto del código civil, con el que culminaba su obra, Dalmacio Vélez Sarsfield decía: "un código no es la última palabra de la ciencia", y proponía que periódicamente el código fuese revisado, para su actualización, de manera que estuviese al día y contemplase los cambios que la sociedad sufre permanentemente.

Alfredo FRAQUERO, *Derecho Natural de Contenido Progresivo*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1939.

Sobre la necesidad de adaptar las normas jurídicas a nuevas necesidades, ver autores citados por Joaquín LOPEZ en "Deficiencias en las legislaciones vigentes", en Docu-

Hay aspectos de las relaciones jurídicas que presentan mayor fluidez, y otros en los cuales las transformaciones son tan lentas e imperceptibles que, a nuestros ojos, parecen inmutables; además, en algunas oportunidades los cambios no afectan a los elementos esenciales del problema que nos ocupa, pero en otros casos las alteraciones resultan fundamentales.

Hoy, es frecuente hablar del *movimiento acelerado de la Historia*⁴, y Savatier⁵ —en páginas brillantes— describe el modo en que estos cambios acelerados transforman totalmente el panorama de la vida social en lapsos inferiores a la duración de la vida humana, e inciden sobre la tarea del jurista y del legislador.

Mientras los viejos códigos civiles decimonónicos han mantenido su vigencia a lo largo de un siglo, aproximadamente, vemos ahora que normas sancionadas hace solamente 10 ó 20 años están ya desactualizadas, porque no armonizan con las nuevas necesidades que generan los cambios ocurridos en ese breve período, en el cual el hombre ha llegado a dominar la energía atómica, lanzarse a la conquista del espacio, transformar fundamentalmente las comunicaciones con el empleo de satélites artificiales y asombrar a todos con los progresos de la informática.

2. Importancia del derecho que es

Ni los juristas, ni los legisladores, pueden despreocuparse de estas transformaciones que el acontecer histórico introduce en los modos de vida; las normas legales que ellos consagran, interpretan y comentan, serían letra muerta si no se recogiesen esos cambios para dar las soluciones jurídicas que requieren las nuevas necesidades de vida.

El nuevo derecho no puede dejar de lado las imperiosas exigencias de la realidad económica, del dirigismo estatal, de la *automatización* y la cibernética, de la formación de *comunidades internacionales*, del

mentos de Trabajo de la Segunda Conferencia Internacional sobre Derecho y Administración de aguas, AIDA, t. 2, 1976, p. 133, nota 5.

⁴ Ver Daniel HALEVY, *Essai sur l'accélération de l'Histoire*, Paris, 1948.

⁵ René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, París, 1ª serie, 3ª ed., 1964, p. 3 y ss.

de explotación y redistribución de los recursos naturales⁶ y los avances en materia de biología, genética y fecundación artificial.

Además, la experiencia histórica nos demuestra que la normativa jurídica jamás ha permanecido inmutable, sino que se ha ido transformando para adaptarse a los cambios sociales; el más cabal ejemplo de este hecho es el Derecho Romano, que desde la Ley de las XII Tablas, hasta la compilación justinianea, es una magna obra en evolución constante; posteriormente, desde el redescubrimiento del Digesto en el medioevo, hasta la pandectística alemana, prosiguió sin cesar su transformación, para adaptarse a cada época, a punto tal que la obra clásica de Savigny ha podido actualizarse, en el siglo XIX, *Sistema de Derecho romano actual*.

Pero el cambio jurídico no es una consecuencia automática del cambio social, sino que tiene sus propios mecanismos de transformación. Primero se resuelve este cambio en la vida jurídica espontánea: prácticas, usos y costumbres se adaptan a las nuevas condiciones sociales; nacen formas contractuales atípicas; se buscan nuevos medios de garantía o documentación, etc. A medida que se ensancha la brecha entre los dispositivos de la ley y la realidad social vemos entrar en funcionamiento otros de los mecanismos del cambio jurídico: el intérprete brinda entonces nuevas doctrinas que procuran armonizar los viejos textos con las necesidades actuales, y a este resultado confluyen la elaboración de los teóricos y las sentencias de los magistrados. Finalmente el legislador interviene y brinda nuevas normas, procurando que la solución legal coincida con el *derecho que es*, es decir con la total realidad del sistema jurídico vigente.

3. La prudencia en los cambios legislativos

Pero el cambio legal no solamente persigue como fin adaptar los textos a las actuales condiciones de vida, sino que a veces pretende armonizar e, incluso, provocar el cambio social.

⁶ Sobre factores que determinan la obsolescencia de la ley en derecho de aguas, ver Joaquín LÓPEZ, obra citada en nota 2, p. 133.

Ver Luis DIEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, p. 303.

A menudo suele, entonces, escucharse un llamado a la *prudencia* en los cambios, que compartimos, pues el legislador no debe dejarse deslumbrar por el atractivo engañoso de las novedades, ni puede alimentar la vana pretensión de que cualquier norma que sancione logrará consagrarse como imperativo de conducta, pues difícilmente obtendrá ese propósito si la norma no está de acuerdo con la naturaleza de las cosas, o con la idiosincrasia del grupo social⁸. En tal sentido baste recordar como ejemplo las dificultades con que ha tropezado el trasplante global de derechos europeos a la moderna Turquía, intentado por Mustafá Kemal Atatürk⁹.

Pero *prudencia* no debe confundirse con *quietismo*, sino que —como bien lo señala Diez Picazo—¹⁰ “es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin”. De manera tal que a veces lo prudente es efectuar a tiempo los cambios legales para evitar que se acentúen injusticias flagrantes, que generan tensiones sociales crecientes y pueden conducir a la revolución y al caos¹¹. Incluso, es menester destacar que pensar que puede lograrse un orden social más justo que el consagrado por el Derecho positivo, que se encuentra en el Derecho natural, no es un factor de inmutabilidad; antes, al contrario, la historia demuestra que esta búsqueda de justicia resulta un motor del cambio jurídico¹².

⁸ Joaquín LÓPEZ, obra citada en nota 2, p. 135 y ss., y notas 9 y 14 a 22.

⁹ Ver Halid Kemal ELBIR, “Difficultés soulevées par l'application du code civil suisse en Turquie”, *Rev. Internationale de Droit Comparé*, París, 1950, y “La réforme d'un code civil adopté de l'étranger”, 1956, ps. 53-54; y Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Notas sobre el derecho civil turco”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXV, Córdoba, 1971, ps. 311-329.

¹⁰ Luis DIEZ PICAZO, obra citada en nota 6, p. 304.

¹¹ Will DURANT, *Nuestra herencia oriental*. Sudamericana, Buenos Aires, p. 43; y Luis MOISSET DE ESPANÉS, *La lesión en los actos jurídicos*, Imp. Universidad Nacional de Córdoba, 1964, Prefacio, N° 3, ps. 14-5.

¹² Conf. Luis DIEZ PICAZO, obra citada en nota 6, p. 305.

II. Importancia del régimen transitorio

1. Adaptarse rápidamente al cambio

El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basándose en la fórmula que contempla de manera más justa la realidad social, y que mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo Derecho y puede llevar a aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en lo que se vincula con sus efectos o consecuencias, como en lo que respecta juzgar con una vara distinta situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento.

No nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica; ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron al amparo de la ley anterior, como bien señala Federico de Castro, “la cuestión tiene un evidente matiz político; unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones. Casi todas las tendencias políticas han afirmado, en un momento, el respeto de los derechos adquiridos y han aceptado como un dogma el principio de la irretroactividad de las leyes. Pero también cada partido, llegado al Poder, procura suprimir todo freno impuesto a la potestad legislativa”¹³.

Creemos, sin embargo, que no son inútiles los esfuerzos de los juristas, que han procurado deslindar científicamente el problema¹⁴, y establecer reglas generales de Derecho transitorio, que hagan posible en la práctica el anhelo del legislador de obtener el cambio legislativo de manera inmediata, sin vulnerar el principio cardinal de la irretroactividad de la ley. En tal sentido, la obra más completa es, quizás, la de Roubier¹⁵,

¹³ Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General*, Inst. Estudios Políticos, Madrid, t. I, 1955, ps. 705-6.

¹⁴ En especial Savigny, Gabba y Roubier.

¹⁵ Paul ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, Sirey, París, 1929, reelaborado posteriormente con el título *Droit transitoire*, Dalloz, París, 1960.

cuyas ideas han sido tomadas como modelo por el legislador argentino cuando en 1968 reestructuró nuestro sistema de Derecho transitorio, modificando el artículo 3 del Código civil y derogando los artículos 4, 5, 4044 y 4045 del mismo cuerpo legal¹⁶, sistema que se ha proyectado en el artículo 7 del nuevo Código Civil y Comercial.

Roubier se basa en el concepto de *situación jurídica*; distingue los hechos constitutivos o extintivos de la situación, por una parte, y los efectos o consecuencias, por la otra. A continuación postula el principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a todo hecho modificatorio, constitutivo o extintivo de situaciones jurídicas, que se produzca con posterioridad a su vigencia, y también a los efectos o consecuencias posteriores de situaciones jurídicas ya constituidas; en cambio, para respetar el principio de la irretroactividad de la ley, los hechos constitutivos o extintivos de situaciones jurídicas, acaecidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley y los efectos ya agotados serán juzgados por la ley que entonces se encontraba en vigor, es decir, por la ley antigua. Es la solución adoptada por el artículo 7 del nuevo Código, como norma de conflicto de carácter permanente¹⁷.

Pero es menester señalar que el principio cardinal de la irretroactividad de la ley no tiene, en nuestro sistema jurídico, rango constitucional¹⁸, sino que es simplemente una norma orientadora para el intérprete, que tiene la característica de ser *derecho común*, en cuanto ha sido incorporada al Título Preliminar Primero del CC; y aunque brinda pautas de prudencia al legislador, éste puede apartarse de esos principios y consagrar de manera expresa la retroactividad de las nuevas normas, mientras no vulnere las vallas que levanta la propia Constitución Nacional, al garantizar especialmente algunos derechos, como la inviolabilidad de la propiedad, el derecho de defensa en juicio, o el derecho de testar.

Agreguemos también que hay casos de *irretroactividad*, que podría denominarse *impropia*, que la doctrina admite de manera pacífica: nos referimos al alcance que tienen las leyes interpretativas, cuyo objeto es

¹⁶ Ver Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Irretroactividad de la Ley*, Imp. Universidad Nacional de Córdoba, 1976.

¹⁷ Ver obra citada en nota anterior, en especial Cuadro I, p. 22.

¹⁸ Aunque consagra la supervivencia de los derechos amparados por garantías constitucionales.

del sentido de disposiciones que resultaban dudosas o confusas, y que se han completado para completar la vieja norma, integrándola, como si hubiesen existido desde el momento en que se sancionó el dispositivo originario¹⁹.

garantizar la menor conmoción social (normas de conflicto y normas de transición)

El problema del cambio legislativo no se agota con la determinación de las reglas científicas que permitan solucionar los conflictos temporales sin retroactividad; ni tampoco con la afirmación de que el legislador no está facultado a dictar normas retroactivas cuando ellas no vulneren garantías garantizadas por la constitución, o cuando la nueva norma es más favorable al sujeto.

A veces el legislador advierte que es indispensable que la retroactividad sea de un grado mayor, como única manera de lograr el cambio social que se quiere hacer efectivo por medio de la nueva ley, y que siempre que se dicten leyes que privan o limitan al sujeto el ejercicio de facultades de las que anteriormente gozaba -sea o no retroactiva-, habrá sectores del grupo social que resistirán el cambio porque sus intereses -legítimos o no- se ven lesionados; resulta entonces prudente buscar paliativos que permitan que los cambios no provoquen una conmoción social, y el resultado puede consistir, por lo general, en la aplicación gradual de los nuevos dispositivos especiales, o en el otorgamiento de algunas concesiones o compensaciones a los titulares del derecho que se va a extinguir.

Entre los dispositivos especiales no son hablando con propiedad, normas de conflicto destinadas a resolver si a un determinado caso concreto se aplica la antigua ley o la ley nueva, sino normas de *transición*²⁰ que sirven para facilitar el paso de un sistema al otro, creando una etapa intermedia en la que no suele aplicarse ni la ley vieja ni la nueva, sino las

¹⁹ Cf. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, t. I, 7^a ed., 1915, n^o 111.

²⁰ Cf. J. G. COLETTI, "Le Droit Civil transitoire ou intertemporal", *Rev. Internationale de Droit Comparé*, 1908, p. 462 y ss. (citado por Roubier).

soluciones particulares que el legislador prevé y que pueden tener muy diferentes matices.

Roubier ha efectuado un intento de sistematizar las principales medidas de *transición*²¹ que permiten suavizar el cambio de legislación, y al hacer menos brusco ese cambio reducen la resistencia y evitan la conmoción. Menciona así, en primer lugar, la *concesión de plazos*, que permite al titular de derechos adaptarse a las nuevas exigencias legales, por ejemplo, completando requisitos que antes no eran necesarios, como el cumplimiento de algunas formalidades para la constitución de sociedades²², o para que tomen conocimiento del nuevo régimen y adopten las disposiciones necesarias para ajustar sus intereses a la nueva ley²³.

En otros casos, el régimen de transición dispone una indemnización al que se perjudica con el nuevo sistema jurídico, indemnización que debe ser solventada por el beneficiario del cambio de régimen.

Por último, Roubier menciona los casos en que el Estado se hace cargo de la indemnización, solución que puede resultar muy gravosa en algunas oportunidades, por lo que resulta preferible buscar otros medios indirectos que permitan hacer efectivo el cambio, sin lesionar intereses particulares, pero sin crear cargas que resulten al Estado de difícil atención.

Lamentablemente el nuevo Código no ha previsto normas de transición que en muchos casos resultan indispensables.

²¹ Ver Paul ROUBIER, obra citada en nota 15, N° 33, p. 156 y ss.

²² Ver los incisos i y j del art. 369 de la ley 19.550, para Sociedades constituidas en el extranjero y para Sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente y el art. 370 para las Sociedades en comandita por acciones.

²³ Ver artículos 37 y 41 de la ley 4035 de aguas subterráneas de la provincia de Mendoza que otorga plazos a los titulares de perforaciones existentes para denunciarlas y solicitar concesión.

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL EFECTO INMEDIATO*

I. Introducción. II. Irretroactividad y efectos inmediatos. III. Situación de las consecuencias. IV. El sistema de Roubier y los hechos jurídicos. V. Conclusión.

Introducción

El conjunto de modificaciones introducidas por la ley 17.711 a las normas que regulan los conflictos de leyes en el tiempo fue, valga la palabra, el acierto más desacertado de la reforma.

Lo que era un acierto porque se inspiraba en las investigaciones de un maestro francés Roubier¹ sobre el tema, iluminando los problemas con prolijos análisis ejemplificativos, hasta las consecuencias que, sin quebrantar el principio cardinal de la irretroactividad de la ley nueva, procuraban lograr de manera efectiva su efecto inmediata a todas las consecuencias que se produjesen con su entrada en vigor, ya que el legislador supone que las nuevas normas son mejores que las derogadas.

Para alcanzar este propósito, la ley 17.711 modificó el artículo 3 y los artículos 4, 5, 4044 y 4045 del Código civil, siguiendo casi al pie de la letra la Recomendación N° 1 votada por el Tercer Congreso

¹ Véase p. 814 (actualizado para una nueva edición, año 2016) de Roubier, *Les conflits des lois dans le temps*, Sirey, París, 1929. Posteriormente la obra ha sido reelaborada con el título de *Droit transitoire*, Dalloz et Sirey, 1970.

Nacional de Derecho Civil², con la sola diferencia del último párrafo agregado al artículo 3, que coincidió con una ponencia minoritaria de Borda³, que había sido rechazada en el plenario⁴.

Ahora el nuevo Código Civil y Comercial traslada esa solución al actual artículo 7 con un pequeño agregado a ese último párrafo vinculado con las relaciones de consumo, que a nuestro entender no altera en nada el funcionamiento de la norma, ya que las normas protectoras del consumo no son supletorias, sino imperativos.

El nuevo artículo 7 respeta, en líneas generales, el pensamiento que predominaba en nuestra doctrina, y nos parece conveniente confesar que en el punto discutido sobre la no aplicación de las nuevas leyes supletorias a los contratos en curso de ejecución, el legislador acertó al seguir a Borda⁵, quien a su vez se inspiró parcialmente en lo que sobre el particular sostiene Roubier⁶.

Ya en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil hemos expresado las razones que sustentan nuestra adhesión al agregado⁷,

² Ver *Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imp. UNC, t. 2, 1962, p. 769. En lo sucesivo citaremos a esta publicación como *Tercer Congreso...* Y a las *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imp. UNC, t. 1, 1971 como *Cuarto Congreso...*

³ *Tercer Congreso...*, t. 1, p. 68 y los fundamentos dados en p. 72.

⁴ Ver *Tercer Congreso...* el dictamen preliminar firmado por Spota y Mercaderes aconsejaba suprimir ese párrafo (p. 74), y en igual sentido se expidió Alfredo Orgaz (p. 75).

El despacho de la Comisión definitiva, suscripto por Spota, Orgaz, Sahd, Masoni y Jorge Núñez, no contenía el párrafo, que sólo fue sostenido por Borda (p. 76), y al final de la discusión el Congreso se pronunció expresamente por su rechazo, como consta de la votación registrada en p. 91.

⁵ En contra: Jorge Joaquín LLAMBLAS, *Estudios sobre la Reforma*, p. 16; y JA 1968-V-679-680; Patricio RAFFO BENEGAS, y Rafael A. SASSOT, *Cuarto Congreso...*, ponencia, t. 1, ps. 315 y 316; Despacho en disidencia, p. 324, e informe, p. 340; Lisardo Novillo SARAVIA (h), *Cuarto Congreso...*, t. 1, ponencia, p. 317, despacho en disidencia, p. 324, e informe, ps. 332 y 351. Del mismo autor: "La retroactividad de la ley y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", JA Doctrina 1970-568-579, Luis BOUZAT, *Cuarto Congreso...*, t. 1, despacho en disidencia, p. 324, e informe, ps. 328-330.

⁶ Paul ROUBIER, obra citada, t. 1, p. 574 y ss. En especial, ap. 4º, p. 593 y ss.

⁷ Ver *Cuarto Congreso...*, t. 1, p. 345, donde rectificamos la posición que sobre el punto habíamos sostenido originariamente (Observaciones, p. 319).

consideramos un acierto, y en el mismo sentido se han expedido resoluciones civiles⁸.

Debemos señalar al mismo tiempo que la ley 17.711, al derogar de forma expresa los arts. 4044 y 4045 del título complementario del Código, que trata de la aplicación de las leyes civiles, reconocía que sin modificación hubiesen continuado vigentes y, por consiguiente, de forma tácita, pero también muy clara, aceptó y mantuvo la vigencia de los anteriores artículos de este título⁹, lo que parece haber sido olvidado por los intérpretes de la ley 17.711, pero que hoy con la sanción de un nuevo Código ya no tiene trascendencia.

En resumen, el actual artículo 7, enfocado desde un ángulo puramente técnico, parece inobjetable, pues sintetiza, de manera alambicada y concisa, la esencia de las conclusiones extraídas por Roubier para resolver los conflictos de leyes en el tiempo.

Sin embargo señalar que el artículo 3 (hoy artículo 7), que incorpora al sistema de Roubier un elemento típicamente argentino, que lo caracteriza matemáticamente propias, al reforzar la irretroactividad de la nueva ley, no se permite afectar en su estructura o contenido las relaciones jurídicas amparadas por la Constitución, norma que constituye nuestro ordenamiento jurídico¹⁰.

Retomamos sobre los inconvenientes que originaba la incorporación de esta norma a nuestro sistema jurídico, que aparecieron a poco después de que los magistrados se vieron obligados a resolver los casos que se les presentaban en la práctica diaria, y sus vacilaciones se reflejaron en la jurisprudencia, que resultó contradictoria y, a veces, confusa. Una función que se ha de reproducir cuando deban enfrentarse los casos que provocan los cambios producidos por el nuevo CCyC.

⁸ *Tercer Congreso...*, Jorge MOISSET ITURRASPE, Ponencia, p. 316, e Informe, p. 317; RAFFO, Ponencia, p. 318; Despacho de mayoría, p. 324, e Informe, p. 340; ANTONIA LEONFANTI, Dictamen preliminar, apartados b) y c), *Cuarto Congreso...*, t. 1, p. 324; Humberto G. CARRANZA, Despacho de mayoría, p. 333; ERNESTO NIETO BLANC, Despacho de mayoría, p. 344.

⁹ *Cuarto Congreso...*, p. 337.

¹⁰ La ley se mantiene en la defensa de los derechos adquiridos, pero no en aquellos que están amparados constitucionalmente, lo que hace desopacarse en cuanto a lo que debe entenderse por derechos adquiridos.

El hecho no puede extrañarnos. El artículo 7 cuenta con el sustento doctrinario de la magnífica obra de Roubier, *Les conflits des lois*, pero los ejemplares de ese libro que existen en nuestro país son escasos, lo que impide al intérprete el acceso fácil a las fuentes de la norma. Agréguese a ello que Roubier ha debido dedicar a estos problemas densos desarrollos, para desmenuzar a fondo las distintas hipótesis que pueden presentarse, antes de extraer sus conclusiones y poder armonizar la aparente contradicción que resulta de sostener simultáneamente la irretroactividad de la ley, por una parte, y sus efectos inmediatos, por otra.

Por último, debemos destacar que el autor francés concreta sus investigaciones en media docena de reglas, que determinan hipótesis en que la aplicación de la ley sería retroactiva y, por tanto, prohibida por la ley¹¹, y otras tantas hipótesis en que no existiría retroactividad, y podría aplicarse el efecto inmediato de las leyes¹², y a todas las ilustra con abundantes ejemplos¹³.

Nuestro legislador no ha creído conveniente elevar esas reglas de Roubier al rango de derecho positivo, y sería necesario incorporar a la literatura jurídica argentina una obra semejante que sirva para orientar al intérprete, y superar las vacilaciones que sufrirá la jurisprudencia.

Por lo expuesto creemos que, además del enunciado general contenido en el artículo 7, el nuevo Código debió incluir una serie de normas adicionales que contemplasen casos particulares de conflictos de leyes en el tiempo, dándoles a cada uno solución expresa, a semejanza de las leyes introductorias del Código civil alemán¹⁴ y del código griego¹⁵, o más recientemente las normas que consagró a estos problemas el código etíope¹⁶. La necesidad de una solución similar para nuestro derecho transitorio ya fue señalada por Carranza, en la ponencia que presentara

¹¹ Paul ROUBIER, obra citada, ps. 381 a 427.

¹² Autor y obra citados en nota anterior, p. 547 y ss.

¹³ Guillermo A. BORDA, "Efectos de la ley con relación al tiempo", ED 28-807. En el mencionado trabajo Borda sintetiza las reglas de Roubier (p. 809) y cita algunos ejemplos, pero no los desarrolla de manera suficientemente efectiva.

¹⁴ Ley de Introducción, Sección IV, artículo 153 y ss.

¹⁵ Ley 2783, del 30 de enero de 1941. Casi todas sus normas (127 artículos), están destinadas a resolver conflictos de leyes en el tiempo.

¹⁶ Títulos XXI Y XXII, arts. 3347 a 3367.

al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil¹⁷, y con relación al nuevo C y C encontramos los excelentes estudios de Julio César Rivera.

II. Irretroactividad y efectos inmediatos

Dos) son los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo. El primero, la casi absoluta irretroactividad de la ley, solo reconoce como excepciones aquellas hipótesis en que el legislador de manera expresa, ha considerado necesario dar efecto retroactivo a nueva norma. El segundo, la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación, a partir de su entrada en vigencia.

Estos principios, rectamente entendidos, no se contradicen que se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus raíces precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos.

Ambos principios han sido consagrados en el artículo 7, pero es necesario destacar que no han sido descubiertos por el legislador contemporáneo, sino que eran conocidos y respetados desde antiguo, como bien lo señala Vélez Sarsfield en las interesantes notas con que ilustra los arts. 4044 y 4046. Lo que ha variado es el elemento que sirve de pauta para determinar cuándo puede considerarse que la aplicación de la nueva ley vulnera el principio de irretroactividad.

III. Situación jurídica y consecuencias o efectos

Antes de la Reforma el problema giraba sobre la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa y se decía que la aplicación de la ley era retroactiva cuando atacaba derechos adquiridos. Como estos conceptos resultaban difusos, y sus fronteras difíciles de

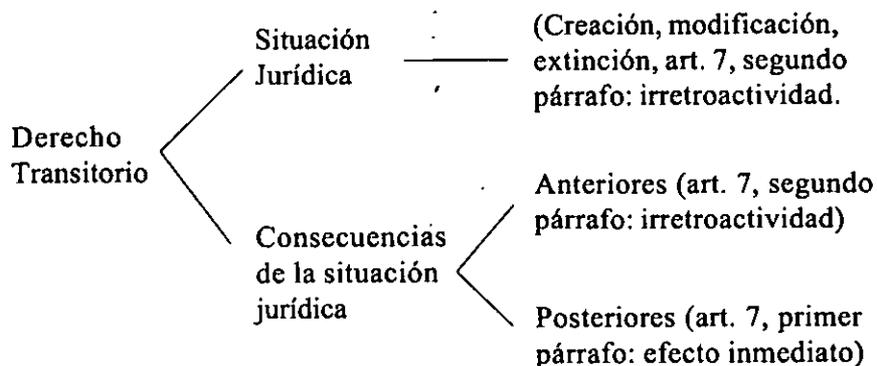
¹⁷ Ver Cuarto Congreso..., Jorge A. CARRANZA, Ponencia, t. I, ap. B, p. 314.

delimitar, Roubier -y sus seguidores- han apelado a otras nociones, y en especial a la de *situación jurídica*¹⁸, que es más amplia que la de relación, pues brinda una idea de permanencia, que la hace más apropiada para comprender los problemas que originan los cambios en la legislación que rige las *relaciones o situaciones* jurídicas.

Existe general coincidencia en que los *facta praeterita*, es decir, las relaciones o situaciones ya agotadas, son regidas por la ley que estaba vigente en aquella época. Los problemas se originan con respecto a *situaciones pendientes* al momento en que se produce el cambio de legislación.

Para la correcta y armónica aplicación de los dos principios que rigen los conflictos de leyes en el tiempo (irretroactividad y efecto inmediato), trazamos un cuadro simplificado, que distingue entre la situación jurídica en sí misma, por una parte, y los efectos que surgen de dicha situación jurídica, por otra. Y con relación a los efectos, todavía deberemos distinguir a aquellos que se produjeron con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, de los efectos posteriores.

En primer lugar, queremos destacar que no deben confundirse las consecuencias que fluyen de una situación jurídica existente, con los nuevos hechos que producen la modificación o extinción de dicha relación, pues están gobernados por distintos principios.



¹⁸ Paul ROUBIER, obra citada, p. 378.

La creación, modificación o extinción de una situación jurídica es efecto de un hecho jurídico pero, como lo señala muy bien Roubier, es un efecto que casi siempre se agota¹⁹ en el momento en que se produce el hecho. Por consiguiente, pretender juzgar la creación, modificación o extinción de una relación jurídica con arreglo a las nuevas leyes, es darles un efecto retroactivo, prohibido categóricamente por el segundo párrafo del artículo 7, salvo que la propia ley haya consagrado de manera expresa una excepción a esa irretroactividad.

El mismo principio rige para las consecuencias ya agotadas de las situaciones jurídicas existentes²⁰; tampoco en este caso se puede pretender volver atrás, y gobernarlas por leyes nuevas, porque se vulneraría el principio básico de la irretroactividad de la ley, consagrado en el ya mencionado segundo párrafo del artículo 7, que pone el límite exacto al efecto inmediato que consagra la primera parte de la norma²¹.

En cambio, los efectos que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la norma quedarán atrapados en ella, aunque los haya generado una situación jurídica existente, y ello se produce sin vulnerar el principio de la irretroactividad, por aplicación del principio del efecto inmediato, que en realidad tiene vigencia para el futuro²².

¹⁹ Para simplificar el problema dejamos de lado las hipótesis, más escasas, de situaciones jurídicas en curso de constitución, es decir, aquellas que han comenzado a nacer, pero todavía no se han consolidado. En tal caso las condiciones de constitución (o de extinción) se regirán de inmediato por la nueva ley, sin que pueda alegarse que ello significa retroactividad.

²⁰ Conf. Paul ROUBIER, obra citada, N° 47, ps. 397-400. Este autor llega a la conclusión, que compartimos íntegramente, de que «la ley que gobierna los efectos de una situación jurídica no puede afectar los que ya se habían producido bajo la ley anterior, salvo que se consagre su retroactividad». Y en nuestro país la C. Fed. Cap., sala 2ª, en fallo del 26 de mayo de 1970, ha dicho que: «la ley es retroactiva cuando se aplica a relaciones jurídicas ya extinguidas bajo la ley anterior, o a tramos ya consumados de relaciones vigentes al sancionarse la ley», ED 36-756.

Ya hemos dicho que Roubier enuncia una serie de casos en los cuales habría irretroactividad (obra citada, p. 376 y ss.), que han sido sintetizados por Borda (ver nota 13).

Conf. Augusto M. MORELLO, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, Librería Editora Platense, La Plata, t. 1 (Parte general), 1971, p. 78; Roberto ROVERE, *Reformas al Código Civil*, Orbis, Santa Fe, 1968, p. 13 (en especial ps. 16-17); y Pedro WALKOWICZ, «Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes», en *Julio 33-263* (en especial ps. 268-269). En igual sentido C. Fed. Cap., Sala 2ª, 26 mayo 1970, ED 36-756 y C. 2ª C.C. de Mercedes, 7 agosto 1969, ED 31-547.

Por eso ha podido afirmarse, con acierto, que:

“El principio de la irretroactividad establecido en el artículo 3 del Código Civil —*hoy artículo 7*—, a través de su modificación por la ley 17.711, admite la aplicación inmediata de la ley sobre las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas ya existentes, en la medida que tales consecuencias se verifican en el futuro y a partir de la vigencia de la nueva ley.”²³

Un simple ejemplo nos servirá para ilustrar el problema. La mora es una situación jurídica, su constitución, modificación o extinción se gobierna por las leyes vigentes en ese momento. Pese a que la ley 17.711 estableció la mora automática para las obligaciones a plazo, no puede sostenerse que el deudor de una obligación de esa clase, cuyo vencimiento se ha producido antes del 1° de julio de 1968, haya caído en mora, si no ha mediado interpelación. Se aplica a la modificación de la situación obligacional, creando la situación jurídica de mora, el segundo párrafo del artículo 7, que consagra la irretroactividad de la nueva norma.

Pero sigamos con el ejemplo. Si se interpeló al deudor constituyéndolo en mora, esto engendra, entre otros efectos (o *consecuencias*), la obligación de pagar intereses, que se calculan de acuerdo a la tasa vigente en los bancos oficiales. Si durante el período de mora se hubiese producido una modificación de dicha tasa, el cálculo no se efectuará aplicando a todo el período la última tasa de interés, lo que importaría retroactividad, ni tampoco la primera, porque la nueva norma tiene aplicación inmediata. En definitiva, los intereses del período anterior (consecuencias agotadas = irretroactividad), se calcularán por la antigua tasa; los nuevos intereses (consecuencias posteriores = efecto inmediato), se determinarán por la nueva tasa. Esta es la solución que se ha dado siempre en la práctica al problema, y coincide sustancialmente con lo dispuesto por el artículo 7, si se lo interpreta de manera sistemática, coordinando sus distintos elementos.

Pero hay algo que puede resultar inquietante y no es fácil dilucidar: si la *situación o relación jurídica* tienen proyección temporal y son dinámicas, produciendo efectos o consecuencias, y esos efectos pueden ser atrapados por la nueva ley, ¿qué es lo que debe respetarse y no puede vulnerarse sin caer en retroactividad? Pareciera que está vedado avanzar

²³ «Retcher, Isaac c/ Celulosa Argentina SA», Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala 4°, 21 de marzo de 1972, JA, serie moderna, 14-656 (sec. prov.).

sobre la *estructura* o, con mayor precisión, el *contenido* de las situaciones ya constituidas, y esto nos enfrenta con el delicado problema de determinar cuál es el contenido propio de cada derecho.

IV. El sistema de Roubier y los hechos jurídicos

La idea que inspira la técnica elaborada por Roubier, tiene como principal elemento el efecto *causal* de los hechos jurídicos, en cuanto ellos hacen nacer o extinguen las relaciones o situaciones jurídicas.

Advertimos sin embargo que la concepción de Roubier es limitada pues no menciona la hipótesis de cambio o modificación de las situaciones jurídicas, omisión que tiene cierta justificación en razón de que en derecho francés no hay una regulación normativa de la *causa*, ni realiza un estudio profundo de sus distintos aspectos, problemas que se propusieron del derecho alemán donde encuentra una primera manifestación legal en el Land Recht prusiano, que servirá de base a Savigny para elaborar su Sistema de Derecho Romano actual.

Esta corriente germánica es perfeccionada en América por Freyre en su Esbozo, que profundiza su estudio y sistematización en la Parte General, por estimar que la causa generadora de las relaciones jurídicas es uno de sus elementos esenciales.

Vélez Sarsfield incorpora estas ideas a nuestro derecho, dedicando íntegramente a los *hechos jurídicos* la Sección Segunda del Libro Segundo y los juristas argentinos quedan marcados con ese sello. Se marca allí, tanto al referirse a los *hechos* como a los *actos jurídicos*, que su efecto no se reduce al nacimiento y a la extinción de relaciones, sino que también operan *modificaciones*, aspecto que hemos tomado siempre en consideración en nuestros estudios, como puede verificarse en los cuadros que suministramos.

Esto tiene singular importancia porque la situación jurídica *modificada* deberá regirse por la ley vigente al momento en que se produjo esa modificación, lo que es importante para juzgar las *situaciones jurídicas relacionales*, entre las que Roubier incluye la *situación jurídica procesal* nacida en el momento en que una de las partes entabla un reclamo judicial, fijando en ese momento la ley aplicable a la situación que se juzga y el juez, en su fallo, aunque tenga carácter constitutivo, procederá a declarar con carácter retroactivo cuál es la ley aplicable a la situación *procesal*.

V. Conclusiones

a) El primer párrafo del artículo 7 establece el efecto inmediato de la ley nueva, que será aplicable a las consecuencias *futuras* de las situaciones jurídicas en curso de producir efectos.

b) El segundo párrafo del artículo 7 consagra como principio básico la irretroactividad de la ley.

c) El principio de irretroactividad impide que se aplique la ley nueva para juzgar hechos anteriores, que ocasionaron la constitución, modificación o extinción de situaciones jurídicas.

d) Los efectos producidos por una situación jurídica con anterioridad a la nueva ley son regidos por la ley antigua, en virtud del principio de irretroactividad, que pone un límite al *efecto inmediato*.

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL EFECTO DIFERIDO*

Sumario: I. Introducción. II. Las situaciones jurídicas en el tiempo. III. Las situaciones jurídicas de fuente contractual. IV. La irretroactividad y el efecto diferido en materia contractual. V. Normas supletorias, normas imperativas y retroactividad. VI. Normas favorables al consumidor. VII. El efecto diferido y la doctrina nacional. VIII. Conclusiones

I. Introducción

En el capítulo anterior procuramos destacar los dos principios que gobiernan los conflictos de leyes en el tiempo y demostrar que no son contradictorios, sino que puede interpretárselos sistemáticamente, para llegar a soluciones armónicas.

Debemos ocuparnos ahora de uno de los correctivos que se introducen al principio del *efecto inmediato* de la ley nueva, que es el de *diferir*, en el tiempo, su vigencia, en algunos casos para evitar precisamente que se vulnere el principio de *irretroactividad*.

El estudio del problema interesa particularmente porque el art. 7 del CCyC ha previsto el *efecto diferido* de las nuevas normas supletorias en el caso de contratos en curso de ejecución.

Para ahondar el estudio del problema es menester que desarrollemos ahora el cuadro sinóptico de las situaciones jurídicas que, con el propósito de simplificar, habíamos brindado de manera incompleta en el capítulo anterior.

* Publicado en JA el 3/3/72, e incorporado al tomo de Doctrina 1972, p. 817 (Actualizado de acuerdo al art. 7 del nuevo Código CCyC)

II. Las situaciones jurídicas en el tiempo

Ya hemos dicho que Roubier eligió a designio el concepto de *situación jurídica*, por considerarlo más amplio que el de simple *relación jurídica*¹, pues en el primero de estos conceptos quedan comprendidas las situaciones vinculadas con la capacidad, el estado y ciertas potestades y facultades que difícilmente encajarían en la noción de relación jurídica. Agréguese a ello que el vocablo *situación* hace surgir de inmediato la idea de *permanencia*, y permite imaginar con facilidad que puedan presentarse conflictos de leyes en el tiempo al sancionarse nuevas normas que regulan de manera distinta la vida de la *situación jurídica*, o sus consecuencias. Podríamos, entonces, trazar el siguiente cuadro:

Cuadro 1: Derecho Transitorio

1) <i>Situaciones jurídicas agotadas</i>	<ul style="list-style-type: none"> a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias 	Ley antigua (irretroactividad, art. 7 párr. 2º)
2) <i>Situaciones jurídicas en curso de constitución</i>	<ul style="list-style-type: none"> a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias 	Ley nueva (efecto inmediato, art. 7 párr. 1º)
3) <i>Situaciones jurídicas constituidas (pendientes) de fuente extracontractual</i> ²	a) Constitución	Ley antigua (irretroactividad)
	a') Modificación o extinción	Ley nueva (efecto inmediato)
	b) Consecuencias anteriores	Ley antigua (irretroactividad)
	b') Consecuencias posteriores	Ley nueva (efecto inmediato)
4) <i>Situaciones jurídicas nuevas</i>	<ul style="list-style-type: none"> a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias 	Ley nueva (efecto inmediato, art. 7 párr. P)

Las situaciones contempladas en ambos extremos del cuadro, es decir las que ya se han agotado totalmente (nº 1), o las que son íntegramente posteriores a la nueva ley (nº 4), no ofrecen ninguna dificultad para su consideración. En el primer caso regirá siempre la ley antigua, por aplicación estricta del principio de irretroactividad, y ello es fácilmente comprensible ya que todos los acontecimientos vinculados con la vida de la situación jurídica, es decir su constitución, modificación o extinción, como también aquellos que se relacionan con las consecuencias que surgieron de dicha relación, se han agotado totalmente antes de que entrase en vigor la nueva ley.

De manera semejante, las situaciones jurídicas que nacen con posterioridad a la vigencia de la nueva ley serán reguladas por ella en todos sus aspectos.

En cambio, las situaciones jurídicas en curso de constitución (nº 2) merecen un análisis más detenido. Advertimos en esta hipótesis que, antes de la vigencia de la ley nueva, se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación jurídica, y puede ocurrir que las antiguas normas que gobernaban la validez o eficacia de esos hechos hayan sido modificadas. Entendemos que el principio de efecto inmediato de las nuevas leyes obliga a aplicarlas, incluso a la constitución de la situación jurídica, puesto que dicha constitución aún no se había consumado íntegramente.

En resumen, si el nacimiento de una situación jurídica, o su modificación, no es un hecho instantáneo sino prolongado en el tiempo deberá juzgársele de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se completa el proceso de gestación o se efectúa su modificación. Y, con mayor razón, se aplicará la ley nueva a la posterior modificación o extinción de esta situación jurídica, o a las consecuencias que ella comprende, ya que en definitiva tendrá que dársele un tratamiento similar al de las situaciones jurídicas nuevas, es decir, las nacidas con posterioridad al cambio de legislación.

Hemos procurado demostrar anteriormente² que los hechos que afectan a la vida misma de la situación jurídica (constitución, modificación o extinción) se regulan por la ley vigente en el momento en que tales

¹ Conf. Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALA, *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Imp. Universidad Nacional de Córdoba, t. I, 1971, p. 354.

² Ver capítulo anterior.

hechos suceden (principio de irretroactividad). En consecuencia, si la situación se constituyó válidamente bajo el imperio de la ley antigua (nº 3, cuadro I), no podrá volverse sobre el punto, aunque la ley nueva lo regule de manera distinta. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva, totalmente prohibida. Igual solución se aplica a las consecuencias totalmente cumplidas (nº 3, hipótesis b, cuadro I), que deben ser juzgadas por la ley que las regulaba en el momento en que se produjeron³.

En cambio, el principio de efecto inmediato hará que la posterior modificación, o extinción de esa situación jurídica ya constituida, deban juzgarse por la nueva ley (nº 3, hipótesis a', cuadro I), y lo mismo ocurrirá con respecto a las consecuencias que ella produzca a partir de la entrada en vigencia de las nuevas normas (nº 3, hipótesis b', cuadro I). Esta regla general es válida siempre que la situación jurídica tenga origen extracontractual, o cuando se trate de leyes imperativas que deben aplicarse a los contratos en curso de ejecución (cuadro II), pero reconoce una importante excepción cuando la situación es de origen contractual y las nuevas normas tienen carácter supletorio.

Antes de pasar al punto siguiente, procuraremos ilustrar con un ejemplo los efectos de un cambio de leyes que incida sobre las consecuencias de una situación jurídica ya constituida. El Código de Vélez establecía que la situación jurídica de incapacidad producía como consecuencia la suspensión de los plazos de prescripción (art. 3966), lo que fue modificado por la ley 17.711, disponiendo que la prescripción corre también contra los incapaces. Pues bien, todas las consecuencias de la situación jurídica de incapacidad cumplidas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley tuvieron que mantenerse (irretroactividad de la ley), de manera tal que se consideró que la prescripción había permanecido suspendida hasta el 30 de junio de 1968, pero, a partir del 1º de julio de ese año, las consecuencias de esa situación jurídica pendiente (la incapacidad) se rigieron por la nueva norma y, por consiguiente, desde esa fecha la prescripción retomó su curso (efecto inmediato).

³ Conf. CCC Rosario, Sala 3ª, 25/2/1972 "Abda, Lisardo c/ Pintor, Fortunato": "Para saber si una ley es retroactiva es menester diferenciar entre efectos ya producidos y efectos futuros, y en este sentido la ley es retroactiva si actúa sobre los efectos producidos, en tanto que no lo es si actúa sobre los futuros", JA, Reseñas, 1972, nº 196, p. 581.

III. Las situaciones jurídicas de fuente contractual

Resumiremos las posibles soluciones en un cuadro sinóptico que no procuraremos desarrollar.

Cuadro 2

Situaciones jurídicas constituidas (pendientes), de fuente contractual	Leyes imperativas (art. 7 párrs. 1º y 2º)	a) Constitución	Ley antigua (irretroactividad)
		a') Modificación o extinción	Ley nueva (efecto inmediato)
		b) Consecuencias anteriores	Ley antigua (irretroactividad)
		b') Consecuencias posteriores	Ley nueva (efecto inmediato)
Leyes supletorias (art. 7 último párrafo)		a) Constitución	Ley antigua (irretroactividad y efecto diferido)
		a') Modificación o extinción	Ley antigua (efecto diferido)
		b) Consecuencias anteriores	Ley antigua (irretroactividad y efecto diferido)
		b') Consecuencias posteriores	Ley antigua (efecto diferido)

Si comparamos este cuadro con el punto 3 del Cuadro I, advertiremos de inmediato que si la situación jurídica pendiente tiene como fuente un contrato, y las nuevas leyes son de carácter imperativo, las soluciones son idénticas a las que llegábamos cuando la fuente de la situación jurídica pendiente era extracontractual. Los dispositivos aplicables son los mismos, y ello se debe a que aquí no tiene cabida la excepción consagrada por el último párrafo del art. 7, que establece el efecto diferido únicamente para las nuevas leyes supletorias.

Debemos, pues, centrar nuestro estudio en este último aspecto del problema, es decir, las situaciones jurídicas que han nacido de un contrato

que se encuentra en curso de ejecución y con respecto a las cuales se han modificado las leyes supletorias.

En primer lugar, señalamos que si el problema se vincula con la ley que rigió la constitución de la situación jurídica o, en otros términos, si se trata de la validez del contrato mismo, será siempre aplicable la ley antigua, tanto por lo que dispone el último párrafo del art. 7, cuanto por lo establecido por el segundo párrafo de la misma norma, que prohíbe la retroactividad. Las mismas razones confluyen para que deba aplicarse la ley antigua a las consecuencias que se cumplieron íntegramente antes de que entrara en vigor la ley nueva.

En cambio, si no se hubiese consagrado la excepción del último párrafo del art. 7, que establece el efecto diferido para las leyes supletorias, las consecuencias posteriores, o la ulterior modificación o extinción de la situación jurídica pendiente, hubieran quedado atrapadas por la ley nueva (efecto inmediato), en lugar de ser juzgadas por la ley antigua como ha dispuesto el legislador.

En resumen, si las nuevas normas son de carácter supletorio no alcanzarán de ninguna manera a la situación jurídica pendiente de origen contractual, que continuará regida íntegramente tanto en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias (anteriores y posteriores) por la ley que estaba en vigencia al tiempo de celebrarse el contrato (*efecto diferido*).

IV. La irretroactividad y el efecto diferido en materia contractual

Hasta aquí nos hemos limitado a exponer la solución legal. Procuraremos ahora ver si es o no correcta.

En un magnífico trabajo, López de Zavalía distingue con gran claridad la concepción estrictamente física del *tiempo material* de la concepción intelectualizada del *tiempo espiritual*⁴.

El tiempo material es una corriente que fluye sin detenerse jamás y que puede medirse con el reloj y el calendario; el actuar del hombre se

escalona en el tiempo material, sin que una misma persona pueda realizar dos actos exactamente simultáneos, incluso, todos sus actos tienen cierta duración temporal que, dentro de la rígida concepción del tiempo físico, permitiría fraccionarlos siempre. El *tiempo espiritual*, en cambio, admite que algunos actos —aunque tengan cierta prolongación física en el tiempo material— sean considerados idealmente como efectuados en un solo momento intelectual (el de su concepción), y el autor que citamos ilustra perfectamente la hipótesis con el ejemplo de un discurso⁵, como podría haberlo hecho también con una sentencia judicial, o un trabajo científico, que *materialmente* tienen un *antes* y un *después*, pero integran conceptualmente un *todo*, con un tiempo único de concepción.

Si estudiamos atentamente la obra de Roubier, de tanta importancia para comprender e interpretar el art. 7 del nuevo CCyC, advertiremos que esta distinción entre tiempo material y tiempo intelectual, aunque no ha sido mencionada de manera expresa, tiene singular influencia sobre las conclusiones a que llega el jurista francés. Señala, entonces, que hay situaciones jurídicas sometidas a un estatuto legal, que a su entender son situaciones que tienen una base material y concreta⁶; esa *materialidad* de la relación hace que le sea aplicable la concepción del tiempo físico y, por tanto, en ese campo, el efecto inmediato de las leyes no resultaría contrario al principio de la irretroactividad.

En cambio, cuando se trata de situaciones jurídicas contractuales, Roubier opina que ellas tienen una base *ideal y abstracta*⁷ y, en consecuencia, se ve obligado a aplicarles una concepción intelectual del tiempo: de allí que sostenga que deben ser regidas por la ley del momento de celebración del contrato. Aunque el contrato se proyecte en el tiempo material, forma un todo conceptualmente único, como si idealmente tuviera un solo tiempo, tanto en lo que se refiere a su constitución, modificación o extinción, como en lo que se relaciona con contenido y efectos. Por ello, considera Roubier que debe someterse a una ley única la del momento de su celebración— y las leyes posteriores no pueden

Autor y trabajo citados en nota anterior, ps. 1485 y 1486 (nota 4).

Paul Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Sirey, París, t. 2, 1933, N° 88, p. 122.

Paul Roubier, obra citada.

⁴ Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, "Irretroactividad de las leyes", LL 135- 1485 o 1493.

afectarlo, aunque esté en curso de ejecución⁸, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo, sea de manera expresa, sea de manera tácita⁹.

Para evitar que su construcción teórica sea tildada de *individualista*, expresa Roubier que ella no se basa en el principio de la autonomía de la voluntad, que rige en materia contractual sino solamente en aspectos de pura técnica jurídica¹⁰. Sin embargo, la unidad intelectual que confiere al contrato, y que lo hace proyectarse hacia el futuro, tiene como fundamento real el hecho de que el ordenamiento jurídico reconoce a las personas el derecho de prever con entera libertad el conjunto de la relación contractual y darse su propia ley¹¹.

Si las nuevas leyes afectasen a los contratos en curso de ejecución se produciría una especie de *retroactividad intelectual*, y por ello Roubier sostiene enfáticamente que la aplicación de estas normas debe diferirse, y sólo alcanzará a los nuevos contratos, es decir, a los celebrados con posterioridad a su vigencia¹². Admite algunas excepciones a este *efecto diferido*, pero considera que ellas sólo se presentan —como ya

⁸ Paul ROUBIER, obra citada, N° 83, p. 59. El mencionado jurista francés desarrolla su idea en las páginas siguientes, sosteniendo que la capacidad para contratar se juzga por la ley del día de celebración del contrato (p. 60), y que la licitud y conformidad con el orden público también deben juzgarse por la ley de su celebración (p. 61), que es la que deberá gobernar el curso de su desarrollo ulterior y los efectos de los contratos (N° 84, p. 75 y ss.).

⁹ Paul ROUBIER, obra citada, N° 86, ps. 100-109.

¹⁰ Paul ROUBIER, obra citada, p. 52.

¹¹ Conf. Jorge, MOSSET ITURRASPE, "... No puede pretenderse que una nueva ley que incorpora nuevas normas supletorias tenga aplicación inmediata. Debe respetar los contratos en curso de ejecución. Entiendo que de este modo se respeta el principio fundamental de la autonomía de la voluntad que es, al decir de Risolla, el principio de la libertad" (Cuarto Congreso..., p. 337); NIETO BLANC: "Adhiero a expresiones ya formuladas en el sentido de que el texto vigente en el fondo no hace más que respetar el principio de la autonomía de la voluntad, lo que considero resulta muy conveniente en estos tiempos caracterizados por su periódica vulneración" (Cuarto Congreso..., p. 344); OSCAR V. REMAGGI, "Con relación a que a los contratos en curso de ejecución no les aplicarán las nuevas leyes supletorias, considero que ello es muy conveniente, como consecuencia de que así se respeta la autonomía de la voluntad y se otorga seguridad a los negocios ya realizados" (Cuarto Congreso..., p. 343); AUGUSTO M. MORELLO, "Eficacia de la ley nueva en el tiempo", en *Examen y crítica de la Reforma*, Librería Editora Platense, La Plata, t. 1, 1971, p. 88.

¹² Paul ROUBIER, obra citada, especialmente p. 58.

hemos dicho— cuando la ley nueva tiene efecto retroactivo, sea de manera expresa, o de manera tácita.

La retroactividad expresa no presenta inconvenientes, puesto que el legislador está facultado para establecerla, si lo considera necesario; más difícil resulta determinar cuándo hay *retroactividad tácita*, que Roubier vincula con aquellos casos en que la nueva norma tiene el carácter de estatuto legal y, en consecuencia, ha sustraído del campo contractual la regulación del problema¹³. En este caso, al haber adquirido la situación jurídica características *materiales y concretas*, la ley nueva debe aplicarse de inmediato, aunque afecte de manera retroactiva al contrato en curso.

La doctrina más autorizada coincide con Roubier, aunque por otros fundamentos, en que a los contratos en curso de ejecución debe aplicárseles la ley del día de su celebración¹⁴. Se acude para ello al viejo concepto de *derechos adquiridos*, o al respeto por la *autonomía de la voluntad*, pero se advierte —al mismo tiempo— que el efecto diferido debe tener ciertos límites que se encuentran —según los distintos autores— en las leyes de orden público, o en la distinción entre las normas supletorias y las imperativas¹⁵.

Este último camino es el que, con acierto¹⁶, ha seguido el legislador argentino: la ley que rige a un contrato se integra con las disposiciones que las partes han incluido expresamente y con todas las normas supletorias vigentes en ese momento que no se creyó necesario reproducir en el texto del contrato y, además, con las normas imperativas, cuya aplicación no puede ser dejada de lado por las partes¹⁷; mientras una ley nueva no limite la autonomía de la voluntad, sustrayendo de manera imperativa un sector de

¹³ Paul ROUBIER, obra citada, N° 88, 89 y 90, ps. 122 a 152.

¹⁴ Conf. G. GARCÍA VALDECASAS, "Sobre la significación del principio de no retroactividad de la ley", *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 1966, p. 45 y ss. (en especial p. 52).

¹⁵ Ver sobre este punto Paul ROUBIER, obra citada, N° 87, ps. 109-121, y los autores que allí menciona.

¹⁶ Consideramos correcto el temperamento adoptado por el legislador, pese a las críticas que dirige Roubier a esta doctrina.

¹⁷ Conf. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Cuarto Congreso...*, p. 337: "... Todos sabemos que un contrato se integra con aquellas cláusulas que las partes libremente estipulan, que también se integra con las normas imperativas y, por último con las normas supletorias previstas por el legislador, precisamente para cubrir la omisión de las partes o bien su ignorancia..."

las relaciones contractuales del terreno que las partes quieren regular, la ley que debe regir *toda* la relación contractual, es la que prevaleció en su nacimiento.

V. Normas supletorias, normas imperativas y retroactividad

Las normas imperativas dan forma al *estatuto legal* que rige ciertas relaciones jurídicas y al cual las partes deben someterse sin poder modificarlo¹⁸. Cuando se trata del remplazo de un estatuto legal por otro distinto no hay dificultad en conceder *efecto inmediato* a la nueva ley sin que pueda tildársela de *retroactiva*, porque siempre la voluntad del legislador está por encima de la voluntad de las partes.

Aplicar, en cambio, las nuevas leyes supletorias a una relación contractual formada dentro de los límites que la ley antigua autorizaba significaría en cierta manera darles efecto retroactivo y, para evitarlo, el legislador consagra el *efecto diferido* de las normas supletorias.

Finalmente, cuando una disposición nueva sustrae del campo de la autonomía de la voluntad un sector que antes le estaba reservado y lo transforma en terreno regido por un *estatuto legal* está en juego un interés público. La nueva norma se considera mejor y debe lograr aplicación en el menor plazo posible, por ello se admite su *efecto inmediato*, aunque ello signifique en cierta medida *retroactividad*, pues cambia la regulación de efectos de relaciones jurídicas contractuales nacidas con anterioridad a la vigencia de la nueva norma.

Esa retroactividad encuentra su justificación en el carácter imperativo de la ley nueva y se reduce solamente a cambiar la regulación de los efectos futuros —salvo disposición expresa que dé mayor alcance a su

Ver también GARCÍA VALDECASAS, G. (obra citada en nota 14, p. 53): "...a menudo existen razones para que el legislador ordene la aplicación de la ley nueva a relaciones contractuales existentes. Tal es el caso, en España, por ejemplo, de la legislación especial de arrendamientos rústicos y urbanos que se aplicó inmediatamente a los arrendamientos existentes en el momento de su promulgación."

¹⁸ Es cierto que, como dice LLAMBIAS, no siempre es fácil determinar cuándo la norma es imperativa y cuándo supletoria (*Estudio de la Reforma*, p. 17), pero la dificultad no es insalvable, y se trata de una característica propia de las *nociones elásticas* (conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, obra citada, p. 1493).

retroactividad— porque a partir de su entrada en vigencia, la nueva norma niega facultades a la autonomía de la voluntad para continuar regulando ese sector de relaciones jurídicas.

VI. Normas favorables al consumidor

El nuevo Código introduce una modificación en el último párrafo del art. 7, excluyendo del efecto diferido de las normas supletorias las que sean favorables al consumidor¹⁹. En la Exposición de Motivos se procura justificar este agregado expresando que "tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración cabe descartar la presunción de una voluntad *común* sobre la remisión a las normas supletorias vigentes" y culmina su explicación diciendo: "dado 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 con justicia hubieran pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que en estos contratos de consumo la regla es invertida en el sentido de que al contrato de consumo en curso de ejecución le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, obviamente por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor".

¡Bellas palabras para engalanar un agregado absolutamente innecesario! ¿Se olvida acaso que cuando se consagra normas favorables al consumidor su contenido es el de un estatuto legal con fuerza imperativa? Cuando se sanciona una nueva ley que procura proteger al consumidor no incorporan normas supletorias, que carecería de utilidad, pues ¡las partes podrían dejarlas de lado de manera expresa! Se olvida también que las normas que protegen al consumidor, precisamente por su carácter imperativo, sustituyen la posible regulación del problema por normas supletorias y, por ende, tienen aplicación no solamente a los contratos futuros, sino también a los que se encuentran en curso de ejecución.

¹⁹ "Artículo 7°.-... 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."

¿Se favorece acaso al consumidor cuando se incluyen normas supletorias que pueden dejarse de lado por la voluntad expresa del proveedor del consumo? ¿Qué tienen de favorable para el consumidor las nuevas normas supletorias?

La Dra. Kemelmajer de Carlucci procura justificar el agregado diciendo que con él se superan discusiones doctrinarias y jurisprudenciales²⁰, y que "esta excepción pone a la legislación argentina al día con las tendencias más modernas", que "ya no responden al viejo criterio de las leyes supletorias, sino a las imperativas que dominan el derecho del consumo"²¹, lo que entraña el reconocimiento de que las normas favorables al consumidor no tienen carácter supletorio, sino imperativo.

El 8 de mayo de 2015, en una conferencia pronunciada en Tucumán, afirmamos que, con el afán de proteger al consumidor, se ha introducido un agregado que no tiene operatividad práctica, porque las normas destinadas a favorecer al consumidor no son supletorias sino imperativas, lo que parece desconocerse en el agregado que se efectuó al art. 7 del nuevo Código.

¿Hay alguna norma de defensa del consumidor que sea supletoria? Sería un contrasentido porque la voluntad del proveedor le permitiría imponer una solución diferente. Pedí entonces que se me suministrase un ejemplo de norma supletoria protectora del consumidor.

Días después de haber pronunciado esa conferencia, recibimos un correo electrónico de un inquieto abogado tucumano, que motivó un intercambio epistolar que nos parece de interés reproducir:

"Me apasiona el derecho del consumidor, y en su brillante exposición Ud. dejó planteado un problema: ¿a qué se refiere el nuevo art. 7 *in fine*, cuando dice '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?' ¿Es posible que existan esas normas supletorias? Creo haber descubierto que sí es posible, aunque seguramente hay algún aspecto que se me escapa.

Me como el atrevimiento de contarle:

El "viejo" art. 570 dice: El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, a no ser que, por el objeto de la obligación o otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo. Pero no errar al considerar que es una norma supletoria. Es sólo una presunción, que quedaría sin efecto ante el acuerdo expreso de los contratantes.

El "nuevo" art. 351 dice: El plazo se presume establecido en beneficio del obligado a cumplir o a restituir a su vencimiento, a no ser que, por la naturaleza del acto, o por otras circunstancias, resulte que ha sido establecido a favor del acreedor o de ambas partes.

Se mantiene la naturaleza de norma supletoria, pero se modifica la función: ahora el plazo se presume a favor del deudor.

Entonces, entiendo que si el contrato celebrado antes del 1° de agosto de 2015 dice, y el deudor es un consumidor, bien podríamos aplicar inmediatamente el art. 351, y entender que el plazo fue establecido sólo a su favor, pudiendo cancelar su deuda anticipadamente.

Así, tendríamos un supuesto de una norma supletoria más favorable al consumidor, que por lo tanto se aplica a los contratos en curso.

Espero no haber significado una pérdida de tiempo, y desde ya me encantaría conocer su opinión"²².

El mismo día le respondí expresando que había leído con interés su correo que deja traslucir la *chispa* investigadora del autor. Por mi parte recordé las enseñanzas de un destacado civilista cordobés, Pedro León, que dirigía el Instituto de Derecho Civil, y en las reuniones cuando alguien deslizaba ideas de esta naturaleza, le pedía:

Suministre usted un ejemplo.

¿Puedes suministrar un ejemplo de "consumidor deudor" (que debe el precio de la cosa o servicio recibido), y que por contrato se encuentra favorecido con la posibilidad de diferir el pago hasta que se cumpla el plazo que se ha estipulado, y pueda encontrarse beneficiado por la cláusula supletoria que, a tu criterio, le permitiría pagar anticipadamente?"

²⁰ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La aplicación del Código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 59 y ss.

²¹ Obra citada en nota anterior, p. 62.

²² Carta del abogado Germán Mulder, del 27 de mayo de 2015.

Agregué que estaba dispuesto a proseguir el diálogo, pues su observación había despertado mi interés, y agregué que había hecho copia de esta correspondencia a algunos discípulos.

Terció en el análisis del tema el Dr. Fernando Márquez, que nos envió a Muler y a mí el siguiente correo:

“Estimados Profesores Moisset y Mulcr.

Creo que el principio de presunción de plazo a favor del deudor, que determina el nuevo Código, no cambia demasiado el sistema.

Siguiendo las enseñanzas del Maestro, busquemos ejemplos:

El consumidor tiene una deuda a plazo, que no fija intereses mensuales a devengar en el futuro: entonces según el Código de Vélez el deudor podía liberarse antes, porque “por el objeto de la obligación o por otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del deudor...”. En este caso, como la deuda siempre permanecerá igual, no hay agravio para el acreedor si el deudor quiere liberarse antes. Con el nuevo Código, la solución es la misma.

Si la deuda del consumidor tiene fijado intereses futuros, entonces no podía liberarse antes por el viejo Código, pero tampoco lo podrá por el nuevo, ya que el principio de presunción de plazo a favor del deudor queda desvirtuado porque según las circunstancias (la existencia de intereses a devengarse) se debe presumir a favor del acreedor.

De todos modos, en estos casos, se pacta regularmente que el deudor (consumidor) puede liberarse antes, pagando alguna multa.

Para seguir pensando ejemplos!!!”.

El abogado Muler no se dio por vencido y el 3 de junio nos dirigió una nueva y extensa carta en la que procura encontrar ejemplos en los cuales el pago anticipado podría beneficiar al deudor de una relación de consumo²³. La verdad es que la presunción de que el plazo se encuentra

²³ Correo del 3 de junio de 2015: “Estimados Luis y Fernando:

Ante todo, una aclaración: no soy profesor (a lo sumo un entusiasta conferencista y esporádico autor sin demasiado mérito), y un agradecimiento: que dediquen su tiempo a ésta conversación tan enriquecedora para mí. Si me permiten, y sólo para aclarar mis propias ideas, trataré de distinguir algunas cuestiones:

1. ¿Es posible que exista una nueva norma supletoria más favorable a los consumidores?

Este era el origen del planteo del querido profesor.

Humildemente, creo que la respuesta es afirmativa: tenemos una norma supletoria diferente a la norma anterior, que es más beneficiosa que la anterior.

Entiendo que la brillantez de la pregunta apunta a otra cuestión: en materia de consumo siempre podremos recurrir a normas imperativas que solucionen el problema. En el caso, por ejemplo, los arts. 37 LDC y 1095 CCyC.

Pero creo que esa solución no desvirtúa el hecho de que la norma supletoria más favorable pueda existir. Podrá no ser útil o de escasa aplicación práctica, pero existe.

2. ¿Puede un consumidor tener interés en el supuesto fáctico de la norma?

También creo que la respuesta es afirmativa.

Sabemos que mucha gente tiene tarjetas de crédito que nunca usa, simplemente por la agresiva política de los emisores que entregan plásticos por doquier. El “gancho” está en que no se generan gastos mientras no se usan. Así, es perfectamente posible un usuario de tarjeta de crédito que la guarda en un cajón. Hasta que es atraído por la posibilidad de comprar un electrodoméstico en 48 cuotas sin interés. Con esa “posibilidad” se “cierra el gancho” del proveedor. (Sean piadosos conmigo y no argumenten con la inflación, que no es esencial al problema, sino coyuntural, espero).

Será, por hipótesis (no improbable), la única compra que hizo con esa tarjeta. Pagará \$100 cada cuota de capital puro, ya que el bien costó \$4800. Pero al recibir su primer resumen, además de los \$100, pagará gastos de emisión del resumen, seguro sobre el bien, impuestos, etc. De repente, su costo financiero aumentará sustancialmente. ¿Podría ese consumidor querer cancelar inmediatamente y ya no pagar más ese costo financiero.

Otra hipótesis. Nuestro consumidor viajará al exterior y necesita tener disponible todo su margen de compra y financiación. Para ello debe cancelar su deuda financiada, aunque aún no es exigible.

En casos en los que el usuario podría legítima y razonablemente querer cancelar su deuda renunciando al plazo. Y en el que sólo podría renunciarlo si el mismo se benefició sólo en su favor.

¿El resultado más favorable se hubiera dado sin necesidad de recurrir a esa norma? Posible, pero eso tampoco resta importancia a la norma.

De acuerdo que con el art. 37 LDC, aun antes de la vigencia del CCyC, podríamos haber encontrado la solución, como explica con lucidez Fernando. Pero esa solución habría valorado la utilidad de contar con una presunción a nuestro favor.

Entonces, hace a la naturaleza de éstas presunciones que éstas pueden ser desvirtuadas, o no. Entonces, no debemos tomar postura partiendo de suponer que se será desvirtuada, o nunca lo será. Si no entiendo mal incurriríamos en una cuestión de principios.

En conclusión, a mi humilde modo de ver, son muy importantes. No es lo mismo contar judicial con una presunción a favor que con una en contra. Especialmente en materia de consumo encontramos a diario sentencias cuyo principal mérito es la presunción que no pudo desvirtuar la empresa.

De otro modo, es más fácil discutir la abusividad de la cláusula o de la práctica que cancelar el contrato en el sentido deseado, si tenemos una presunción a nuestro

Quiero decir que la naturaleza del acto o las otras circunstancias que justifiquen sostener que el plazo se otorgó a favor de ambas partes deberá ser demostrada por el proveedor, y ya no por el consumidor. Eso es una ventaja.

Y quiero decir que en la interpretación del contrato también será más fácil arribar a una solución más favorable al consumidor sumando las presunciones: la del 351 CCyC y la de los art. 3 y 37 LDC (más el deber de colaboración del 54).

No se me escapa que el art. 37 LDC o el 1095 CCyC podrían ser suficientes. Pero requieren de interpretación.

Por eso creo fervientemente que las normas especiales y específicas sirven para solidificar los avances de una disciplina que viene haciéndose lugar a fuerza de valentía y perseverancia. Incluso creo poder suministrar un ejemplo de la importancia de estas normas: ¿era necesario que el art. 8 bis dijera que los consumidores merecen un trato digno? Pienso que no lo era, pero ¡cuán bienvenida es la norma!

En el mismo sentido: ¿Es necesario aclarar que no dar al consumidor trato personalizado, o hacerlo esperar más de determinado tiempo, es tratarlo indignamente? Probablemente no, porque bien podríamos haberlo deducido de la norma general. Pero, creo que acordaremos que es más sencillo resolver el caso si contamos con la norma específica. Y los ejemplos se suceden: el deber de información está establecido en la ley de modo genérico, pero la norma que aclara que ese deber incluye la obligación de informar el precio total del producto, o su origen, ayudan a perfilar la obligación general en los casos particulares.

Entonces, en el ejercicio que propongo, a través de la idea del maestro Luis, podríamos imaginar un contrato en el que está claramente establecido que sólo cuando haya compras/cuotas pendientes se emitirá un resumen que se cobrará, además de un seguro de vida sobre saldo, y otros ítems. (Es probable que sea muy difícil en la práctica encontrar un contrato como el mencionado que no diga expresamente que el deudor no podrá liberarse anticipadamente. Pero ello no impide que pueda ocurrir. Permítanme la ilusión).

Dado que el contrato no dice a favor de quién es el plazo, tendremos que interpretar o suponer. Cualquier entendido diría inmediatamente que el negocio del emisor o el banco, ya que no cobraba intereses, era cobrar esos cargos. Pero el consumidor no tiene por qué saberlo.

¿Cómo lo interpretará el Juez? No lo sabemos. Ese Juez bien podría pensar que no hay nada abusivo en que el proveedor impida al consumidor la cancelación anticipada, porque estaría destruyendo la economía del contrato. De ese modo no tendría la "duda sobre el alcances de la obligación" que refiere el art. 37 para interpretar pro consumidor. Allí cobrará trascendencia nuestra presunción. Presunción que podrá ser destruida, es cierto. Pero tendrá que destruirla el proveedor.

Me permito disentir con la opinión de Fernando en su primer ejemplo: a pesar de que no se devengarán intereses, las circunstancias indican que el contrato es oneroso: el beneficio del emisor o el banco radica en los cargos que percibe y bien podrían demostrarlo. Ninguna entidad financia graciosamente. Por eso digo que se podría argumentar que se rompe la economía del negocio. Es cierto que les resultará difícil ante un Juez concededor del microsistema protectorio, pero no es imposible. Nuevamente sería importante la presunción.

establecido en favor del deudor es una norma supletoria, pero no se ha establecido con el propósito de favorecer al consumidor y no hemos encontrado en el nuevo Código ninguna norma supletoria que tenga esa finalidad. Y si se sancionan otras leyes que protejan al consumidor ninguna de sus normas tendrá carácter supletorio, sino que configurarán un estatuto legal imperativo.

Este debate, sin embargo, ilustra lo apasionante que es el derecho y lo difícil que resulta formular *verdades* absolutas.

VII. El efecto diferido y la doctrina nacional

El último párrafo del art. 7 (originariamente artículo 3, por la ley 17.711), es uno de los que ha provocado mayores discusiones, especialmente por el hecho de que fue incluido pese a una recomendación expresa en contrario del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil²⁴.

Una de las principales críticas que se dirige al *efecto diferido* de las nuevas normas supletorias, es el hecho de que, por su culpa, van a coexistir dos regulaciones legales distintas para el mismo tipo de situaciones jurídicas²⁵.

En fin estimados profesores, desde mi rol de abogado de "trinchera", apasionado por la defensa del consumidor, puedo incurrir en errores de juzgamiento, pero los aseguro que es por una buena causa.

Espero no haberlos aburrido.

Un cordial saludo, que espero poder darles en persona próximamente.

Y nuevamente: gracias por su tiempo."

²⁴ Ver *Tercer Congreso...* El dictamen preliminar, firmado por Spota y Mercader, aconsejaba suprimir ese párrafo (p. 74), y en igual sentido se expidió Alfredo Orgaz (p. 75).

El Despacho de la Comisión definitiva, suscripto por Spota, Orgaz, Sald, Masoni y Jorge Núñez, no contenía el párrafo, que sólo fue sostenido por Borda (p. 76), y al final de la discusión el Congreso se pronunció expresamente por su rechazo, como consta de la votación registrada en p. 91.

²⁵ Ver RAFFO BENEGAS y SASSOT, "La intención de las partes y las leyes supletorias", JA Doctrina 1969-549; LLAMBLAS, obra citada, ps. 19-20; NOVILLO SARAVIA, "La retroactividad de la ley y el Cuarto Congreso Nacional de derecho Civil", JA Doctrina 1970-572.

El reproche carece de base sólida, pues precisamente en materia contractual el legislador admite que coexistan no sólo dos, sino infinitas regulaciones legales distintas²⁶. Al consagrar la *autonomía de la voluntad* permite que las partes elijan libremente la ley que debe regir sus relaciones y, según sea su mayor o menor imaginación, ella podrá adquirir las formas más diversas.

Por otra parte, tratándose de normas supletorias no está en juego el interés público, sino el interés privado, y la presunción de que la nueva ley es superior a la antigua no tiene en este caso ningún valor, puesto que se permite a las partes elegir libremente la ley que debe gobernarlas²⁷.

Se ha dicho también que no siempre las partes conocen las normas supletorias y que al remitirse a ellas lo hacen de manera general, dejando librada la solución del problema a lo que el derecho disponga y, por tanto, que la nueva ley debe aplicarse desde el momento mismo de su vigencia a cualquier contrato²⁸.

Esta afirmación parece desconocer lo que es regla en la práctica diaria del quehacer profesional, como lo señaló muy bien Mosset Iturraspe²⁹,

²⁶ Conf. Paul ROUBIER, obra citada, p. 54: "Si se trata de situaciones contractuales, el legislador admite la diversidad de regímenes jurídicos, dando paso a la autonomía de las voluntades individuales, y esta diversidad permite admitir la coexistencia de leyes diferentes".

Nosotros, inicialmente, criticamos el último párrafo del entonces art. 3, fundándonos en que introducía una dualidad en la legislación (Cuarto Congreso..., Observaciones, p. 319); pero luego, en el debate, rectificamos la posición que sobre este punto habíamos sostenido originariamente (Cuarto Congreso..., p. 345).

²⁷ Conf. NIETO BLANC, Cuarto Congreso..., ps. 344-45: "El argumento de que las leyes nuevas se entiende que son mejores que las derogadas, tampoco me parece sustancial, por cuanto en razón de su naturaleza pueden ser dejadas sin efecto por las partes en sus contratos e inclusive aplicar ella en esos nuevos contratos las leyes supletorias anteriores. De modo que es un argumento de valor relativo".

²⁸ LLAMBIÁS, obra citada, ps. 16-17; RAFFO BENEGAS y SASSOT, Cuarto Congreso..., Ponencia, p. 316; BOUZAT, Cuarto Congreso..., p. 329; SASSOT, Cuarto Congreso..., ps. 340-341.

²⁹ MOSSET ITURRASPE, Cuarto Congreso..., p. 336: "...el contrato se integra con las disposiciones o normas supletorias, que las partes no tienen por qué repetir, no tienen por qué referirse expresamente a ellas. No se puede decir que hay una mera presunción ni que es gratuito creer que las partes las tienen en cuenta. Los hombres que profesamos el derecho de los contratos aconsejamos habitualmente que cuando se confecciona un contrato típico no se re-

en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Cuando se redacta un contrato, el abogado aconseja a su cliente no recargarlo con cláusulas superabundantes, y considera innecesario repetir aquellos puntos en los que hay coincidencia entre la disposición legal supletoria, y el querer de las partes, contemplando sólo aquellos puntos en que las partes quieren apartarse de la normativa legal, para dar una solución diferente. ¡Esto es lo común, y no que las partes permitan la aplicación de la norma supletoria por ignorancia de la ley!

Creemos más desacertada aún la posición que sostiene que debe indagarse si las partes quisieron o no remitirse a la norma supletoria³⁰, pues no sólo introduce un elemento subjetivo de casi imposible demostración, sino que resulta contradictoria consigo misma, pues permite que, en este caso, el *efecto diferido* se justifica y ya no encuentra un obstáculo insalvable en la dualidad legislativa, ¡con lo que destruye sus propios argumentos!

Se ha dicho que "...la prueba de la real intención de las partes en esta materia sería verdaderamente diabólica. En efecto, ¿a qué momentos podrá recurrir el intérprete cuando las partes han otorgado un contrato que no tiene poca trascendencia al asunto que ni siquiera lo han mencionado en el contrato?"³¹.

En la realidad, no se trata de que las partes le hayan concedido al punto de importancia, por el contrario, pueden haberle dado mucha, y —sin haberse remitido a la norma supletoria. Por ejemplo, en casi todos los contratos era *ritual* incluir una cláusula que estipulase la mora sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial por parte de las partes, al no incluirla, ¡podían haber tenido especialmente en cuenta este punto, y haber descado que la mora fuese ex-persona! Pero, ¿cómo probaría esa voluntad? Nadie puede indagar en lo íntimo del

³⁰ "...aquellas disposiciones supletorias que el legislador ha puesto, como si fueran la omisión o la ignorancia de las partes, porque juegan ante su voluntad, no por el consentimiento de ellas. Pero que la autonomía de la voluntad, el respeto a la voluntad auténtica de las partes, exige que las normas supletorias sean consideradas como partes integrantes del contrato".

³¹ LLAMBIÁS, obra citada, p. 20, y Cuarto Congreso..., Ponencia, p. 316; BOUZAT, Cuarto Congreso..., p. 329.

³² RAFFO BENEGAS y SASSOT, Cuarto Congreso..., Observaciones, p. 322.

sentir de los sujetos. ¿Sería suficiente que uno de ellos demostrase conocer la norma supletoria, pidiendo su aplicación? Si en sus manos estuvo incluir una cláusula expresa que la derogase, y no lo hizo, ¿no puede interpretarse esta actitud como demostrativa de su voluntad de aceptar la norma supletoria?

En resumen, además del pronunciamiento del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, se han expédido en contra del *efecto diferido* de las nuevas normas supletorias, después de la sanción de la ley 17.711, Llambías³², Wolkowicz³³, Acuña Anzorena³⁴, Raffo Benegas y Sassot³⁵, Novillo Saravia³⁶ y Bouzat. La mayoría de la doctrina nacional, en cambio, ha debido aceptar que el párrafo constituye un acierto, y que debe ser mantenido. Se pronunciaron en tal sentido, López Olaciregui³⁷, López de Zavalía³⁸, Morello³⁹, Garrido y Andorno⁴⁰, Pardo⁴¹ y muchos de los juristas que intervinieron en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil⁴².

³² J.J. LLAMBIAS, obra citada.

³³ WOLKOWICZ, Pedro, "Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes", *Juris*, 33-265 (en especial p. 272).

³⁴ ARTURO ACUÑA ANZORENA, "Reflexiones sobre la ley 17.711 de reformas al Código Civil", LL. 130-1090.

³⁵ RAFFO BENEGAS y SASSOT, obra citada en nota 21.

³⁶ NOVILLO SARAVIA, obra citada en nota 21.

³⁷ JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, "Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año X, N° 21, ps. 71-88 (en especial p. 79): "Si las leyes supletorias integran los contratos, otorgados durante el tiempo de su vigencia, es dado pensar que los contratantes, al concluir su convención incorporaron a ella, como cláusula del convenio, las reglas que la ley establecía para complementarlo (...) El dictado de una nueva ley supletoria vendría así a ser algo así como un cambio introducido en un contrato asentado sobre otras bases, lo cual podría considerarse contrario a lo razonable. Por otra parte, si la esencia de las leyes supletorias consiste en quedar postergadas por la voluntad de las partes, parece lógico que esa voluntad tácita incorporada al contrato y consistente en adoptar la ley supletoria vigente en ese momento, debe prevalecer sobre la fuerza jurídica de la nueva ley supletoria". En el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, firmó también el despacho mayoritario (p. 324).

³⁸ FERNANDO J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, obra citada en nota 5, p. 1493.

³⁹ MARIO AUGUSTO MORELLO, obra citada en nota 12.

⁴⁰ ROQUE GARRIDO y LUIS O. ANDORNO, *Reformas al Código Civil*, Zavalía, Buenos Aires, 2ª ed., 1971, art. 3, ps. 12-13: "Bien se ha hecho notar que esta solución opera en defensa de la voluntad contractual; pues si las leyes supletorias integran los

En conclusión, el contrato es el medio que acuerda el orden jurídico particular para que regulen libremente sus relaciones y creen su propia ley, pudiendo diversificarla a voluntad y, en cuanto a las normas supletorias, siempre es posible que las partes las hayan tomado en consideración. Sería absurdo que, sólo para sustraerse a la posible acción de una hipotética modificación legal, se viesan obligados a producir íntegramente en el contrato todas las disposiciones a las que se le atribuya alguna importancia. Tampoco resultaría correcto distinguir entre los efectos del contrato que resultan de una disposición incluida expresamente por las partes y los que están unidos a él por la ley cuando no esa disposición expresa.

III. Conclusiones

a) Si una ley imperativa sustituye a otra ley imperativa, se aplicará de inmediato a los contratos en curso de ejecución sin que ello signifique retroactividad (concepción material del *estato legal*, y del *tiempo físico*).

b) Si una ley imperativa sustituye a una ley supletoria, se aplicará de inmediato, aunque entrañe una cierta retroactividad, a las conse-

contratos, otorgados durante el tiempo de su vigencia, lógico es pensar que los contratantes, al concluir su convención incorporaron a ella, como cláusulas del convenio, las reglas que la ley establecía para complementarlo. Ubicadas así las cosas, es evidente que las partes sólo pudieron tener en cuenta las normas que conocían, vale decir, las vigentes al tiempo en que contrataban. La aplicación retroactiva de una nueva ley supletoria significaría algo así como un cambio introducido en un contrato asentado sobre otras bases, lo que no parece razonable". ALBERTO J. PARDO, "El art. 3 del Código Civil, según la ley 17.711", LL. 135-1354 (en especial p. 1362); y *Cuarto Congreso...*, Ponencia, p. 318: "...Con respecto a la retroactividad de la legislación supletoria, esta norma es conforme a lo que las partes suponen forma la base de su contrato. Por ello recomiendo que sea mantenida". Informe del despacho de la mayoría, p. 326; Réplica, ps. 348 y 350.

Podemos citar a MOSSET ITURRASPE (Ponencia, p. 316; y debate, ps. 336-337); LEONFANTI (Observaciones, p. 322); Humberto G. CARRANZA, (Despacho de minoría, p. 324; y Debate, p. 334); REMAGGI (Debate, p. 343); NIETO BLANC (Debate, ps. 344-345); RUSSOMANNO (Debate, p. 337); Quinteros (p. 347); y como firmantes del despacho (p. 324): López Olaciregui, Puccio, Martínez, Salvador H. y González del Cerro.

cuencias posteriores del contrato en curso de ejecución (en este caso el interés público prevalece sobre la concepción espiritualizada del *tiempo ideal* del contrato).

c) Si una ley supletoria reemplaza a otra supletoria, el art. 7 establece el *efecto diferido* para que no haya retroactividad, ni siquiera con respecto al tiempo *ideal*.

d) La nueva ley jamás puede afectar —salvo que haya una declaración expresa de retroactividad— la constitución del contrato, ni las consecuencias anteriores a su vigencia (ver cuadro II, ap. a y b, tanto para las leyes imperativas, como para las supletorias).

e) Las nuevas normas que se establecen en protección del consumidor no tienen carácter supletorio, sino que son imperativas y por esa razón tienen efecto inmediato.

LOS SILENCIOS Y EL DERECHO TRANSITORIO

Sumario: I. El silencio y el nacimiento del derecho positivo. a) Primeras legislaciones. Aplicación retroactiva. b) Domat y su distinción en leyes inmutables y leyes arbitrarias. II. Los cambios en las leyes positivas. a) leyes prohibitivas de conductas. Comienza a advertirse la irretroactividad (leyes penales). b) leyes permisivas o que conceden beneficios. Efecto inmediato. c) Leyes interpretativas d) El proceso de codificación. e) Las revoluciones. Cambio legislativo. Retroactividad. Sus efectos. Prohibición. III. El cambio del derecho positivo por el silencio. IV. El nuevo Código Civil y Comercial. La supresión de normas. a) El calendario gregoriano. b) Defectos del nuevo artículo 6. V. Otros silencios legislativos. a) Condición. b) hipoteca. VI. Silencio y costumbres o prácticas. a) Las costumbres en el Código de Vélez. b) El nuevo Código civil y Comercial. VII. Conclusiones.

I. El silencio y el nacimiento del derecho positivo

Las sociedades primitivas regulan su comportamiento y resuelven los conflictos sobre la base de aplicación de costumbres. Existe un orden jurídico embrionario, que encuentra su fundamento en principios que muchos asimilarán a un "derecho natural".

La Historia de la humanidad señala que antes de que apareciesen "legisladores", dando forma al derecho positivo, existía un orden jurídico natural, que tenía como principal fuente las prácticas y costumbres y muchos pueblos consideraban que ese orden natural estaba impuesto por la divinidad.

El paso de cambio se da cuando alguien asume el poder de gobierno de la sociedad y considera que debe encauzar las costumbres, y plasmarlas en normas que les den fijeza. Se sustituye entonces el "silencio" por las primeras leyes positivas.