

Voces: INTERPRETACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ SENTENCIA ~ ADMINISTRACION DE JUSTICIA ~ PODER JUDICIAL ~ JUEZ ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ OBLIGACIONES DEL JUEZ ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ VIGENCIA DE LA NORMA

Título: Aplicación del nuevo código civil y comercial a los procesos judiciales en trámite (y otras cuestiones que debería abordar el congreso)

Autor: Rivera, Julio César

Publicado en: LA LEY 04/05/2015, 04/05/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/1424/2015

Sumario: I. Razón de ser de este comentario. — II. Análisis de la cuestión y de otras conexas. — III. Una solución sugerida. — IV. Una cuestión crucial no ponderada: el derecho como guía de conducta de las personas. — V. Otra vía de solución: la legislativa. — VI. Algunas conclusiones y propuestas.

Abstract: El Poder Legislativo debería resolver antes del 1 de agosto de 2015 las siguientes cuestiones: (i) la adecuación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que el CCyC contiene disposiciones sobre proceso de familia, acción directa del acreedor, proceso sucesorio, declaración de capacidad restringida y, por su lado, el CPCCN sigue hablando de juicio de declaración de demencia y no refleja los contenidos del derecho de fondo a que hacemos alusión; (ii) resolver sobre la jurisdicción mercantil; y (iii) adecuar algunas leyes al nuevo CCyC.

(*)

I. Razón de ser de este comentario

El día 15 de abril de 2015 la Cámara de Apelaciones de Trelew emitió un acuerdo plenario en el que se resolvió: "DISPONER que una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó".

La decisión se funda, entre otros argumentos en que "Revisar sentencias dictadas en la instancia de grado con los Códigos de Vélez Sarsfield y Acevedo antes del 1º de agosto del año en curso, luego de ese hito temporal al conjuro del nuevo ordenamiento, constituiría lógicamente un despropósito y constitucionalmente un atentado contra derechos individuales amparados por garantías constitucionales como el derecho de defensa en juicio y resguardo del debido proceso legal" ; (b) "Una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos de Vélez Sarsfield y 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".

Ello causó una respuesta de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, publicada como Columna de Opinión en esta misma Revista, que atribuye a la acordada una serie de errores en particular en los fundamentos que venimos de transcribir

Resumo los argumentos de Kemelmajer de Carlucci.

- El alegado derecho de defensa juega poco y nada. Las llamadas normas de transición o de derecho transitorio no son de derecho material; son una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes. 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 (iuria novit curia), todo lo cual no impide que invite a las partes, si lo estima conveniente, a argumentar sobre cuál es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa.

- El acuerdo de la Cámara de Trelew implica, en contra de lo dispuesto por el art. 7 que: (i) el Código Civil y Comercial no se aplique a los expedientes que se encuentran en las instancias superiores al momento de entrada en vigencia del nuevo Código, postergando la aplicación inmediata sin bases legales; (ii) consagrar la regla de la aplicación diferida del Código Civil después de su derogación si el expediente se encuentra en una instancia ulterior.

II. Análisis de la cuestión y de otras conexas

II.1. Introducción: el sistema del art. 7 del CCyC

El CCyC contiene una única norma sobre aplicación de las nuevas leyes a las situaciones y relaciones jurídicas en curso de ejecución: es el artículo 7, virtual transcripción del art. 3 del Código Civil incorporado por la ley 17.711 en 1968.

Ese precepto reconoce como fuente la ponencia de Guillermo Borda presentada al IIIer. Congreso Nacional de Derecho Civil, y la recomendación de este Congreso; aunque según es bien sabido la excepción del tercer párrafo correspondía a la ponencia que en este punto no fue apoyada por el Congreso.

La ponencia de Borda, a su vez, se inspiraba en las enseñanzas del decano Paul Roubier, quien había publicado dos obras sobre la materia que tuvieron una gran influencia en la doctrina y jurisprudencia francesas (1); y también entre nosotros a partir de los estudios de Borda y de otros autores, en particular a partir de la sanción de la ley 17.711.

El sistema propuesto por Roubier se asienta en la idea fundamental de la aplicación inmediata de la ley nueva a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución (2).

Para ello distingue distintas etapas en la vida de la relación y situación jurídica: la constitución y la extinción por un lado; y las consecuencias que pueden producirse entre ambos hitos.

Esto significa lo siguiente: una vez constituida la relación o situación jurídica, esa constitución no puede ser afectada por una nueva ley. Así, si se ha celebrado un matrimonio bajo un rito religioso cuando ello es admitido por la ley, ese matrimonio no se ve afectado por una nueva ley que establezca que el único matrimonio válido es el civil.

Del mismo modo, si un matrimonio se ha extinguido por divorcio vincular, esa extinción no sería afectada por una nueva ley que suprimiera tal divorcio vincular (3).

Pero la ley nueva se aplica a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas que se producen entre la constitución y la extinción. O sea que si una ley nueva dispone un cambio en el régimen patrimonial del matrimonio, esas reglas se aplican a los casados bajo el derecho sustituido. Así: la ley 17.711 impuso el requisito del consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, o muebles registrables. Esa disposición se aplica a los cónyuges casados antes de esa ley y a los actos de enajenación de inmuebles y muebles aun cuando estos hubieran sido adquiridos antes de la vigencia de la ley 17.711.

Ahora bien: la aplicación inmediata tiene un límite; y es que esas consecuencias estuviesen ya "consumidas".

Lo cual genera una serie de conflictos interpretativos. Entre otras razones porque el art. 7 no dice nada de esto, limitándose a establecer el efecto inmediato; todo lo demás es pura elaboración doctrinaria y como tal sirve solo como argumento de autoridad para interpretar la ley; y, finalmente, porque son tantas las situaciones que pueden presentarse en la práctica que esta fórmula de la constitución, la extinción y las consecuencias consumidas se revela insuficiente y muchas veces puede incluso llevar a soluciones inapropiadas.

De todos modos sigamos — por ahora - este método y veamos sus consecuencias.

La doctrina argentina ha tomado como hipótesis una ley que reduzca la tasa de interés (o el precio de los alquileres y podría pensarse en la posibilidad de cumplir en moneda nacional las obligaciones en moneda extranjera).

Suponiendo un contrato por el cual el deudor se obligó a devolver un mutuo en cinco cuotas pagando una tasa de interés del 10%; una la ley sancionada cuando han vencido tres cuotas — de las cuales dos han sido pagadas y una está vencida pero no pagada - reduce los intereses al 6%: ¿cómo se aplica la nueva ley?.

Hay varias respuestas posibles (4):

- Una solución extrema es no aplicarla a este préstamo por estar constituido antes de la sanción de la ley que autoriza a pagar todas las obligaciones en moneda nacional; es la tesis propiciada por López de Zavalía (5). Parecería que este criterio no se ajustaría al art. 7 pues esa ley no sería meramente supletoria de la voluntad de las

partes.

- Otra solución extrema sería aplicar la nueva ley a todo el contrato, incluso las cuotas ya pagadas; esta solución no sería aceptada en Derecho argentino pues la Corte Suprema entendería que afecta el derecho de propiedad constitucionalmente amparado.

- Otra posibilidad sería aplicarla también a la cuota vencida pero no pagada, en lo cual cabría reconocer retroactividad, porque la exigibilidad de la cuota ya se había producido antes de la sanción de la ley nueva.

- La cuarta y última sería aplicarla a las cuotas no vencidas; ésta es la que — creemos - se adecua a nuestro artículo 7: efecto inmediato de la ley —aplicación a las consecuencias futuras— y por ende no retroactivo.

Muchos otros ejemplos podrían proponerse al lector. Por ejemplo: una cónyuge divorciada bajo el régimen del Código Civil derogado, tiene reconocido por sentencia derecho a alimentos. El nuevo CCyC no prevé tal posibilidad. ¿Se aplica el nuevo Código a esa relación constituida bajo el derecho anterior y por ende la cónyuge perdería el derecho a los alimentos? (6).

Nos parece evidente que la cónyuge conserva el derecho a los alimentos pues en efecto la cosa juzgada se ha incorporado definitivamente a su propiedad constitucionalmente amparada (art. 17 CN). De otro modo el Estado estaría confiscando un derecho causado en la legislación vigente cuando se dictó la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

La propiciada es una solución que proviene de la más arraigada jurisprudencia de la Corte Suprema la que sostiene desde hace casi cien años que "...el legislador podrá hacer, que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la, intención de aquel, podrán, a su vez atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad." Y sentó una regla rígida al respecto pues dijo que así como la razonabilidad de una hipotética restricción podía ponderarse para reglar "nuevas facultades inherentes al derecho de propiedad, con relación a su ejercicio futuro", cuando la restricción era retroactiva la afección del derecho adquirido resultaba en la directa inconstitucionalidad: "desde el momento que la aplicación de la ley da por resultado una privación de propiedad, su validez ya no es cuestión de grado. (7)"

II.2. Una cuestión particular. La aplicación de la nueva ley de fondo a los juicios en trámite

En la doctrina argentina se ha discutido mucho sobre el sistema del art. 3 del Código Civil versión ley 17.711 y seguramente se discutirá aún más sobre el art. 7 del CCyC.

Pero curiosamente el debate no se ha focalizado en una cuestión relevante: la aplicación de la ley nueva a los juicios en trámite, tengan o no sentencia.

La "acordada-ley" de Chubut y la respuesta de Kemelmajer de Carlucci entran en esa delicada cuestión.

La acordada propone que no se aplique la ley nueva a los juicios con sentencia no firme; la profesora Kemelmajer de Carlucci sostiene que la ley nueva debe aplicarse aun a los juicios con sentencia pues en ello no está en juego la garantía de la defensa en juicio.

Y todavía podría ofrecerse otra solución: que la nueva ley no se aplique a los juicios en trámite, tengan o no sentencia.

II.3. La opinión de Bidart Campos y algunos precedentes judiciales

Afirma Bidart Campos 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 sobreviene entre la litis trabada y la decisión judicial. La Corte Suprema tiene resuelto — sin que a nuestro criterio implique abdicar totalmente del criterio expuesto — que las leyes de orden público deben aplicarse a las causas pendientes en tanto la propia ley así lo establezca, y que ello no vulnera derechos adquiridos; o, lo que es lo mismo, que las partes en juicio no adquieren derecho a que la causa se falle conforme a la ley vigente al trabarse la litis, si posteriormente y antes de la sentencia firme se dicta otra ley de

orden público que determina su aplicación a los procesos en curso" (8).

Este criterio no implica necesariamente violar la doctrina de Roubier consagrada en el art. 3 del Código Civil vigente y en el art. 7 del CCyC futuro. En efecto: muchos autores que transitan el derecho procesal han visto en el proceso a una relación jurídica (von Bulow, Chiovenda, Carnelutti) (9), la que se constituye de manera definitiva con la traba de la litis. De modo que la ley nueva — de fondo (10) — no podría aplicarse justamente porque la constitución de la relación jurídica procesal estaría consumida.

II.4. Sobre el argumento de Kemelmajer de Carlucci: la garantía de defensa en juicio y el principio de congruencia

Los argumentos que pretenden sostener la idea de que la nueva ley debe aplicarse aun a los casos que tienen sentencia apelada, son: (i) que las normas de derecho transitorio no son de derecho material, sino una especie de tercera norma de carácter formal a intercalar entre las de dos momentos diferentes; y, (ii) que en esto de la aplicación de la ley nueva a los juicios en trámite, poco o nada tiene que ver la defensa en juicio, pues se trata de la aplicación del derecho y rige el principio *iura curia novit*.

No compartimos estos argumentos.

Con respecto al primero, esto es, la naturaleza de las normas de derecho transitorio, nos parece que no aporta a la solución de la cuestión fundamental, desde que ella no es cómo se aplica la norma de derecho transitorio sino cómo se aplica la nueva norma de fondo. O sea, el tema es si el deudor puede cumplir en moneda nacional lo que se obligó a pagar en moneda extranjera; esto es lo que realmente afecta a la relación jurídica. La norma de derecho transitorio solo es una herramienta que da el legislador a las partes y al juez para saber cuál sería la respuesta a aquella cuestión de fondo. Y lo que pasa aquí es que 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. Cosa que pudo perfectamente haber hecho el legislador: en la legislación argentina hay múltiples casos de leyes laborales o de alquileres que han predicado su aplicación — o no — a los casos judiciales pendientes. Y el derecho comparado también proporciona ejemplos en ese sentido como lo veremos más adelante.

En fin: el problema es que debemos decidir si se aplica o no un nuevo derecho de fondo a una relación jurídica sometida a juicio, teniendo a la mano una herramienta insuficiente por omisión.

El segundo argumento es que la defensa en juicio tiene poco o nada que ver.

Aun cuando se descartara la idea de que en el proceso existe una relación jurídica procesal, lo cierto es que la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que hay que tener en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y como se aplica.

Adviértase que las partes han invocado hechos que se ajustan al supuesto de hecho (*fattispecie*) de ciertas normas jurídicas cuyos efectos pretenden se impongan a la contraparte en la sentencia.

Así, un cónyuge ha solicitado se decrete el divorcio por culpa del otro en razón de la causal de injurias o adulterio, con los correspondientes efectos previstos por el Código Civil.

Por lo que ha invocado los hechos que justifican la injuria y el adulterio. Y ha producido prueba sobre ellos. Y pretende que al ser declarado culpable el marido se produzcan los efectos propios del divorcio y además se le pague una indemnización causada en el daño que le ha producido la conducta del demandado.

Ahora bien; al tiempo de la sentencia rige el CCyC que modifica sustancialmente el régimen; excluye toda idea de culpa, dispone que la fidelidad es solo un deber moral y por lo tanto parecería que conduce a desechar la posibilidad de daños causados en la violación de ese deber.

De aplicarse el CCyC es claro que lo invocado, probado y pedido por las partes no sirve para nada. Y el juez debería dictar una sentencia sin relación con lo alegado y probado y pedido.

Desde nuestro punto de vista la violación de la garantía de defensa en juicio sería ostensible pues el juez está dictando una decisión sobre la base de normas sobre cuya incidencia en su relación jurídica particular las partes

no han tenido ocasión de alegar y ser oídos.

Decir que esto es una mera aplicación del *iura curia novit* encierra una falacia: el *iura curia novit* implica que el juez puede proveer el derecho aunque no haya sido invocado, pero supone que pudo serlo porque estaba vigente al tiempo de trabarse la litis.

Finalmente, lo que resulta obvio es que una decisión judicial en un caso conforme a una nueva ley es claramente susceptible de violar el principio de congruencia. En el ejemplo que hemos dado del juicio de divorcio, si el actor pidió el divorcio por culpa y el demandado no reconvino sino que se limitó a pretender el rechazo de la demanda, ¿cómo haría el juez para dictar sentencia de divorcio sin atribución de culpas, una consecuencia que nadie pretendió?

No es superfluo recordar que la sentencia que viola el principio de congruencia es un típico supuesto de sentencia que viola la defensa en juicio. Así lo ha resuelto la CSN, en la actual composición, diciendo: "Como tuvo oportunidad de señalar la Corte en Fallos: 331:2578, "la vigencia real de la garantía constitucional de la defensa en juicio, reclama el acatamiento del denominado principio de congruencia o correspondencia" (Fallos 237:328; 256:504, entre muchos otros)" [\(11\)](#).

II.5. Los ejemplos de Kemelmajer de Carlucci

La profesora Kemelmajer concluye — con base en los argumentos que me atreví a controvertir — que el hecho de que se haya dictado sentencia no impide la aplicación de la nueva ley. Y para ello da tres ejemplos que examinaremos a continuación.

2.5.1. Primer ejemplo

Si en el período que va entre el dictado de la sentencia de primera instancia y la de la Cámara se dictara una ley más favorable para el consumidor, el tribunal de apelaciones debería aplicarla a todas aquellas consecuencias no agotadas y que hayan operado mientras el expediente estuvo en la Cámara.

Parecería que ello se funda en que el CCyC privilegia la protección del consumidor, en tanto dispone la aplicación de las nuevas leyes supletorias cuando sean más favorables al consumidor; y la interpretación de la ley ha de hacerse en función de los principios de protección del consumidor y acceso al consumo sustentable (art. 1094), así como que la interpretación de las obligaciones del consumidor ha de hacerse de la manera menos gravosa (art. 1095).

Pero de todos modos el ejemplo no es generalizable porque:

- Se trata de una hipótesis en la cual uno de los sujetos es especialmente vulnerable y por ello merece una tutela especial; por lo que si las partes del negocio no son consumidores, no jugarían los argumentos fundados en las previsiones mencionadas;

- En cualquier caso, incluido el de los de los consumidores, esa aplicación de la ley nueva sigue encontrando como límite los derechos de la contraparte del negocio jurídico;

- Por lo que si la ley dispone una rebaja de los intereses que el consumidor financiero debe, ello no se aplica a los intereses ya pagados. Me permito recordar que ni aun en la causa "Rinaldi" — que no puede ser vista como protectora del derecho de propiedad en términos clásicos - se convalidó la aplicación a "períodos consumidos". En el cons. 32 del primer voto se dijo que "no existe, pues, afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma sólo comprende los efectos en curso de una relación jurídica, aunque haya nacido bajo el imperio de la ley antigua. La disposición derogada sólo rige respecto de los hechos o actos ocurridos durante ese tiempo y hasta la fecha en que entra en vigor la nueva ley (Fallos: 306:1799; 319:1915), lo que lleva a desestimar el planteo de inconstitucionalidad de las disposiciones de emergencia basado en que mediaría una suerte de retroactividad respecto a prestaciones ya cumplidas o a situaciones que han surtido plenos efectos, pues las comprendidas aquí son las que están en curso de ejecución y quedaron pendientes de pago en plena crisis económica." [\(12\)](#)

- Tampoco es una consecuencia necesaria que la reducción de intereses se aplique a las cuotas vencidas antes de la nueva ley, haya o no pleito, haya o no sentencia. López de Zavalía sostiene enfáticamente y con un valioso cortejo argumental que ello implica retroactividad, pues estas "consecuencias" no se independizan de las

anteriores consumidas ni de las posteriores. En otras palabras, sostiene López de Zavalía que el contrato es uno solo y reducir o cambiar las prestaciones durante su vigencia implica volver sobre su constitución (13).

- Es más, la doctrina de Rinaldi no puede ser invocada para sostener la aplicación genérica de las nuevas normas a consecuencias de relaciones jurídicas que "debieron" estar consumidas antes de su entrada en vigencia pero no lo están por la mora del deudor. Es que esa aplicación hecha en Rinaldi como en general en la jurisprudencia que decidió pesificar las deudas en mora, solo puede encontrar justificación en que se trataba de normas de emergencia destinadas a distribuir de manera más o menos equitativa (generalmente en contra del propietario o del acreedor) los efectos de la crisis terminal de la economía nacional. En una situación de normalidad, no se justifica en absoluto que el deudor moroso se beneficie con una ley nueva que lo coloque en mejor posición que el deudor que cumplió con sus obligaciones y perjudique aún más al acreedor que no solo no recibió el pago oportunamente sino que además de recibirlo tardíamente lo hará reducido o en una moneda que no es la pactada.

Por lo que el ejemplo que analizamos puede ser válido para algunas hipótesis, pero no es necesariamente aplicable a muchas otras; y, como decíamos, siempre encuentra el límite de los derechos de la contraparte.

II.5.2. Segundo ejemplo

Se plantea la siguiente hipótesis: si la Cámara revisa una sentencia relativa a un accidente de tránsito, aplica la ley vigente al momento de ese accidente; en agosto de 2015 revisará conforme el artículo 1113 del CC, no porque así resolvió el juez de primera instancia, sino porque la ley que corresponde aplicar es la vigente al momento que la relación jurídica nació (o sea, la del accidente). En cambio, si la apelación versara sobre consecuencias no agotadas de esas relaciones, o lo que atañe a la extinción de esa relación (por ej., una ley que regula la tasa de interés posterior al dictado de la sentencia de primera instancia), debe aplicar esa ley a los períodos no consumidos; más aún, debería aplicarla también a los consumidos si la ley ha establecido su carácter retroactivo y no se vulneraran derechos adquiridos.

El ejemplo se responde con los mismos argumentos que el anterior. Una ley que regula la tasa de interés no debería aplicarse a los períodos consumidos — esto es los ya pagados — ni aquéllos que se encuentran en mora. La nueva ley sólo debería poder aplicarse a los intereses devengados a partir de su entrada en vigencia.

II.5.3. Tercer ejemplo

El tercer caso que se plantea es el siguiente: para que haya divorcio se requiere sentencia (arts. 213.3 del CC y 435 inc. c del CCyC); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia firme, no hay divorcio, lo que implica, que después del 1/8/2015, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código Civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el Código Civil y Comercial) ha eliminado el divorcio contencioso. Debe pues, declarar el divorcio, pero sin calificación de inocencia o culpabilidad.

Es cierto que la sentencia de divorcio es constitutiva y que como tal debería aplicar la ley nueva. Pero también lo es que:

- este no es un efecto necesario: en Francia, como veremos más abajo, las leyes sobre la filiación y el divorcio sancionadas en los 70 excluyeron expresamente su aplicación a los casos en trámite, por los perjuicios que ello acarrearía;

- Ya hemos adelantado que la sentencia que declare el divorcio sin calificación de inocencia o culpabilidad no tendría relación alguna con lo invocado, alegado, probado y pedido; y por ello violaría el principio de congruencia;

- La sentencia de divorcio, tiene ciertos efectos retroactivos; concretamente la sociedad conyugal se considera disuelta a la fecha de la demanda. Con lo cual el divorcio se regiría por una ley y la disolución de la sociedad conyugal se retrotraería a un momento en el que regía otra ley. ¿Acaso la disolución de la sociedad conyugal se sometería a la ley nueva o a la anterior?

II.6. Conclusión parcial

De lo expuesto resulta que no es lisa y llanamente predicable que el Código Civil y Comercial resulte necesariamente de aplicación inmediata a las causas judiciales en trámite. Por el contrario, ello puede resultar en una afectación retroactiva de la relación procesal, en la violación de la garantía del debido proceso al vulnerarse el derecho de alegación y prueba; y concluir en una sentencia incongruente con lo pedido por las partes.

III. Una solución sugerida

La Dra. Kememajer de Carlucci dice que bien podría el juez o el tribunal de apelaciones dar una vista a las partes para que se pronuncien sobre la incidencia del nuevo CCyC. Cita para ello una decisión de la CSN.

Es un procedimiento que se propicia en la práctica del arbitraje internacional cuando los árbitros advierten la existencia de un posible argumento de derecho que las partes no han desarrollado. Tiene por objetivo evitar que las partes se vean sorprendidas por la resolución del caso con base en un argumento jurídico que las partes no habían ponderado.

Pero una cosa es dar un nuevo traslado en alguna causa afectada posiblemente por una nueva normativa — en el caso resuelto por la Corte era un decreto que "podría" tener cierta incidencia — y otra es generalizar tal procedimiento en todos los juicios en los cuales las partes han invocado alguna norma del Código Civil de Vélez o del Código de Comercio.

Amén de que las partes no deberían solo pronunciarse sobre cómo la nueva normativa incide en el caso, sino eventualmente reformular sus pretensiones, lo que supondría — a su vez — dar la oportunidad a la otra parte de que conteste las "nuevas" pretensiones. Y si había demanda y reconvenición, quizás ambas partes deban reformular sus pretensiones con lo cual en ese caso las dos partes tienen que tener la oportunidad de contestar las "nuevas" pretensiones de la otra, etc., etc.

Esto implicaría un trabajo mayúsculo para los tribunales, la generación de nuevas controversias y conflictos, y como se ha señalado un ambiente propicio para que los litigantes de mala fe consigan demorar los pleitos [\(14\)](#).

IV. Una cuestión crucial no ponderada: el derecho como guía de conducta de las personas

El procedimiento de dar una vista o traslado para que las partes adecuen sus pretensiones al "nuevo derecho" permitiría a las partes alegar y eventualmente probar sobre su aplicación al caso.

Pero hay algo que ese procedimiento no podría nunca solucionar; y es que la conducta pretérita de las partes NO tuvo en consideración esta nueva norma.

Justamente uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya ocurridos, es que, retrospectivamente, encierra cierta injusticia, en tanto las partes NO pudieron haber ajustado su conducta a la norma que, por hipótesis, no existía. El derecho pierde, en tales supuestos, su rol de guía de la conducta y altera las expectativas formadas alrededor de cierta conducta que se realizó con conciencia de su ajuste a derecho. Esto último supone generar ganadores y perdedores, alterando las posiciones relativas de las partes en relación con el derecho al que ajustaron su conducta. Por eso es sumamente común que los ordenamientos jurídicos adopten estrategias para mitigar los daños que las transiciones legales imponen.

La doctrina de Roubier y por ende de Borda como del art. 3 del Código vigente y del art. 7 del futuro se despreocupa de este aspecto central de la cuestión.

De modo pues que 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 la pretensión de solucionarlo por aplicación de una norma tan escueta como el art. 7 del CCyC es ilusoria.

V. Otra vía de solución: la legislativa

El modo en que se pretende poner en vigencia el CCyC revela una gran irresponsabilidad. Con un mínimo tiempo de estudio, anticipado incluso sin razón seria alguna, sin adecuación del resto de la legislación ni de los códigos procesales, y sin reglas de aplicación de la ley en el tiempo salvo el raquítico art. 7 que en sí mismo no está previsto para la aplicación del CCyC sino que se utilizará porque no hay otra norma útil a tal fin.

Es interesante repasar qué han hecho otros países que han incorporado nuevos códigos (además de dar un tiempo razonable para que los ciudadanos lo conozcan).

Al sancionar y poner en vigencia el Código Civil de 1900, Alemania sancionó una Ley de Introducción al Código Civil Alemán. Esa ley llevó a cabo modificaciones de la ley de organización de los tribunales, de la Ordenanza Procesal Civil y de la Ordenanza de Concursos, a una ley sobre la subasta y administración forzosas, a una Ordenanza de Registro Inmobiliario y a una ley sobre los actos de jurisdicción voluntaria (art. 1). Trata extensamente de la legislación que "queda intacta" y contiene una sección Cuarta de Disposiciones Transitorias en que se adoptan soluciones para algunos posibles conflictos que pudieran producirse por la entrada en vigor del Código (art. 153 y sigs.) [\(15\)](#).

En Italia la sanción del Código Civil de 1942 fue acompañada por el Real Decreto n° 138 del 30 de marzo de 1942 dedicado a las "Disposiciones para la aplicación del Código Civil y disposiciones transitorias". Los primeros 113 artículos contienen normas de aplicación de cada uno de los Libros del Código Civil; y el Capítulo II, relativo a las "Disposiciones transitorias" sigue el mismo método, esto es, Libro por Libro del Código Civil, disponiendo la vigencia temporal de múltiples normas; a título de ejemplo: art. 126: "La disposición del segundo párrafo del art. 287 del Código es aplicable también a las adopciones constituidas antes del 1 de julio de 1939..."; art. 150: "Para la adquisición de los frutos al término de un usufructo, si éste ha tenido su inicio con anterioridad al 28 de octubre de 1941, se observa la disposición del artículo 480 del Código de 1865". Art. 151: "Las disposiciones del art. 999 del Código se aplican también a los arrendamientos concluidos por el usufructuario con anterioridad al 28 de octubre de 1941", etc., etc.. Las disposiciones transitorias se extienden hasta el artículo 248 [\(16\)](#).

V.1. La ley de aplicación del Código Civil de Quebec

Un párrafo destacado merece el Código Civil de Quebec sancionado en 1994. Con él se puso en efecto la "Loi sur l'application de la réforme du Code Civil" que comienza por el Título I destinado a las "disposiciones transitorias" en 10 artículos.

El artículo 9 dispone que los juicios en trámite siguen regidos por la ley anterior.

Pero esta regla se vuelve excepción cuando la sentencia a dictarse es constitutiva de derechos o que la ley nueva tenga un efecto retroactivo. También se hace excepción de las reglas procesales.

El resto de los artículos incluidos en las disposiciones transitorias reproducen las ideas de Roubier. De modo que la regla es el efecto inmediato (art. 3), siempre que no afecte la constitución de una situación jurídica ya configurada ni la extinción de una situación jurídica ya extinguida ni los efectos ya producidos de una situación jurídica (art. 2).

V.2. Otros casos de supervivencia de la ley anterior dispuestos por la ley

La doctrina francesa manifiesta que debiendo reconocerse que la puesta en aplicación de una ley nueva a los casos en trámite es riesgosa para las partes porque el litigio se resolverá conforme a una regla de derecho muy diferente de aquella que las partes habían previsto al tiempo de la promoción de la demanda, algunas leyes han mantenido la vigencia de la ley anterior para resolver los casos en litigio. Tal es lo que sucedió con la ley del 3 de enero de 1972 sobre la filiación y del 11 de julio de 1975 sobre el divorcio [\(17\)](#).

VI. Algunas conclusiones y propuestas

El tema del derecho transitorio es particularmente arduo. La interpretación y aplicación del art. 3 (en el futuro art. 7) es materia sumamente compleja, resbaladiza, opinable; los autores han polemizado antes [\(18\)](#) y lo harán ahora, como lo refleja la respuesta de Aída Kemelmajer a la Cámara de Chubut y este mismo artículo.

La puesta en vigencia de la ley 17.711 que modificó solo el 10% del articulado del Código Civil, causó una gran litigiosidad y variada jurisprudencia que incluye plenarios de la cámara Civil de la Capital, de la Cámara Civil y Comercial de La Plata, etc.. [\(19\)](#)

No hay que ser muy imaginativo para prever que la aplicación de todo el CCyC, que sustituye al Código Civil y al Código de Comercio, ha de producir el mismo efecto multiplicado al infinito.

Dejar esto para que lo resuelvan los jueces es de una espantosa irresponsabilidad. Eso significa que los

ciudadanos perderán tiempo e invertirán recursos en una discusión que podría superarse si el Poder Legislativo pusiera manos a la obra y dictara una ley que resolviera como se aplica el Código Civil y Comercial no sólo a los juicios en trámite sino a las relaciones jurídicas en curso de ejecución (20).

Y es más, el Poder Legislativo debería resolver antes del 1 de agosto de 2015 — como mínimo - las siguientes cuestiones:

(i) La adecuación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El CCyC contiene disposiciones sobre proceso de familia, acción directa del acreedor, proceso sucesorio, declaración de capacidad restringida. Por su lado el CPCCN sigue hablando de juicio de declaración de demencia y no refleja los contenidos del derecho de fondo a que hacemos alusión.

(ii) Resolver sobre la jurisdicción mercantil. Es una incógnita cuál será la competencia de los tribunales comerciales de la Capital Federal a partir del 1 de agosto de 2015. Actualmente los jueces comerciales conocen en todas las cuestiones regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento no haya sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero. Y en los siguientes asuntos: a. Concursos civiles; b. Acciones civiles y comerciales emergentes de la aplicación del decreto 15.348/46, ratificado por la ley 12.962; c. Juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquellos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil. (art. 43 bis del dec. ley 1285/58 según la reforma introducida por la ley 23637). No sería superfluo que el Congreso tomara conciencia de que no habrá más comerciantes matriculados y que la ley de aprobación del Código Civil y Comercial cambió la denominación de la ley de sociedades comerciales por la de ley general de sociedades.

(iii) Adecuar algunas leyes al nuevo CCyC. Por ejemplo la ley de impuesto a las ganancias parte de la idea de que todos los cónyuges están bajo un régimen de ganancialidad y de acuerdo a ello adopta ciertas previsiones. Pero a partir del 1 de agosto los cónyuges podrán vivir bajo un régimen de separación de bienes, con lo cual la tributación debería adecuarse a ello.

En fin, se abre ante nosotros una opción con algunas alternativas:

- transitamos la aplicación del nuevo Código con solo el art. 7, sin adecuar los códigos procesales ni la jurisdicción mercantil ni la legislación particular, y les tiramos los problemas a los jueces para que resuelvan en cada caso lo que su sentido común les indique.

- Los tribunales colegiados se transforman en legisladores como hizo la Cámara de Chubut.

- El Congreso toma alguna acción en los temas fundamentales, deseablemente antes del 1 de agosto.

El primer camino conduce al caos; habrá soluciones contradictorias, los jueces estarán abrumados por cuestiones que no debieron siquiera plantearse y las partes — los ciudadanos cuya vida pretende mejorar el nuevo Código — perderán tiempo y dinero.

El segundo es parcial e institucionalmente reprochable. Pero al menos da solución uniforme a una pequeña escala de conflictos posibles.

El tercero es el que merece una República organizada y cuyas instituciones funcionan más allá de los intereses meramente circunstanciales.

(*) El autor agradece los agudos comentarios y aportes que recibiera de Sebastián Elías, PhD por Yale University y profesor de la Universidad San Andrés, los que han sido volcados a este trabajo.

(1) ROUBIER, Paul, *Les effets de la loi dans le temps*, 1928; *Le droit transitoire*, 1960. Esta última ha sido reeditada recientemente tanto en Francia como en Quebec.

(2) Una sistematización muy precisa de las ideas de ROUBIER en MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 (Código Civil) (Derecho transitorio)*, Universidad Nacional de Córdoba, 1976, a partir del Capítulo II, p. 21 y ss.

(3) Los dos ejemplos son de nuestro derecho: el Código Civil preveía solo el matrimonio religioso; la ley 2.393 sólo reconoció efectos al matrimonio civil; pero obviamente quienes se habían casado por el régimen anterior continuaban estando unidos en matrimonio. El divorcio vincular establecido por la ley 14.394 fue suspendido en sus efectos por una norma de 1956; pero ello no implicaba que renacieran los matrimonios ya extintos.

(4) Un examen minucioso y sólidamente expuesto y fundado en LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Irretroactividad de las leyes", LL 135-1485.

(5) LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., n° 2, p. 1486, segunda columna.

(6) Sobre el punto v. MEDINA, Graciela, "Efectos de la ley con relación al tiempo", LL 2012-E, 1302.

(7) CSN, 21.8.22, "Don José Horta contra don Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres", Fallos 137:47.

(8) BIDART CAMPOS, Germán José, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Bs.As., 2001, t. I-B, p. 360. El distinguido constitucionalista resume allí su posición expuesta en "Tres enfoques constitucionales en torno de la ley de alquileres", LL 138-689, nota a CNFed., sala Civil y Comercial, 2.9.1969, allí publicado. La CSN se había pronunciado en el sentido indicado en el texto en sentencia del 13.4.1966, LL 123-317. También puede verse la sentencia de la SCBsAs, 30.8.1966, LL 124-395 en la que se adecua a la jurisprudencia de la CSN, con dos disidencias.

(9) V. PALACIO, Lino, "Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, Bs.As., segunda edición, t. I, a partir de p. 233.

(10) Destaco de fondo porque las nuevas leyes de procedimiento son aplicables a los procesos en trámite siempre que no se afecten los actos procesales ya cumplidos y amparados por la preclusión.

(11) CSN, 6.3.2014, "Mansilla, Carlos Eugenio el Fortbenton Ca. Laboratories S.A. y otros despido". En el mismo sentido: DE LOS SANTOS, Mabel, "El principio de congruencia", en PEYRANO, Jorge W. (dir.) — BARBERIO — GARCÍA SOLÁ (coord.), Principios Procesales, Bs. As., Rubinzal — Culzoni, 2011, t. I, p. 199; en particular n° III a partir de p. 206.

(12) CSN, 15.02.2007, "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ejecución hipotecaria", Fallos 330:855.

(13) Sobre el punto volvemos a remitir a LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit.

(14) DEKEUWER-DEFOSSEZ, Françoise, "Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine", LGDJ, París, 1977, n° 112, p. 136.

(15) La ley de Introducción al Código Civil alemán está publicada en castellano con la obra de ENNECCERUS — KIPP — WOLF, Tratado de Derecho Civil, Bosch, Barcelona. La traducción del Código y de la ley de Introducción está inserta como Apéndice del Tratado, y su autor es Carlos Melon Infante.

(16) El Real Decreto está publicado en castellano en el Manual de derecho Civil y Comercial de MESSINEO, Ejea, Buenos Aires, 1971, tomo I; la traducción de toda la obra estuvo a cargo de Santiago Sentís Melendo.

(17) DEKEUWER-DEFFÓSEZ, n° 107, p. 130.

(18) Fue trascendente la polémica entre BORDA, Guillermo y ALLENDE, Guillermo L. con motivo de la interpretación de la doctrina de ROUBIER; se intercambiaron varios artículos en la revista La Ley hasta que esta dio por terminada la cuestión.

(19) V. RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil — Parte General, Bs.As., Abeledo Perrot, 6ª edición, t. I, n° 205 y ss., a partir de p. 243.

(20) Podemos dar algunos ejemplos: la unión convivencial no registrada produce efectos a partir de los dos años; ¿desde cuándo se computan?: ¿desde que nació la unión antes de la vigencia de este CCyC, o desde el 1 de agosto de 2015 aunque hubiera estado precedido de decenas de años de concubinato? El nuevo CCyC prevé una prescripción adquisitiva a favor del donatario que puede hacerse valer frente a una acción de reducción: suponiendo una donación anterior a la vigencia del CCyC, desde cuándo se computan los diez años: (i) desde la fecha de la donación; (ii) desde la fecha de vigencia del nuevo CCyC. Por supuesto que todos los autores y jueces encontrarán una respuesta a estos interrogantes, pero lo cierto es que si hubiera una ley de aplicación que lo determinara con precisión evitaríamos una pérdida enorme de tiempo y recursos.