

Tucumán, 8 de mayo de 2015

"La irretroactividad de la ley y el art. 7 del nuevo Código Civil"

por

Luis Moisset de Espanés

I.- Introducción

a) Agradecimientos

Quiero agradecer al Colegio de Abogados de Tucumán la cooperación que ha brindado al Instituto de la Academia Nacional de Derecho en la Región Noroeste argentino; y agradecer al actual Director del Instituto, Dr. Juan Carlos Veiga, el empuje que ha puesto para concretar esta actividad de tanta trascendencia en un momento en el cual deben difundirse entre toda la comunidad jurídica los cambios que pronto se van a concretar en el derecho privado argentino, en cuanto entre en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial.

Con demasiado afecto Veiga me ha llamado "fundador" de la Academia, por mi actividad como fundador, dentro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, de sus institutos regionales.

b) La Academia Nacional de Derecho de Córdoba

La Academia de Córdoba -permítanme la digresión, apartándome del tema que debo desarrollar- concibió como política de acción no ser un núcleo cerrado de viejos que se sentaran a tomar café, sino proyectar su actividad sobre la comunidad, y se ha esforzado porque esa proyección no se redujese al lugar de asiento de la Academia, que es Córdoba.

La Academia de Córdoba, nacida en 1941, tuvo como finalidad

primordial esa proyección hacia todo el territorio de nuestro país, y también hacia el extranjero.

La primera proyección fue la búsqueda de juristas en todo el resto del país que se destacaran significativamente por sus labores, para incorporarlos como miembros correspondientes, tarea que comenzó a concretarse en la década del 70¹; y también proyectarse en el ámbito internacional donde la Academia incorporó como miembros correspondientes a numerosos juristas de distintas partes del mundo².

Pero se consideró necesario completar esa proyección hacia el mundo y hacia el resto del país, con otras actividades que, por tratarse de una Academia Nacional, contasen con la participación de juristas en toda la patria. El año 2000 se comenzó con un experimento: la creación de un Instituto de la Academia en la llamada Región Centro, con sedes en Rosario y en Santa Fe que tuvo como primer Director a un destacado académico correspondiente, el Dr. Roberto H. Brebbia y actualmente es dirigido por el Dr. Ariel Alvarez Gardiol. Este proyecto ambicioso se prolongó años después con el Instituto en la Región Cuyo que actualmente tiene sedes en San Juan, Mendoza, San Rafael, San Luis y Villa Mercedes.

El paso siguiente fue el noroeste argentino; hace tiempo vine a Tucumán y tuvimos una reunión en la que se dió nacimiento al Instituto de la región del Noroeste argentino, Instituto que actualmente dirige el Dr. Juan Carlos Veiga y que hoy organiza este Curso, junto con el Colegio de Abogados de Tucumán.

Debo confesar que me congratulo y llena de satisfacción porque puedo contemplar los frutos de un esfuerzo dirigido a toda la comu-

¹. Las primeras designaciones fueron las de Rodolfo O. Fontanarrosa, de Rosario, el 7 de octubre de 1975, y Pablo Antonio Ramella, de San Juan, el 16 de octubre del mismo año.

². Héctor Fix Zamudio (México, diciembre 1975) y Rafael Caldera (Venezuela, octubre 1976).

nidad jurídica argentina.

La Academia de Córdoba de acuerdo a palabras muy felices de quien me precediere en la Presidencia, Dn. Pedro J. Frías, es "la Academia del país interior"; no del "interior del país", sino del país profundo. Ha procurado, procura y procurará continuar esta políticas de acción, que inspira a todos sus miembros y a sus directivos, proyecto que se concreta hoy en Tucumán.

Cuando me informaron que deseaban que en la inauguración de este curso participase un representante de la Mesa Directiva de la Academia, yo debía viajar y eso motivó que se postergara para este mes la inauguración del curso, que debió efectuarse el mes pasado. Acepté hablar, aunque no se nada del nuevo código... (risas...) En serio..., lo confieso, es la verdad... Algún día pensé, están trabajando en un nuevo código, y yo ya no tengo que enseñar, he terminado con mi vida docente, no tengo que juzgar, he terminado mi vida como magistrado, no tengo que atender clientes, he terminado con la vida profesional, ya que estoy jubilado, y los cambios que se proponen, los mas sustanciales, son los de derecho de familia que, a mi edad senecta no me afectan. No voy a constituir otro tipo de familia, entonces puedo vivir tranquilo, ¿cuanto tiempo voy a vivir? ¡Mejor no hacer un esfuerzo a esta altura!

Pero, resulta que el cambio legislativo crea una serie de problemas que no se reducen meramente al contenido de las normas modificadas, sino al conflicto que se produce entre las normas vigentes y las destinadas a reemplazarlas y ese problema fue sustancialmente encarado para su modernización en 1968 por la ley 17.711.

2) Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1961)

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil se realizó en Córdoba, en octubre de 1961, convocado por la Universidad Nacional,

con la finalidad de estudiar las reformas que era necesario introducir al Código de Vélez para que se ajustase a los cambios sociales operados en los 90 años que llevaba de vigencia³. El temario incluía 25 puntos que fueron analizados en profundidad y culminaron con la aprobación de 20 recomendaciones votadas por el pleno, a las que se agregaron algunos despachos de comisión que no alcanzaron a ser considerados.⁴

Estas recomendaciones constituyen la columna vertebral de la ley 17.711 que en 1968 puso al día nuestro derecho privado.

a) La ponencia de Borda

El tema 1 versó sobre la "Vigencia y retroactividad de la ley (arts. 2 a 5 y 4044 y 4045 C.C.)", y su estudio preliminar se confió a una Comisión integrada por los doctores Alfredo Orgaz, Amílcar Mercader, Guillermo A. Borda, Alberto G. Spota, Jorge A. Núñez y Ezio V. Masoni. A la Comisión definitiva se agregó el professor Sahd y para su estudio tomó como base una extensa y documentada ponencia presentada por el Dr. Guillermo A. Borda⁵, en la que se recomendaba adoptar la técnica propiciada por un jurista francés, Paul Roubier, reemplazando casi todas las normas que el Código había previsto para la solución de los conflictos temporales, que al establecer la irretroactividad de las nuevas leyes, se

³. El artículo primero de la convocatoria expresaba:

"Art. 1. Convocar al Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que tendrá lugar del 9 al 14 de octubre de 1961, en nuestra Facultad, con el fin de elaborar las bases doctrinarias que signifiquen el aporte de los juristas del país a los diversos problemas que plantea el progreso de nuestras instituciones civiles".

⁴. Los dos tomos de Actas del Congreso pueden consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en la sección de Biblioteca virtual.

⁵. El texto y los fundamentos de la ponencia pueden consultarse a partir de la página 68 del tomo I de las Actas del Congreso.

fundaba en la distinción entre los "derechos adquiridos", y las meras expectativas.

Roubier era un jurista de gran capacidad⁶ que ya en 1929 había publicado una obra titulada "Les conflits des lois" (los conflictos de leyes)⁷, para referirse al problema que suscita la sustitución de la ley vigente por una ley nueva, y establecer el momento en que se produce la sucesión de una por la otra, tomando en consideración el principio de la irretroactividad de la ley nueva, y luego, en 1960, dió a luz una segunda edición corregida, que tituló "Le Droit transitoire"⁸.

En nuestro país el primero en difundir algunos aspectos de la obra de Roubier es alguien a quien hoy lamentablemente se lo ignora; se lo ignora en las conferencias, se lo ignora en los escritos. Yo mismo lo ignoré cuando escribí en 1970 sobre la irretroactividad de la ley, al decir que nadie se había ocupado de Roubier hasta Borda, y eso no era cierto. Un estudioso, Juan Segundo Areco, discípulo de Rayces⁹, escribió una excelente tesis sobre los conflictos de leyes en materia contractual publicada por Kraft¹⁰.

Tuve la suerte que él, leyendo mis artículos me escribiese: "usted no conoce lo que yo he escrito" y con gran generosidad me

⁶. Entre 1919 y 1922 dirigió la Escuela de Derecho en Beirut (Líbano), después fue profesor (1924-1957) y Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon. Nacido en 1886, falleció en 1963.

⁷. Paul Roubier, *Les conflits des lois dans le temps*, (dos tomos), Sirey, Paris, 1929.

⁸. Paul Roubier, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, Dalloz y Sirey, Paris, 1960.

⁹. El Dr. Alejandro Rayces fue profesor en la Universidad de Buenos Aires. En 1943 publicó un ensayo titulado "Los derechos adquiridos en los contratos sucesivos". Dirigió y prologó la tesis de Areco, que fue calificada de sobresaliente por el tribunal que la juzgó.

¹⁰. Juan Segundo Areco, *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*, ed. Kraft, Buenos Aires, 1948.

obsequió un ejemplar de su obra¹¹, lo que me permitió tomar nota de mis deficiencias, de mis insuficiencias, de mis errores al haber silenciado el nombre de un argentino que ya se había preocupado por el problema del conflicto de leyes.

Areco, en el año 1943, mencionaba la doctrina moderna de Roubier¹², a la que vamos a tener que referirnos forzosamente, porque fue consagrada como artículo 3 del Código civil por la ley 17.711, y ha sido trasladada al nuevo código civil y comercial como artículo 7, prácticamente con el mismo texto, salvo un pequeño agregado en el que aflora cierto desconocimiento del problema del derecho transitorio por quien lo ha insertado en el último párrafo. Más adelante haremos referencia a ese agregado.

b) Dictámenes preliminares y observaciones

El trabajo del Tercer Congreso comenzó con la confección por la Comisión provisoria de dictámenes preliminares¹³, que se fueron

¹¹. El Dr. Areco me escribió el 22 de febrero de 1972, enviándome como obsequio un ejemplar de su obra. El 3 de marzo le respondí, agradeciendo su gentileza y pidiendo disculpas por mi ignorancia. Textualmente le decía:

"Le ruego sepa usted disimular mi desconocimiento, pero ello se debe a las dificultades con que solemos tropezar en el interior del país -aún en centros universitarios como Córdoba- para la adecuada información bibliográfica. Lamentablemente, ni en el Instituto de Derecho Civil de Córdoba, ni en la Biblioteca de la Facultad de Derecho, estaba su trabajo, y como se trata de una obra publicada antes de que yo iniciara mis estudios de derecho, y de que me inclinara a especializarme en derecho civil, ello justifica -aunque sólo sea parcialmente- la involuntaria omisión".

¹². Ver p. 93 y 94 de la tesis de Areco.

¹³. En la página 74 del Tomo I de las Actas, figura un dictamen preliminar suscripto por Alberto G. Spota y Amilcr A. Mercader, y otro de Alfredo Orgaz. En ambos se propone aceptar la ponencia presentada por Borda, salvo el último párrafo, vinculado en materia contractual con la supervivencia de la aplicación de las normas supletorias.

Con relación a ese tema Spota y Mercader afirmaban que "la no aplicación de las nuevas leyes supletorias puede conducir a una doble legislación, que no se recomienda ante los cánones de sencillez que todo ordenamiento legal debe tratar de satisfacer; el transcurso del tiempo agrava las consecuencias de esa doble legislación y se presta a confusiones en la cotidiana aplicación del derecho".

distribuidos a todos los miembros del Congreso, quienes a su vez pudieron hacer llegar observaciones a los dictámenes preliminares¹⁴.

Hubo coincidencia en aceptar en líneas generales la propuesta formulada por Borda.

c) Tratamiento en el plenario

En la tarde del día 9 de octubre la Comisión 1 fue la primera en formular un despacho definitivo, que ingresó a pleno al día siguiente, y se trató sin demoras. El despacho, suscripto por todos los miembros de la comisión recomendaba aceptar la ponencia que había presentado el Dr. Borda, con un agregado propuesto por Alfredo Orgaz, vinculado con los derechos protegidos por la Constitución, y con la exclusión de lo relativo a las cláusulas contractuales supletorias, y en disidencia parcial Borda proponía mantener ese párrafo¹⁵. Fue informado por Spota¹⁶ y Borda defendió su disidencia parcial¹⁷. Participaron también en el debate Roberto Brebbia y Lisardo Novillo Saravia (h) y la discusión se cerró con palabras

Orgaz adhirió a estas razones, pero sin agregar fundamentos.

¹⁴. En la página 75 se encuentran las observaciones que hizo llegar Alberto D. Molinario, que coincidía con la ponencia de Borda, acotando que, por imperativo constitucional en los casos en que la nueva ley privase de derechos a su titular se lo debía indemnizar.

¹⁵. El despacho de la Comisión expresaba:
 2º.- Sustituir el art. 3º del Código Civil, por el siguiente:
 "Las leyes producen todos sus efectos desde su entrada en vigencia y se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

No tienen efecto retroactivo salvo disposición en contrario y con los límites que resulten de la Constitución Nacional."

3º.- Suprimir los arts. 4, 5, 4044 y 4045 del Código Civil.

Alberto G. Spota. Alfredo Orgaz. Guillermo A. Borda. Ezio V. Masoni. Alfredo Sahd. Jorge A. Núñez.

¹⁶. "Tercer Congreso...", Actas, p. 77 y ss.

¹⁷. "Tercer Congreso...", Actas, p. 79.

muy interesantes de Alfredo Orgaz, que pueden resultar útiles al lector curioso que desee consultarlas.¹⁸

El despacho se puso a votación y fue aprobado de manera unánime; luego se votó el despacho de minoría, con la propuesta de Borda de incluir una norma sobre las normas contractuales supletorias, propuesta que se rechazó.

La ley 17.711

El artículo 3, incorporado por la ley 17.711, cambió totalmente el sistema técnico jurídico de conflicto de leyes en nuestro país, adoptando lo que en esa época era la mas moderna concepción de solución de conflictos.

Roubier había realizado un esfuerzo muy grande no solo en las obras que he citado, sino también en otro libro que generalmente no es mencionado por ninguno de nuestros autores y que resulta indispensable leer para comprender el sentido y alcance que da a las "situaciones jurídicas", vocablos que el artículo 3 (hoy artículo 7 del nuevo Código), incorpora al léxico del Códito. Esa otra obra, que data del año 1963, es de carácter iusfilosófico y Roubier la titula "Derechos subjetivos y situaciones jurídicas", publicada por Dalloz ¹⁹.

¿Por qué la consideramos importante? Porque, precisamente, se incorpora al artículo 3 y se mantiene en el artículo 7 la noción de "situación jurídica" como elemento básico dentro del sistema técnico jurídico de Roubier; es necesario, entonces, saber lo que entendía Roubier por "situaciones jurídicas" para comprender bien el sistema que ha sido adoptado por el artículo 3, y ahora por el artículo 7.

¹⁸. "Tercer Congreso...", Actas, p. 88.

¹⁹. Paul Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", Dalloz, París, 1963.

En aquellas épocas, poco después de la sanción de la ley 17.711, nos preocupamos de estos problemas y escribimos una serie de artículos, que después reunimos en un libro sobre la irretroactividad de la ley, es decir sobre el sistema que se había implantado y procuramos indagar el pensamiento de Roubier, quien afirma que con esa expresión se refiere a las situaciones individuales y concretas en que pueden encontrarse colocadas las personas, unas con respecto a otras, sobre la base de reglas jurídicas (por ejemplo la situación de esposo), y procura diferenciar netamente las "reglas jurídicas" (que corresponden a lo que suele denominarse "derecho objetivo"), de las "situaciones jurídicas"²⁰, destacando que las situaciones jurídicas, de carácter personal y concreto solamente pueden establecerse de conformidad con las reglas jurídicas de carácter general²¹.

Pues bien, se afirma -con razón- que a veces la ley se independiza de las ideas del autor; el autor mediato del sistema de conflicto de leyes introducido por la ley 17.711 ha sido Guillermo Borda, que trajo las ideas de Roubier. Recordemos que Borda, después de Areco que solo mencionaba el sistema de Roubier, había escrito un libro sobre irretroactividad en el que propiciaba se implantase el sistema de Roubier en nuestro derecho positivo²², considerando que era una técnica perfecta para resolver los conflictos en la legislación y vuelca ese pensamiento en la ponencia

²⁰. Roubier, *Droits subjectifs e situation juridiques*, p. 2, manifiesta textualmente: "... tandis que les regles juridiques ont un caractere général et abstrait, les situations juridiques ont, elles, un caracter individual et concret".

²¹. Obra citada en nota anterior, p. 4.

²². Guillermo A. Borda, *Irretroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Perrot, Buenos Aires, 1951.

que presentó en el Congreso de Derecho Civil²³.

El sistema que propicia, que luego se recibe en el artículo 3 (hoy artículo 7), es el eje sustancial de las ideas de Roubier, pero las normas consagradas en el texto adoptado no están completas, pues Roubier en su obra esboza soluciones complementarias. Además hay que tener en cuenta que el texto sancionado para el derecho argentino incorpora, a propuesta de Alfredo Orgaz, una referencia expresa al respeto debido a los derechos amparados por la Constitución y se inserta dentro del conjunto de disposiciones del derecho civil argentino, que contempla de manera completa diferentes aspectos del acto que genera las situaciones jurídicas dignas de protección, que no se reducen a los actos que constituyen o extinguen relaciones jurídicas, sino que comprenden también a los actos que las modifican.

Incluso hemos escrito en alguna oportunidad, y lo repetimos porque lo recuerda la Dra. Kemelmajer de Carlucci en su libro recientemente aparecido²⁴, que el artículo 3 era el acierto más desacertado de la reforma²⁵; acierto en cuanto procuraba introducir una técnica jurídica casi perfecta para la resolución de los conflictos de leyes en el tiempo, desacertado porque "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

²³. "Ha habido en esta materia una confusión de conceptos que recién puede considerarse superada desde la publicación de la obra de Roubier (*Les conflits de lois dans le temps*, París, 1929) cuya contribución al esclarecimiento de las ideas en torno a este problema ha sido fundamental. El principal mérito de Roubier ha sido precisar rigurosamente el concepto de retroactividad y distinguirlo de los efectos inmediatos de la ley" (Tercer Congreso..., Actas, p. 70).

Continúa la ponencia esbozando las líneas generales del sistema.

²⁴. Aída Kemelmajer de Carlucci, *La aplicación del Código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p.

²⁵. *Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3*, Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1975, p. 13.

tanto prohibida por la ley²⁶ y otras tantas hipótesis en que no existiría irretroactividad, y podría aplicarse el efecto inmediato de las leyes"²⁷, que son textualmente las palabras que utilicé²⁸. Recordamos entonces que el legislador argentino no creyó necesario elevar esas reglas de Roubier al rango de derecho positivo y ello contribuyó a provocar vacilaciones en la jurisprudencia, lo que tornaba desacertada la adopción de una norma técnicamente irreprochable²⁹.

Faltan las explicaciones que a lo largo de sus obras da Roubier sobre lo que es una situación jurídica, por una parte, y sobre el funcionamiento práctico de lo que él prevé para solucionar el choque de dos ideas fuerza que están latentes en este problema. En primer lugar algo que viene desde el derecho romano, el principio de la irretroactividad de la nueva ley, que es una de las ideas fuerza fundamentales; en principio la nueva ley no puede operar retroactivamente afectando situaciones ya consumadas.

Este principio general choca, sin ninguna duda, -esto lo advierte Roubier, y lo advierten todos los autores- con el deseo íntimo del legislador que quiere se impongan sin dilación las soluciones que propone.

Esto nos hace recordar un poco a otro jurista francés, muchas veces citado y pocas veces leído, que es Jean Domat.

Domat, autor de varias obras, gran jurista del siglo XVII, es, sin ninguna duda, un iusnaturalista y traza una diferencia entre "derechos inmutables" (ahí está su raíz iusnaturalista), y

²⁶. En nuestro trabajo citábamos las páginas 381 a 427 de la primera obra de Roubier.

²⁷. Originariamente citamos las páginas 547 y ss. de la primera obra de Roubier.

²⁸. Ver nuestro libro, p. 15.

²⁹. Ver nuestro libro sobre Irretroactividad..., p. 15.

los derechos "arbitraires" o arbitrarios, a los que denomina así no porque sean contrarios al derecho, sino porque son del "arbitrio" del legislador, y que los utiliza de manera complementaria para hacer efectivos los principios que inspiran a los derechos inmutables.

No nos detendremos en este momento a analizar ese aspecto de la obra de Domat, sino que nos limitaremos a recordar que para él hay una serie de principios básicos, de los cuales el fundamental de todos, de carácter absolutamente inmutable, es la buena fe, que debe regir en todas las relaciones jurídicas.

Considera Domat que dentro de los derechos inmutables puede haber ciertas graduaciones, y a veces puede producirse un choque entre dos derechos inmutables, pero en tal caso siempre va a prevalecer la buena fe; la solución no puede estar reñida nunca con la buena fe.

Los derechos "arbitrarios" son los que el legislador articula para hacer efectivos los derechos inmutables, porque los derechos inmutables necesitan hacerse efectivos en la práctica, y esto lo logra el legislador con leyes que dependen de su arbitrio, pero para obtener el fin jurídico justo que se pretende.

En todos los tiempos se van produciendo cambios sociales, y el cambio social hace que muchas de las normas "arbitrarias" queden desfasadas y cuando el legislador lo advierte esto debe buscar la manera de llenar el vacío y suplir el defecto del desfase sancionando nuevas normas.

Aquí es donde se produce un choque; una ley nueva no debe operar retroactivamente, pero la nueva ley debe operar lo más pronto posible, debe tener efecto inmediato. Roubier procura en su sistema conciliar estos dos principios contrapuestos lo que procura conciliar Roubier con su técnica jurídica moderna que explica en que casos la aplicación inmediata de la nueva norma no vulnera el principio de la irretroactividad.

El jurista vive con la preocupación constante de que el derecho tiene que seguir el ritmo del cambio social, preocupación a la que no fue ajeno Dalmacio Vélez Sársfield. En la nota con que acompañó el proyecto del libro cuarto del código civil, con el que culmina su obra, expresa de manera terminante: "un código no es la última palabra de la ciencia", y propone que periódicamente el código fuese revisado, fuese actualizado para estar al día de acuerdo a los cambios que la sociedad sufre permanentemente.

Pues bien, pese a que como regla general se considera que la ley nueva no puede operar retroactivamente, el propio Roubier admite que hay excepciones, y nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 7 acepta que hay casos en los cuales resulta necesario darle ese efecto, en especial cuando la ley vigente no se ajusta a las exigencias de la buena fe, y el legislado puede entonces disponer que de manera expresa que la ley nueva opere retroactivamente, siempre y cuando no afecte garantías constitucionales o derechos que están consolidados.

Estas son las ideas centrales que inspiran las soluciones de Roubier, y para idealmente se coloca en situación de atender el "tiempo jurídico", que es distinto del tiempo material. Por ejemplo si en el derecho nos referimos al día, lo hacemos fijando un "tiempo jurídico"; materialmente el día es un tiempo dilatado que se extiende desde la cero hora hasta las 24, y sin embargo en el derecho lo compactamos en un solo momento, y hablamos de día tal, o día cual, comprendiendo las veinticuatro horas que lo integran. De maneras similar cuando se establecen plazos de hora, se comprenderán los sesenta minutos que la integran, desde el primero hasta el último, como si se tratase de un instante único.

En el tiempo físico el presente es un punto que se va desplazando continuamente sin detenerse, pero el derecho lo extiende compactándolo en una unidad ideal de tiempo jurídico.

El gran maestro del derecho, Fernando López de Zavalía

nos brindaba un ejemplo muy claro diciéndonos que una clase o una conferencia, por caso esta conferencia, tiene un tiempo jurídico ideal único, que comienza con el inicio de mi exposición y terminará cuando la concluya. Jurídicamente toda mi exposición se considera una sola cosa, aunque materialmente no lo sea, sino que se ha extiende durante todos los minutos en que los torture con mis divagaciones.

Jurídicamente al hecho generador de consecuencias, al hecho que constituye o extingue relaciones o situaciones, le damos el trato de un hecho instantáneo aunque en la realidad prácticamente son muy escasos los hechos instantáneos.

Además hay hechos generadores que son complejos, que resultan de la suma de varios hechos instantáneos. En un contrato entre la oferta y la aceptación media un tiempo físico, que idealmente y lo "compactamos" en una unidad, el contrato, como si fuera un acto único, pero ese algo jurídicamente "único" no se ha formado en un instante, salvo en el kiosco cuando compramos un diario que es lo más cercano a lo virtualmente instantáneo.

Así como sucede en el el contrato, la formación de muchas otras relaciones jurídicas no sucede instantáneamente sino que se prolonga en el tiempo, pero idealmente se la compacta.

Roubier, en búsqueda de una técnica perfecta, aplica a las situaciones jurídicas la ley vigente en el momento en que se han consolidado. se le aplica la ley vigente al momento en que se consolidó y estima que el contenido de esas situaciones queda marcado por la ley que tenía vigencia en el "momento" en que se consolidó.

Cuando la situación jurídica demora un tiempo en consolidarse tenemos una situación de pendencia que va a ser juzgada luego, si llega a consolidarse, es decir cuando se completen todos los hechos jurídicos complejos que la integran, deberá regirse por la ley vigente al tiempo de su consolidación.

Pero esa situación jurídica consolidada, aparentemente estáti-

ca diríamos -le llamemos relación o situación, que son los dos vocablos que utiliza el artículo siete³⁰ a su vez suele producir consecuencias, o efectos posteriores a su consolidación, aspecto que toma especialmente en cuenta Roubier, distinguiendo por un lado el contenido de la situación jurídica, y por otro los efectos o consecuencias que emanan de esa situación jurídica.

Considera entonces que los efectos o consecuencias de una relación jurídica que se producen ante de la entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley que estaba en vigencia en el momento en que se produjeron, pero si después de la entrada en vigencia de la nueva ley y esa situación jurídica continúa produciendo consecuencias, las nuevas consecuencias van a estar regidas por la nueva ley en razón del denominado efecto inmediato.

De esta manera el sistema de Roubier procura conciliar el principio de irretroactividad, con el propósito del legislador de dotar a la nueva ley de efecto inmediato.

En nuestra obra sobre "Irretroactividad..." aparecen un par de cuadros explicativos, que se han distribuido entre los presentes para facilitar la comprensión de como funcionan estos principios dentro del sistema técnico ideado por Roubier, y elevados a la categoría de ley en nuestro país por el artículo 3 de la ley 17.711, que el nuevo Código reproduce en el actual artículo 7³¹.

Ven ustedes allí que cuando se trata de situaciones jurídicas agotadas, tanto su constitución, modificación o extinción, como las consecuencias o efectos, se rigen por la antigua ley en virtud del principio de irretroactividad consagrado por el artículo 7.

³⁰. No vamos a discutir ahora si al hablar de situaciones y de relaciones jurídicas se habla de dos cosas distintas, o si son asimilables; nos limitamos a remitir a lo que hemos escrito sobre el punto en nuestra obra de "Irretroactividad...", en la que expresamos que aunque se han empleado dos vocablos distintos ambos tienen un funcionamiento similar, en especial porque si se toma el concepto original de relación que nos brinda Savigny, este concepto comprendería también las llamadas situaciones jurídicas.

³¹. Ver Cuadro I, en "Irretroactividad...", p. 22.

Cuando la situación jurídica esté en curso de constitución, por aquello de que su constitución es compleja y no es instantánea, la consolidación de esa situación se va a regir por la nueva ley, en razón del efecto inmediato. Esto de acuerdo al pensamiento de Roubier, no es retroactividad, sino efecto inmediato, porque la nueva ley se está aplicando a una situación que todavía no se había consolidado.

Fijensé que esta técnica clarifica mucho el problema, e ilumina incluso todas aquellas divagaciones que solían hacer los autores cuando se hablaba solo de derechos adquiridos, sobre irretroactividad de primer grado, irretroactividad de segundo grado, de tercer grado... Roubier afirma que en la mayor parte de las ocasiones en que se habla de irretroactividad de primero, segundo o tercer grado, no se trata realmente de hipótesis de irretroactividad sino que se trata de la aplicación del efecto inmediato de la ley, en especial cuando la situación jurídica pendiente tiene fuente extracontractual.

Cuando la fuente es contractual, la constitución de la situación jurídica se rige por la ley vieja, la modificación se rige por la ley vigente en el momento que se produce la modificación o la extinción; las consecuencias anteriores se van a regir por la ley vieja, pero las consecuencias posteriores a la ley nueva se van a regir por la ley nueva. Por ejemplo un crédito que produce intereses; el crédito es una situación jurídica constituida, el interés una consecuencia; si se sanciona una ley que regula la tasa máxima de interés y pone un límite, todos los intereses anteriores a la nueva ley, ya producidos, se rigen por la antigua ley que no ponía límites, pero a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley se empezará a aplicarla a los intereses, consecuencias, que desde ese momento, consecuencias, se produzcan.

Para las situaciones jurídicas nuevas, su constitución, modificación, extinción van a estar regidas por la nueva ley, lo mismo

para todas las consecuencias posteriores.

Función del artículo 7

El artículo 7 (y su antecedente el 3), está pensando en la situación de la existencia de una ley, que dice A, y se reemplaza por otra ley que para la misma situación contempla la solución B, o para el caso de que no exista ninguna previsión y aparece una nueva ley que establece ciertos requisitos para la constitución o regulación de la situación A.

Pero cuando nos encontramos con que el cambio de todo un código por otro el problema es mas serio que el cambio de una simple ley por otra, por la multiplicidad y complejidad de los cambios y, muy especialmente, por la desaparición de casos que se encontraban regulados y respecto a los cuales el nuevo código guarda silencio.

El código de Vélez, tomando como modelo el Esbozo de Freitas, había adoptado la técnica de regular minuciosa y detalladamente las situaciones jurídicas seguido una técnica que era la del detalle, tomando como base antecedentes de los tribunales y opiniones de la doctrina. El nuevo Código civil y comercial, en cambio, en muchos puntos ha "comprimido" la regulación de una institución, haciendo desaparecer numerosas normas que regulaban distintas hipótesis.

¿Cuál es la solución ante este silencio? Con respecto a las a las consecuencias anteriores a la entrada en vigencia no hay ningún problema porque se les aplicará el Código de Vélez; pero, ¿qué sucede a partir del primero de agosto, cuando desaparezca esa regulación, que generalmente se refería a consecuencias legales, de situaciones jurídicas válidamente constituidas?

Por ejemplo, dentro de lo poco he podido ver, si en materia de obligaciones se busca en el código de Vélez la condición, encontraremos que se regulan minuciosamente en 35 artículos la condición

suspensiva y la condición resolutoria; mientras que en el nuevo código donde quedan ocho artículos. ¿Qué pasa con todas las situaciones reguladas anteriormente? El silencio del legislador significa que ha querido suprimir esa solución y consagrar una contraria? O que ha dejado el problema librado al pleno arbitrio del juez si se plantea un conflicto?

Este silencio pareciera plantear un serio problema de interpretación, aunque pensamos que deberá resolverse por la fuerza vinculante que el nuevo artículo 1 concede a las prácticas, usos y costumbres en los casos que no han sido regulados legalmente.

Oferta de donación

No deseo abusar de vuestro tiempo, por lo que trataré de manera muy breve un par de cosas que he olvidado mencionar.

Un día me llama por teléfono una escribana que ha sido directora de la Revista Notarial de La Plata, provincia de Buenos Aires, y me dice:

-Tenemos un tal problema vinculado con el cambio operado en materia de oferta de donación.

¿Qué es lo que pasa? Vélez, de manera anómala³², en cambio el nuevo código pone un límite: la oferta de donación tiene que ser aceptada durante la vida del donante, porque si no lo hizo no se ha constituido el contrato de donación, falta un elemento sustancial, la aceptación, y si no se ha integrado, no hay una nueva situación jurídica digna de protección.

Sucede que en provincia de buenos Aires, y también en la Capital Federal, los escribanos emplean la oferta de donación como una manera de sustituir el legado testamentario y evitar así los gastos

³². Decimos "anómala" por dos razones; la primera por ser el único contrato en que se acepta la posibilidad de aceptación de la oferta después de fallecido el oferente; la segunda, porque no conocemos otro Código que acepte esa posibilidad.

y demoras de un juicio sucesorio. Se realiza por escritura una oferta de donación, pero el donante no tiene intención de desprenderse del bien mientras viva; hay pues un aparente "acto entre vivos", y de manera encubierta una disposición "mortis causa".

Esa "oferta" de donación está destinada a funcionar como legado recién después de la muerte del donante, y al donatario le bastará con efectuar la "aceptación" eludiendo el juicio sucesorio.

El nuevo Código establece de manera muy clara que la aceptación de la oferta de donación, al que en la oferta de cualquier otro contrato, solamente es válida si el oferente está vivo.

Pues bien, esto origina preocupación a todos los escribanos que estaban utilizando la oferta de donación, que pretenden que la disposición del nuevo Código no se aplique a las ofertas pendientes, sino solamente a las que se realicen después de su entrada en vigencia.

Quien me consultaba me dijo que la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en una conferencia sobre "Irretroactividad de la ley", en principio aceptaba esa posición notarial considerando que la oferta podía ser aceptada como una situación jurídica consolidada, pero les recomendó que nos consultaran, mencionando nuestro libro de Irretroactividad, para solicitarme un dictamen favorable, y que estaban dispuestos a abonarme ese dictamen.

Le respondí que en ese momento no podía encargarme de satisfacer esa solicitud, porque tenía numerosos problemas entre manos y, además, porque en principio opinaba que la situación jurídica contractual no se consolida con la sola oferta, pues le falta un elemento integrativo y que si el Código ha cambiado, desde el momento que se produzca su entrada en vigencia, será aplicable a las ofertas de donación pendientes. Les expresamos que para regularizar la situación les quedaban dos caminos, el primero que los donatarios aceptasen las ofertas de donación antes de que entrase en vigencia el nuevo Código, y el segundo, que los "donantes", hicieran un

legado testamentario a favor del beneficiario, para que operase después del fallecimiento del titular del bien.

Abandono de dominio y abandono de posesión

Para terminar, en materia de derechos reales hay otro silencio que nos llama un poco la atención. El nuevo código, diferencia del Código de Vélez, no menciona la posibilidad de abandonar el dominio, pero acepta que se puede abandonar la posesión.

¿Qué sucede si el titular de un derecho de dominio, que se expresa con el ejercicio de la posesión, hace ahora abandono de la posesión? ¿Puede afirmarse que mantiene el dominio? O, ¿ese abandono de la posesión acarrea la pérdida del dominio?

Este silencio genera dudas, y lamentablemente como éste aparecen muchos otros casos.

Situaciones jurídicas de fuente contractual

Se les ha distribuido también otro cuadro ³³ en el que se analizan las distintas hipótesis que puede plantear el cambio legislativo con relación a las situaciones jurídicas constituidas de fuente contractual, que es un problema de particular interés práctico.

La ponencia presentada por Borda en el Congreso de Derecho Civil de 1961, establecía la posibilidad de supervivencia de las normas supletorias, pero la comisión no la aceptó y en el plenario prevaleció la opinión de la Comisión.

Años después, al elaborarse la ley 17.711, la influencia de Borda hizo que el nuevo artículo 3 (hoy artículo 7) estableciera la posibilidad de supervivencia de las normas supletorias vigentes al

³³. Ver Cuadro II, en "Irretroactividad...", p. 25.

tiempo de celebrarse el contrato y que las nuevas normas supletorias solo fuesen aplicables a los contratos celebrados con posterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Consideramos que fue un acierto de Borda el apartarse de lo votado por el Tercer Congreso. En nuestras prácticas contractuales las partes no reproducen lo que está previsto en el Código por considerarlo innecesario y sólo hacen referencia a esos problemas cuando desean apartarse de la solución prevista en las normas supletorias.

Hemos tratado con detenimiento este problema en nuestra obra sobre "Irretroactividad..."³⁴ por lo que no resulta oportuno que nos extendamos en este momento.

Sin embargo debemos destacar que el nuevo artículo 7 efectúa un agregado, que priva de efecto diferido "a las normas protectoras del consumidor", agregado que, a nuestro criterio, no tendrá aplicación práctica y demuestra el desconocimiento total de quien lo ha incluido, aunque en el campo una buena intención política: brindar protección a los consumidores.

¿Por qué no tendrá efecto? Porque las normas destinadas a proteger a los consumidores no son supletorias, sino imperativas e, incluso puede afirmarse que de orden público, tanto si se encuentran insertas en el nuevo Código, como si lo están en leyes especiales.

Agradecería a quien me diese un ejemplo de normas protectoras del consumidor que sean supletorias! Nosotros no las hemos podido encontrar.

Una última cosa para terminar, había traído una obra sobre

³⁴. Ver "Irretroactividad ...", p. 24 a 34.

El libro puede ser consultado en la página de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en la sección Biblioteca virtual.

retroactividad de una autora francesa³⁵, que escribió bastante después de Roubier y señala una cosa que no es curiosa, sino que pone de relieve lo el afán del legislador: lograr el efecto inmediato de las nuevas leyes. Señala entonces que la Corte de Casación francesa consagró la teoría de Roubier, como teoría aplicable, por considerarla técnicamente correcta y adecuada (a pesar de que en Francia no hay ley que la consagre) y los tribunales inferiores comenzaron a aplicarla siguiendo a la Corte de Casación; después de ello el legislador ha sancionado más de sesenta leyes en las que busca con distintos subterfugios escapar a la aplicación del sistema de Roubier, para lograr que sus normas tengan efecto inmediato.

Nada mas, señores.

³⁵. Ver Françoise Dekeuwer-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, París, 1977.