

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY Y EL EFECTO DIFERIDO

Por Luis Moisset de Espanés.

Publicado originariamente en el D.J.A. Nº 3988, del 3/3/72,
e incorporado luego al tomo de Doctrina 1972, p. 817.

Sumario: Tít. I. Introducción. - Tít. II. Las situaciones jurídicas en el tiempo. - Tít. III. Las situaciones jurídicas de fuente contractual. - Tít. IV. La irretroactividad y el efecto diferido en materia contractual. - Tít. V. Normas supletorias, normas imperativas y retroactividad.- Tít. VI. El efecto diferido y la doctrina nacional. - Tít. VII. 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, si no 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 nuevo art. 3 CC. 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.

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 el que puedan presentarse conflictos de leyes en el tiempo, al sancionarse

1 Conf. López de Zavalía, Fernando J., v. "Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil", t. I, p. 354, Imp. Univ. Nac. Córdoba, 1971.

nuevas normas que regulan de manera distinta la vida de la "situación jurídica", o sus consecuencias. Podríamos, entonces, trazar el siguiente cuadro:

CUADRO I.

(DERECHO TRANSITORIO)

| | | | | |
|--|---|---|---|--|
| 1. <i>Situaciones jurídicas agotadas</i> | { | a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias | } | Ley antigua (irretroactividad, art. 3 párr. 2º) |
| 2. <i>Situaciones jurídicas en curso de constitución</i> | { | a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias | } | Ley nueva (efecto inmediato, art. 3 párr. 1º) |
| 3. <i>Situaciones jurídicas constituidas (pendientes) de fuente extracontractual²</i> | { | a) Constitución } a') Modificación o extinción } b) Consecuencias anteriores } b') Consecuencias posteriores } | } | Ley antigua (irretroactividad) Ley nueva (efecto inmediato) Ley antigua (irretroactividad) Ley nueva (efecto inmediato) |
| 4. <i>Situaciones jurídicas nuevas</i> | { | a) Constitución, modificación o extinción b) Consecuencias | } | Ley nueva (efecto inmediato, art. 3 párr. 1º) |

Las situaciones contempladas en ambos extremos del cuadro, es decir las que ya sean agotado totalmente (número 1), o las que son íntegramente posteriores a la nueva ley (número 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 (número 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

² Posteriormente (v. Cuadro II) nos ocuparemos de situaciones jurídicas pendientes cuando ellas tienen origen contractual.

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 no es un hecho instantáneo, sino prolongado en el tiempo, deberá juzgárselo de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se completa el proceso de gestación. 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 engendre, 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 anteriormente³ 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 hechos suceden (principio de irretroactividad). En consecuencia, si la situación se constituyó válidamente bajo el imperio de la ley antigua (número 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 (número 3, hipótesis b, cuadro I), que deben ser juzgadas por la ley que las regulaba en el momento en que se produjeron⁴.

En cambio, el principio de efecto inmediato hará que la posterior modificación o extinción de esa situación jurídica ya constituída, deban juzgarse por la nueva ley (número 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 (número 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

3 Ver capítulo anterior.

4 Conf. Cám. Civ. Rosario, Sala 3ª, 25-2-72 "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", J.A., Reseñas, 1972, N° 196, p. 581.

cambio de leyes, que incida sobre las con secuencias de una situación jurídica ya constituída. El Código civil establecía que la situación jurídica de incapacidad producía como consecuencia la suspensión de los plazos de prescripción (art. 3966), lo que ha sido modificado por la ley 17.711, disponiéndose ahora 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 deben mantenerse (irretroactividad de la ley), de manera tal que se considerará que la prescripción ha permanecido suspendida hasta el 30 de junio de 1968; pero a partir del 1° de julio de ese año las consecuencias de esa situación jurídica pendiente (la incapacidad), se regirán por la nueva norma y, por consiguiente, desde esa fecha la prescripción retomará su curso (efecto inmediato).

III. - *Las situaciones jurídicas de fuente contractual.*

Resumiremos las posibles soluciones en un cuadro sinóptico que luego procuraremos desarrollar.

CUADRO II

| | | |
|---|---|--------------------------------|
| a) Constitución | } | Ley antigua (irretroactividad) |
| Leyes imperativas (art. 3 párrs. 1° y 2°) | { | |
| 3 bis) | | |
| <i>Situaciones jurídicas constituídas</i> | | |

(pendientes), de
fuente contractual



| | | |
|-------------------------------|---|--|
| a') Modificación o extinción | } | Ley nueva (efecto inmediato) |
| b) Consecuencias anteriores | } | Ley antigua (irretroactividad) |
| b') Consecuencias posteriores | } | Ley nueva (efecto inmediato) |
| a) Constitución | } | Ley antigua (irretroactividad y efecto diferido) |

Leyes supletorias
(art. 3 último
párrafo)



| | | |
|-------------------------------|---|--|
| 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. 3, 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. 3, cuanto por lo establecido por el párr. 2º 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. 3, que establece el “*efecto diferido*” para las leyes supletorias, las consecuencias posteriores, o la ulterior modificación o extinción de la situación jurídica pendiente, hubieran que dado 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; pro curaremos 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”⁵.

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

5 Lopez de Zavalía, Fernando J., “Irretroactividad de las leyes”, LL 135- 1485 a 1493.

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 discurso⁶, 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 nuevo art. 3 de nuestro Código Civil, 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 concreta⁷; 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, opina Roubier que ellas tienen una base “ideal y abstracta”⁸ 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 sometérselo a una ley única —la del momento de su celebración— y las leyes posteriores no pueden afectarlo, aunque esté en curso de ejecución⁹, salvo que estén dotadas de efecto retroactivo, sea de manera expresa, sea de manera tácita¹⁰.

Para evitar que su construcción teórica sea tildada de “individualista”, expresa Roubier

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

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

8 Roubier, Paul, ob. y lug. cits. en nota anterior.

9 Roubier, Paul, ob. cit., 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, ps. 75 y ss.).

10 Roubier, Paul, ob. cit., N° 86, ps. 100-109.

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 jurídica¹¹. 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 ley”¹².

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 vigencia¹³. Admite algunas excepciones a este “efecto diferido”, pero considera que ellas sólo se presentan —como ya 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 problema¹⁴. 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 celebración¹⁵; se acude

11 Roubier, Paul, ob. cit., p. 52.

12 Conf. Mosset Iturraspe, Jorge: “. . . 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 Risolía, el principio de la libertad” (“Cuarto Congreso. . .”, p. 337); Nieto Blanc, E.: “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); Remaggi, Oscar V.: “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); Morello, Augusto M., “Eficacia de la ley nueva en el tiempo”, en “Examen y crítica de la Reforma”, ed. Platense, La Plata, 1971, t. 1, p. 88.

13 Roubier, Paul, ob. cit., especialmente p. 58.

14 Roubier, Paul, ob. cit., Nros. 88, 89 y 90, ps. 122 a 152.

15 Conf. García Valdecasas, G: “Sobre la significación del principio de no retroactividad de la ley”, Anuario de Derecho Civil, 1966, I, ps. 45 y ss., en especial p. 52.

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 imperativas¹⁶.

Este último camino es el que, con acierto¹⁷ 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 partes¹⁸; mientras una ley nueva no limite la autonomía de la voluntad, sustrayendo de manera imperativa un sector de las relaciones contractuales del terreno que las partes pueden regular, la ley que debe regir *toda* la relación contractual, es la que presidió 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 modificarlo¹⁹. Cuando se trata del reemplazo de un “estatuto legal” por otro distinto, no hay dificultad en conceder “efecto inmediato” a la nueva ley, sin que pueda tildársela de “retroactiva”, por que 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.

16 V. sobre este punto Roubier, Paul, ob. cit., N° 87, ps. 109-121, y los autores que allí menciona.

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

18 Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, “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...”

Ver también García Valdecasas (trabajo citado en nota 15, 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.

19 Es cierto que, como dice Llambías, 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 “naciones elásticas” (conf. López de Zavalía, trab. cit., p. 1493).

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 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. - El “efecto diferido” y la doctrina nacional.

El último párrafo del art. 3 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 Civil²⁰.

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 jurídicas²¹.

El reproche carece de base sólida, pues precisamente en materia contractual el legislador admite que coexistan no sólo dos, sino infinitas regulaciones legales distintas²². Al consagrar la

20 V. “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, 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.

21 V. Raffo Benegas y Sassot: “La intención de las partes y las leyes supletorias”, JA Doctrina 1969-549; Llambías, J. J., ob. cit., ps. 19-20; Novillo Saravia, Lisardo (h.): “La retroactividad de la ley y el Cuarto Congreso Nacional de derecho Civil”, JA Doctrina 1970-572.

22 Conf. Roubier, Paul, ob. cit., 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 art. 3, fundándonos en que introducía una dualidad en la legislación (y. “Cuarto Congreso...”, Observaciones, p. 319); pero luego, en el debate, rectificamos la posición

“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 gobernarlas²³.

Se ha dicho también que no siempre las partes conocen las normas supletorias y que al remitirse a ellas lo hacen de mar 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 contrato²⁴.

Esta afirmación parece desconocer lo que es regla en la práctica diaria del quehacer profesional, como lo señaló muy bien Mosset Iturraspe²⁵, 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

que sobre este punto habíamos sostenido originariamente (v. “Cuarto Congreso...”, p. 345).

23 Conf. Nieto Blanc, E., “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”.

24 Llambías, J. J., ob. cit., ps. 16-17; Raffo Benegas y Sassot, “Cuarto Congreso...”, Ponencia, p. 316; Bouzat, Luis F., “Cuarto Congreso...”, p. 329; Sassot, Rafael A., “Cuarto Congreso. . .”, ps. 340-341.

25 Mosset Iturraspe, J., “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 repitan todas aquellas disposiciones supletorias que el legislador ha puesto, como dije, para cubrir la omisión o la ignorancia de las partes, porque juegan ante su silencio, O sea 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”.

quisieron o no remitirse a la norma supletoria²⁶, pues no sólo introduce un elemento subjetivo de casi imposible demostración, sino que resulta contradictoria consigo misma, pues admite 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 elementos podrá recurrir el intérprete cuando las partes han dado tan poca trascendencia al asunto que ni siquiera lo han mencionado en el contrato?”²⁷.

En realidad, no se trata de que las partes le hayan concedido al punto poca importancia; por el contrario, pueden haberle dado mucha, y —sin embargo— haberse remitido a la norma supletoria. Por ejemplo, en casi todos los contratos era “ritual” incluir una cláusula que estipulase la mora automática, sin “necesidad de interpelación judicial o extrajudicial”. Las partes, al no incluirla, ¡podían haber tenido especialmente en cuenta el punto, y haber deseado que la mora fuese ex-persona! Pero, ¿cómo se probaría esa voluntad? Nadie puede indagar en lo íntimo del 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 expedido en contra del “efecto diferido” de las nuevas normas supletorias, después de la sanción de la ley 17.711, Llambías²⁸, Wolkowicz²⁹, Acuña Anzorena³⁰, Raffo Benegas y Sassot³¹, Novillo Saravia³² y Bouzat³³. La mayoría de la doctrina nacional, en cambio, ha debido

26

Llambías, J. J., ob cit., p. 20, y “Cuarto Congreso...”, Ponencia, p. 316; Bouzat, Luis F., “Cuarto Congreso...”, p. 329.

27 Raffo Benegas y Massot, “Cuarto Congreso...”, Observaciones, p. 322.

28 Llambías, J. J., obras y lugares citados.

29 Wolkowicz, Pedro, “Aplicaciones de la ley 17.711 a las relaciones jurídicas existentes”, Juris, 33-265 (en especial, p. 272).

30 Acuña Anzorena, Arturo, “Reflexiones sobre la ley 17.711 de reformas al Código Civil”, LL 130-1090.

31 Raffo Benegas, Patricio y Sassot, Rafael A., trabajo citado en nota 21.

32 Novillo Saravia, Lisardo (h.): Trabajo y lugar citados en nota 21.

33 Bouzat, Luis F., “Cuarto Congreso. . .”, Despacho, p. 324, Debate, ps. 329-330.

aceptar que el párrafo constituye un acierto, y debe ser mantenido, habiéndose pronunciado en tal sentido López Olaciregui³⁴, López de Zavalía³⁵, Morello³⁶, Garrido y Andorno³⁷, Pardo³⁸ y muchos de los juristas que intervinieron en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil³⁹.

En conclusión, el contrato es el medio que acuerda el orden jurídico a los particulares 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 reproducir íntegramente en el contrato todas las disposiciones a las que acuerdan 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 falta esa disposición expresa.

VII. - Conclusiones.

34 López Olaciregui, José María, “Efectos de la ley con relación al tiempo, abuso del derecho y lesión subjetiva”, “Rev. del Col. de Ab. 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 podía 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 N de Derecho Civil, firmó también el despacho mayoritario (p. 324).

35 López de Zavalía, Fernando J., trabajo citado en nota 5, p. 1493.

36 Morello, Augusto M., trabajo y lugar citados en nota 12.

37 Garrido, Roque y Andorno, Luis O., “Reformas al Código Civil”, 2ª ed., Zavalía, Bs. As., 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 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”.

38 Pardo, Alberto J., “El art. 3 del Código Civil, según la ley 17.711”, LL 135-1354 (en especial p. 1362); “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.

39 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, Salvador H. Martínez y González del Cerro.

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 “estatuto 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 consecuencias 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. 3 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).