



**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Abogacía**

***Principales conflictos de derecho transitorio generados por la  
entrada en vigencia del Código Civil y Comercial***

**Autor: Meloni, Mauro Alfredo**

**Legajo: 23.285**

**Director de Tesis: Palazzi, Pablo Andrés**

**29 de Julio de 2016, Victoria, Bs. As.**

Universidad de San Andrés  
Departamento de Derecho

---



Universidad de  
**San Andrés**

Trabajo de Graduación de la Carrera de Abogacía  
Departamento de Derecho

*“Principales conflictos de derecho transitorio generados por la  
entrada en vigencia del Código Civil y Comercial”*

Mauro Alfredo Meloni  
Legajo: 23.285  
Mentor: Pablo A. Palazzi

29 de Julio de 2016, Victoria, Bs. As.

## Índice

Introducción.....	2
Relevancia y planteo del tema.....	2
Objetivo .....	3
Metodología .....	3
Desagregando el artículo 7 del Código Civil y Comercial.....	5
1- Un error de la norma .....	5
2- Las cuatro frases del art. 7 CCyC .....	5
1- Principio de efecto inmediato .....	5
2- Principio de irretroactividad de la ley.....	6
3- Derechos amparados por garantías constitucionales como límite a la retroactividad 7	
Posturas doctrinarias sobre la aplicación de la ley en el tiempo.....	8
1- El Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew .....	8
2- El debate Kemelmajer de Carlucci- Rivera.....	8
El primer artículo de Kemelmajer de Carlucci (22/04/2015) .....	8
La primera respuesta de Rivera (04/05/2015).....	10
La contrarréplica de Kemelmajer (02/06/2015) .....	13
La contra respuesta de Rivera (17/06/2015) .....	15
3- Otros Doctrinarios .....	18
Los casos en que la sentencia es constitutiva de derecho .....	18
Derechos adquiridos, y derechos amparados constitucionalmente: ¿qué cambió a partir de la ley 17.711?.....	¡Error! Marcador no definido.
¿La traba de la litis constriñe la facultad del juez de decir el derecho? .....	19
Contratos previos a la entrada en vigencia del CCyC y nuevas leyes más favorables para el consumidor .....	19
La inserción del Código Civil y Comercial dentro del paradigma Constitucional y Convencional.....	21
Una dimensión sistémica del debate .....	21
Las tres principales posturas frente al problema de las situaciones jurídicas preexistentes a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial .....	22
Conclusiones.....	26
Bibliografía.....	27

# Introducción

## Relevancia y planteo del tema

Para una sociedad como la nuestra, con un sistema jurídico codificado, el Código Civil y el Código de Comercio contienen probablemente el conjunto de normas que regulan la mayor parte de nuestras vidas. Desde el 1 de agosto de 2015, ha empezado a regir la Ley 26.994, que además de establecer la fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial – que luego fue adelantada por la Ley 27.077-, deroga Código Civil de Vélez (de ahora en adelante “CC”), el Código de Comercio y las correspondientes leyes complementarias. Sin embargo, el final del imperio del Código Civil y Código de Comercio y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (de ahora en adelante “CCyC”), ha dejado dudas sobre la ley aplicable a los litigios que preexistían al 1 de agosto de 2015.

El Código Civil y Comercial, al igual que la ley 17.711– que introdujo en el año 1968 grandes modificaciones al Código Civil- tiene un artículo dedicado a guiar a los magistrados a resolver la cuestión del derecho transitorio. El artículo 7 del nuevo código es una copia casi idéntica del artículo 3 del Código Civil, a excepción de que el nuevo texto incluye una disposición relativa al derecho del consumo.

ARTICULO 7°.- Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

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

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

Tanto en 1968 como ahora, el escueto texto de este artículo ha sido objeto de debate. Recientemente, la Cámara Civil y Comercial de la ciudad de Trelew se reunió de oficio y dictó un plenario en el que se establece que las causas en las que se hayan dictado sentencias de primera instancia bajo el régimen de los códigos Civil y de Comercio, deben revisarse en las sucesivas instancias judiciales a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó.

Este documento fue el disparador del debate sobre el tema en la doctrina. Primero, Kemelmajer de Carlucci (2015) publicó un artículo criticando esta decisión. A grandes rasgos, la jurista dijo que el tribunal de Trelew está postergando la entrada en vigencia del nuevo código sin base legal alguna, pues ya entró en vigencia la ley que declara que el Código Civil ha sido derogado, y que este tipo de casos deben ser resueltos a la luz del principio *iura novit curia*: el juez conoce el derecho aplicable, y debe aplicarlo sin necesidad de que las partes le soliciten que ley aplicar.

Rivera (2015), por el otro lado, ha contestado que esto es violatorio de los intereses de las partes y de su derecho de defensa en juicio, y que en vez de dejar al arbitrio de los

jueces esta decisión, debería ser el Congreso quien sancione una ley que incluya soluciones para los diferentes tipos de casos.

## **Objetivo**

Es de conocimiento público que los tribunales de nuestro país tienen mucho trabajo. Teniendo en cuenta que el artículo 7 no da una solución clara para una gran cantidad de casos en trámite (previos a la entrada en vigencia del nuevo código), la idea principal de este trabajo es desarrollar los argumentos de las diferentes posturas doctrinarias para que el abogado litigante pueda utilizar según le sea conveniente. Aunque la cuestión merece una atenta mirada caso por caso, se intentarán analizar con mayor profundidad aquellos que estén más controvertidos por la doctrina.

Por otro lado, dado el creciente dinamismo económico, tecnológico y social del mundo actual, creo que existen altas probabilidades de que este problema sea recurrente en el futuro. En este contexto globalización y de cambios cada vez más bruscos y frecuentes, tener una doctrina sólida sobre cómo pensar problemas de derecho transitorio es importante para poder dar seguridad jurídica a un sistema jurídico que debe intentar dar respuestas a estos cambios.

Para hacer esto seguramente en algunos puntos tenga que discutir con Aida Kemelmajer de Carlucci y Julio César Rivera, conocidos juristas que iniciaron el debate, e intentar dar respuestas prácticas a estos interrogantes: ¿Cuáles son las diferencias prácticas entre las expresiones “relaciones jurídicas” y “situaciones jurídicas” y sus consecuencias? ¿Qué exactamente significa aplicar la ley retroactivamente? Si un caso tiene sentencia de primera instancia bajo el código Civil, ¿aplicar el nuevo código para resolver esa situación jurídica preexistente es aplicar la ley retroactivamente? ¿Qué es necesario para que una relación jurídica se considere *consumida* jurídicamente? ¿Basta con la *traba de la litis* o es necesario que haya sentencia firme? ¿Se ve cercenado el derecho de defensa en juicio de las partes cuando una ley nueva se les aplica sin que tengan posibilidades de modificar las pretensiones del litigio? ¿Cómo deberían ser tratados los casos en que hay normas de orden público en juego? ¿Y los casos en que hay normas supletorias? ¿El art. 7 es una norma hermenéutica dirigida a los jueces o a los legisladores?

## **Metodología**

Para responder estas preguntas se llevará a cabo una investigación del tipo cualitativa. Como una primera aproximación al problema, se desagregará el artículo en cuestión para intentar entender cómo funciona el sistema de derecho transitorio argentino. Luego se expondrán las diferentes posturas del debate doctrinario, estudiando en detalle los argumentos de cada postura, particularmente de ejemplos prácticos cuyo contenido resulte

crítico para determinar, a la luz del artículo 7 del nuevo código, algunas de las cuestiones relevantes para decidir cómo deben pensarse casos similares

Identificadas las diferencias entre las distintas posturas, se plantearán argumentos y posibles soluciones para algunos casos prácticos que entendemos que puedan generar conflictos interpretativos sustanciales en un futuro.



Universidad de  
**San Andrés**

# Desagregando el artículo 7 del Código Civil y Comercial

## 1- Un error de la norma

El texto aprobado omitió incluir una palabra en la primera oración de esta norma. La primera oración debería decir: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican *aún* a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. Como surge de la exposición de motivos de la Ley 26.994, la intención del legislador con respecto a esta norma fue mantener el sistema incorporado al Código de Vélez Sarsfield por la ley 17.711, cuya norma, el art. 3, incluía el adverbio “aun”. De hecho, el Ministerio de Justicia ya ha enviado al Congreso una ley de fe de erratas para arreglar el problema.

## 2- Las cuatro frases del art. 7 CCyC

### 1- Principio de efecto inmediato

En primer lugar, es importante destacar las diferencias e implicancias de los tres términos básicos utilizados en la norma en cuestión: relaciones jurídicas, situaciones jurídicas, y sus consecuencias. Si bien el artículo 7 ahorra en distinciones al respecto, la doctrina ha distinguido entre relación y situación jurídica. Siguiendo la teoría de Paul Roubier, Borda (ED 28-810) ha explicado el concepto de “relación jurídica” como a aquella relación que se da entre dos o más personas, con un carácter peculiar y particular, esencialmente variable. Tales vínculos se extinguen con el ejercicio de los derechos o mediante el cumplimiento de las obligaciones que de ellas emanasen. Contratos y testamentos son algunos típicos ejemplos de relación jurídica.

Por otro lado, una “situación jurídica” es la situación que ocupa un sujeto frente a una norma general, es decir, los derechos y deberes que emanan de una norma (y no de la voluntad de las partes). Es una situación que tiene carácter permanente y objetivo, en tanto los poderes que de ella derivan son ejercibles indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder. Algunos ejemplos de esto son los derechos reales –usufructo, hipoteca, dominio, etc.-, la situación de padre-hijo, entre otros.

Como explican Marisa Herrera y Gustavo Caramelo (2015), el art. 7 del CCyC pone en pie de igualdad las expresiones anteriormente diferenciadas: todo lo que se dice de una expresión es aplicable de igual forma para la otra. Según estos autores, mucho más importante que la distinción entre ambas expresiones son las distintas fases por las que pueden pasar: Roubier explica que toda situación o relación jurídica tiene una fase dinámica, en la que la situación se constituye y se extingue, y una fase estática, en la que la situación produce sus efectos.

Por último, las “consecuencias” son los efectos que reconocen como causa eficiente a una situación o relación jurídica y que se producen en un estadio entre la constitución y la extinción de la situación.

Bajo tales concepciones, Roubier (1960) prevé un sistema que funciona de la siguiente manera. En primer lugar, las situaciones y relaciones jurídicas constituidas o extinguidas bajo una ley, se rigen bajo esa ley. En segundo lugar, si la relación jurídica está en curso de constitución, en lo que se conoce por *iter constitutivo*, será aplicable la nueva normativa. Finalmente, en tercer lugar, si se hubiere producido la extinción de la relación jurídica, la nueva ley no podrá retrotraer sus efectos sobre tal terminación.

Entonces, el Código Civil y Comercial adopta la regla del efecto inmediato de la nueva ley, en tanto la norma entrante se aplicará a las situaciones y relaciones jurídicas que surjan con posterioridad a ella y a los efectos de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al momento de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal. Al respecto, Roubier (1960) ha dicho:

El tiempo se descompone en tres momentos: presente, pasado y futuro. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al pasado; tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el presente; tiene efectos diferidos si viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley la ha sustituido. (p.9)<sup>1</sup>

Entonces, lo que este principio permite es afectar las consecuencias de relaciones o situaciones jurídicas pasadas pero únicamente con respecto a las consecuencias que no se han agotado bajo la vieja ley.

## 2- Principio de irretroactividad de la ley

El principio de irretroactividad comenzó a aparecer en algunas constituciones siglos atrás, aunque generalmente limitado al derecho penal. En esta área del derecho la irretroactividad tiene carácter absoluto, con excepción de la aplicación de la ley más benigna al imputado en caso de que no tuviere sanción al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley que le fuere más favorable. Julio Rivera (2015c) explica que en el derecho civil, por otro lado, este principio no es absoluto, y que la doctrina ha interpretado los arts. 3 y 7 del CC y CCyC, respectivamente, como una regla interpretativa dirigida al juez. El legislador, por otro lado, si tiene potestades constitucionales para crear normas retroactivas, siempre que no se afecten garantías protegidas por la constitución.

Entonces, se podría decir que bajo el art. 7 del CCyC una ley es retroactiva cuando:

- Afecta a la constitución de una relación jurídica.
- Afecta la extinción de una situación jurídica.

---

<sup>1</sup> Traducción de la obra de Roubier en el Código Civil y Comercial Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de INFOJUS (2015).



-Atribuye efectos que antes no tenían ciertos hechos o actos jurídicos, si esos efectos que se atribuyen por vinculación del hecho o acto con un período anterior a la vigencia de la ley.

-Cuando se refiere a las condiciones de validez y a efectos que ya se han producido a los elementos anteriores de una relación o situación.

### 3- Derechos amparados por garantías constitucionales como límite a la retroactividad

El CCyC continua usando la categoría de “derechos amparados por garantías constitucionales”, categoría incorporada con la ley 17.711, que sustituyó la categoría de “derechos adquiridos” usada por Vélez. Un típico ejemplo de esto es el derecho de propiedad, consagrado en el art. 17 de la Carta Magna, que impide que el legislador desposea a las personas de derechos que ingresaron a su patrimonio definitivamente. Como veremos más adelante, esto esta discutido con respecto la doctrina ha discutido si el derecho constitucional de defensa en juicio se ve vulnerado cuando el juez aplica una ley nueva sin que las partes lo soliciten.

### 4- La no aplicabilidad de las nuevas leyes a los contratos en curso de ejecución

La última frase del art. 7 del CCyC contiene una regla y una excepción a esa regla: las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos celebrados con anterioridad, por un lado, pero si se trata de leyes más favorables para el consumidor si se aplican a los contrato en curso, por el otro.

Según la teoría de Roubier, ninguna ley es aplicable a los contratos en curso. Rivera (2015c) señala que si bien la solución propuesta fue criticada por la doctrina, tanto el nuevo art. 7 como art.3 reformado en 1968, establecen que las nuevas leyes supletorias no se aplican a los contratos en curso. Esto se fundamenta, según el autor, en la presunción de que las normas supletorias anteriores a la nueva ley se encuentran ya contempladas en éstos contratos. Como novedad, el art. 7 del CCyC acoge las críticas de la doctrina hacia el art. 3 del CC y manda a proteger a la parte del contrato más débil en los casos en que surja una ley –supletoria o imperativa- más favorable al consumidor, aplicándola de forma inmediata (no retroactiva).

# **Posturas doctrinarias sobre la aplicación de la ley en el tiempo**

## **1- El Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew**

El 15 de abril de 2015, unos meses antes de que el CCyC entrara en vigencia, los integrantes de la Cámara de Apelaciones de Trelew se reunieron en Pleno y de oficio para anticipar la forma en que debía ser interpretado el nuevo CCyC. Se resolvió que “una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códcs. 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”

Los jueces interpretaron que la norma exige que la nueva ley se aplique para los hechos que estaban en curso de desarrollo (al momento de entrada en vigencia de la nueva norma) y no para las consecuencias de los hechos pasados, pues estos están protegidos por la prohibición de aplicar la ley de forma retroactiva. Para sustentar esta posición se usaron principalmente dos argumentos. El primero está basado en la preocupación de proteger derechos individuales amparados por garantías constitucionales – los derechos de defensa en juicio y de debido proceso legal. El segundo está basado en consideraciones de bien común: La transición al nuevo ordenamiento debe hacerse lo más rápido posible, pues se supone que este es más justo que el sistema anterior, pero el cambio no debe ser tan brusco como para comprometer la seguridad jurídica y la credibilidad del sistema.

## **2- El debate Kemelmajer de Carlucci- Rivera**

### **El primer artículo de Kemelmajer de Carlucci (22/04/2015)**

Unos meses antes de que el Código Civil y Comercial entrara en vigencia, Aída Kemelmajer de Carlucci publicó un texto en el que criticó el Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Este artículo fue el punto de partida de un debate con otro jurista de renombre, Julio Cesar Rivera. Como desarrollaremos más adelante, en su primer artículo –también antes de la entrada en vigencia del nuevo Código- Rivera (2015a) argumenta que el Congreso debe tomar acción y dictar normas específicas para completar las lagunas legales que deja el art. 7 del CCyC. Kemelmajer (2015a) replica que su contradictor malinterpreta algunos de los argumentos que ella había esgrimido en su primer artículo. Esto acerca las posturas de una discusión cuyos argumentos en principio parecían diametralmente opuestos. La discusión primero parece girar en torno a si la teoría del consumo jurídico traída a Argentina por Borda sirve para resolver los problemas de derecho transitorio satisfactoriamente; luego la cuestión se complejiza y parece haber una discrepancia en torno a cómo aplicar esta teoría.

En el primer artículo de Kemelmajer de Carlucci las ideas centrales son dos. En primer lugar, ella argumenta que la norma de derecho transitorio tiene una naturaleza formal y no material, por medio de la que el juez puede decidir cuál es la ley aplicable. Aunque

nada impide que el juez invite a las partes a argumentar sobre la ley aplicable, dice la autora mendocina, en virtud del principio *iura novit curia* (latín para “el juez conoce el derecho”) el juez puede decidirlo por más que las partes no se lo hayan solicitado. Por esto, para ella el derecho de defensa en juicio tiene poca incidencia en este debate.

En segundo lugar, argumenta que el hecho de que se haya dictado una sentencia de primera instancia sobre un determinado caso, no tiene influencia sobre cuál es la ley aplicable.

Según Kemelmajer de Carlucci (2015<sup>a</sup>), dado que el art. 7 es prácticamente igual al art. 3 del antiguo código, hay que seguir las enseñanzas de Roubier, pues la noción de consumo jurídico que subyace a esta norma fue tomada por Borda del pensamiento del autor francés. En base al art. 3 del viejo Código (incorporado para resolver los casos de derecho transitorio producidos por los cambios de la Ley 17.711), Borda elaboró una distinción: por un lado, la ley anterior gobierna la constitución y la extinción de una situación jurídica; por otro lado, la ley posterior gobierna el contenido y las consecuencias de esas relaciones jurídicas. Cada fase debe regirse por la ley vigente al momento de esa etapa, y el consumo jurídico debe analizarse a la luz de cada una de esas etapas.

Para sostener su tesis -que es incorrecto afirmar que la existencia de sentencia de primera instancia esté vinculada a la ley aplicable-, Kemelmajer propone tres casos en los que ya existe una sentencia de primera instancia:

- 1) Derecho del consumo: si entre la sentencia de primera instancia y la de Cámara surge una ley más favorable al consumidor, la Cámara deberá aplicar la nueva ley a las consecuencias no agotadas y que hayan seguido desarrollándose hasta que se dictó la sentencia de Cámara.
- 2) Accidente de tránsito: en caso de que la Cámara deba revisar una sentencia de un accidente que sucedió antes de agosto de 2015, corresponde aplicar el 1113 del Código Civil, no porque así se haya resuelto en primera instancia, sino porque la constitución de la relación jurídica se consumó con el accidente, antes de la entrada en vigencia del nuevo código. Por otro lado, las consecuencias no agotadas de esas relaciones, como el interés que surge desde el acaecimiento de los hechos hasta la sentencia de Cámara, deben regirse por la nueva ley. Aunque no da ningún ejemplo de esto, Kemelmajer va aún más allá y dice que si la ley estableciera que debe aplicarse retroactivamente, también se debe aplicar a los periodos consumidos, siempre que no vulnere derechos amparados constitucionalmente; si se trata de derechos adquiridos bajo la vieja ley que no están protegidos por garantías constitucionales, éstos no estarían protegidos por leyes retroactivas.
- 3) Divorcio: para que exista divorcio, tanto en el nuevo como en el viejo Código, es necesario haya sentencia firme, pues esta es constitutiva del acto jurídico del

divorcio. Kemelmajer argumenta que si todavía no hay sentencia firme, debe regir la nueva ley porque la relación no está extinta en el momento en que se está por dictar la sentencia de Cámara.

### **La primera respuesta de Rivera (04/05/2015)**

Un tiempo después, el 4 de mayo de 2015, la misma editorial jurídica publicó un artículo de Julio Cesar Rivera, en el que éste autor replicaba que el art. 7 del CCyC y el método propuesto por Kemelmajer (el que fue diseñado por Roubier y luego incluido por Borda en la ley 17.711) es insuficiente para hacer una aplicación justa de la ley, pues es un problema cuya complejidad requiere una solución legislativa que dé a los jueces directrices más específicas según el caso del que se trate (Rivera, 2015). La estructura de este primer artículo de Rivera es demostrar que 1) las implicancias del método que defiende Kemelmajer no son para nada claras y 2) que pueden resultar en una sentencia con efectos retroactivos, o en una afectación del debido proceso. Por esto, es el Congreso quien debería intentar sancionar una ley que profundice de forma más específica sobre cómo resolver cada tipo de caso en particular, y que respete derechos adquiridos. En este sentido Rivera agrega una dimensión al debate, una dimensión que tiene en cuenta al sistema jurídico todo, que se pregunta por cual es la mejor forma de mutar entre un código y otro; como se desarrollará más adelante, para Rivera es la legislación y para Kemelmajer son las sentencias judiciales.

Aunque Rivera no niega la importancia doctrinaria que ha tenido el sistema de derecho transitorio de Roubier, finalmente reconoce que este es una elaboración doctrinaria, y por lo tanto constituye solamente un argumento de autoridad para interpretar la ley.

Como veremos más adelante, Rivera no solo argumenta que el art. 7 y la doctrina de Roubier son insuficientes y pueden generar problemas con respecto al debido proceso, sino que también discrepa en cuanto a cómo aplicar el sistema de derecho transitorio argentino para los juicios en trámite.

Así es como Rivera recapitula las ideas centrales del modelo de Roubier:

- la separación de la norma en dos fases: la constitución y la extinción de las relaciones jurídicas por un lado, y las consecuencias de estas, por otro; a cada una de estas etapas le corresponde una ley aplicable distinta.
- La nueva ley debe aplicarse de forma inmediata a las consecuencias que surgen entre la constitución y la extinción de las relaciones o situaciones jurídicas, es decir, a las que están todavía en curso de ejecución.

La primera crítica de Rivera a la forma en que nuestra legislación adopta el modelo de Roubier es que el art. 7 del CCyC arroja demasiadas soluciones y es, por lo tanto, insuficiente para resolver la gran cantidad de problemas interpretativos que pueden surgir cuando se aplica a un problema en particular. Si bien está claro que aplicación inmediata

tiene un límite -que la situación jurídica esté “consumida”, en términos de Roubier- , no está claro qué es necesario para que esto suceda, pues el art. 7 no dice nada acerca de esto.

Para demostrar esto analiza el clásico ejemplo que ha discutido anteriormente la doctrina argentina, el del mutuo. Si una persona se obliga a devolver un préstamo en cinco cuotas pagando una tasa de interés del 10% y, cuando ya han vencido tres cuotas (de las cuales dos han sido pagadas y una está vencida pero no pagada), entra en vigencia una ley que reduce la tasa de interés al 6%: ¿Qué efectos tiene esa ley sobre el contrato entre estas dos personas?

Rivera enumera varias posibles respuestas:

1) López de Zavalía (LL135-1465) argumenta que esa ley no se debería aplicar a ninguna de las cuotas pues sería como volver hacia atrás en la constitución del contrato.

2) Si se aplica la nueva ley a las cuotas no vencidas y además a las ya vencidas, habría una aplicación retroactiva, pues se afectaría un derecho de propiedad constitucionalmente amparado, el de propiedad.

3) Si se aplica a las cuotas vencidas pero no pagadas, tesis que según Rivera es apoyada por Kemelmajer de Carlucci, la aplicación de la nueva ley sería retroactiva, pues la cuota ya era exigible antes de la entrada en vigencia de la ley nueva. Como desarrollaremos luego, Rivera malinterpreta el primer texto de Kemelmajer en este sentido.

4) Si se aplica únicamente a las cuotas no vencidas, interpreta Rivera, se cumple con el mandato del art. 7, pues se le da efecto inmediato de la nueva ley sin afectar las cuotas pasadas.

En el mismo sentido, ejemplifica con un caso de una persona divorciada bajo el antiguo código que tiene -por sentencia judicial- derecho de alimentos contra su ex cónyuge. Dado que este derecho no está previsto por el CCyC, ¿perdería entonces el derecho a alimentos? Rivera entiende que no, pues se trata de una relación jurídica constituida válidamente bajo el sistema anterior, y por lo tanto se ha incorporado a su patrimonio, que está amparado por la garantía constitucional de la propiedad.

Sin perjuicio de esto, Rivera también critica a Kemelmajer porque enfoca el asunto desde el art. 7, cuando en realidad lo importante no tanto como se aplica la norma de derecho transitorio, sino como se aplica la norma de fondo nueva.

Por ejemplo, dice Rivera, en un contrato previo al 1 de agosto de 2015 en el que el deudor se haya obligado a devolver un mutuo en dólares la cuestión a discernir es si el deudor puede cumplir en moneda nacional lo que se obligó a pagar en moneda extranjera. Dado que la norma de derecho transitorio no dice nada acerca de cómo aplicar la nueva norma y como aplicarla a las relaciones jurídicas preexistentes, la norma es insuficiente, dice Julio C. Rivera.

El argumento principal de Rivera es que cuando se aplican normas nuevas a hechos pasados, el derecho pierde su función de guía de la conducta de las personas. Las

expectativas generadas por el derecho vigente en un momento dado generan incentivos para que las personas actúen conforme a ellas. Cuando el juez decide aplicando nuevas normas genera, arbitrariamente, ganadores y perdedores, pues las partes no tuvieron oportunidad de defenderse bajo las nuevas normas aplicables al caso. Por esto, explica Rivera, es muy habitual en el derecho comparado que se dicten leyes que intenten disminuir los daños o las posibles injusticias generadas por estas situaciones.

Asimismo, con respecto al argumento de que la decisión de qué ley es aplicable es una cuestión de derecho, y por lo tanto el juez debe aplicar la ley sin que las partes lo soliciten, Rivera replica que la forma en que Kemelmajer usa el argumento del principio *iura novit curia* encierra una contradicción: “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” (Rivera; 2015). Por lo tanto, como la nueva ley no estaba vigente aún, las partes no pudieron haber encuadrado su caso bajo estas nuevas normas, y por lo tanto tampoco está habilitado el juez a aplicarlas.

Rivera se respalda en Bidart Campos (2001) y en importantes procesalistas (Lino Palacio, entre otros) para apoyar su tesis de que la relación procesal entre dos partes es una relación jurídica que queda consumida al momento de la traba de la litis, lo que obliga al juez a ceñir su sentencia a lo que las partes pidieron. Según el reconocido constitucionalista,

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 aquella ocasión, descartando la ulterior que sobreviene entre la litis trabada y la decisión judicial. La Corte Suprema tiene resuelto (...) 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. (p.360)

Es decir que las leyes de orden público solo pueden aplicarse retroactivamente si la propia ley lo dispone, pues la regla de la retroactividad está dirigida hacia los jueces y no hacia el legislador, que en principio tiene vedada la retroactividad únicamente en materia penal.

En definitiva, por estas razones a los juicios en trámite no se les deben aplicar las nuevas leyes, pues la traba de la Litis consume la relación jurídica entre dos partes al iniciar un proceso judicial.

Rivera contesta los ejemplos de Kemelmajer para terminar de explicar su argumento.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Como veremos más adelante, por un malentendido entre los principales autores del debate, las discrepancias, que al principio parecen enfrentar a las dos posturas radicalmente, en la práctica se reducen a un escaso número de casos.

1- Derecho del Consumidor: Rivera argumenta que el ejemplo tiene poca fuerza explicativa como ejemplo de una sentencia de primera instancia que no consume la situación jurídica, porque es un caso particular en el que se brinda protección a una parte vulnerable. Rivera parece argumentar que cuando una de las partes del negocio es un consumidor, el principio de defensa en juicio cede en favor de la situación de vulnerabilidad del consumidor y, por lo tanto, es aceptable que la situación jurídica no se considere consumida con la sentencia de primera instancia. También agrega que aún en los casos de derecho del consumo, la nueva ley supletoria más favorable al consumidor sigue teniendo como límite los derechos de la otra parte del negocio, es decir que las cuotas ya pagadas no pueden ser alteradas.

Adicionalmente, y para demostrar la complejidad del asunto, Rivera dice que no está para nada claro si, en un contrato de partes iguales, la aplicación de la norma significa solamente que las cuotas vencidas/intereses vencidos y ya pagados no pueden ser modificados, o si además significa que los intereses todavía no pagados son inmunes a la nueva ley. Aunque Rivera no adhiere con esta última postura –la de López de Zavalía- reconoce que hay argumentos fuertes para sostenerla.

2- Accidente de tránsito: por los mismos argumentos que en el caso anterior, si una nueva ley cambia la tasa de interés que se aplica al caso, esta debería aplicarse únicamente a los intereses generados a partir de la entrada en vigencia de la norma en cuestión; Rivera entiende que, a diferencia de Kemelmajer que aplicaría la nueva ley a los intereses devengados, los periodos ya pagados y los que ya están devengados pero todavía no se pagaron no deberían ser modificados por la nueva ley.

3- Divorcio: una sentencia que no se expide sobre lo que las partes alegaron y probaron, no respeta el principio de congruencia, lo que constituye un típico ejemplo de sentencia arbitraria en términos de la doctrina de la CSJN.

### **La contrarréplica de Kemelmajer (02/06/2015)**

En su primera respuesta, Rivera recapitula mal la tesis del primer artículo de Kemelmajer cuando dice “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.” (Rivera, 2015, p.3). La autora explicaría en un artículo posterior que ella no sostiene que la nueva ley deba aplicarse a absolutamente todas las causas en trámite sino que, independientemente de la instancia en la que esté el caso, debe aplicársele el

sistema de derecho transitorio. Luego, en virtud de este sistema, se debe verificar lo siguiente:

- 1) si la situación jurídica y sus consecuencias están agotadas o no;
- 2) si las normas en juego son imperativas o supletorias;
- 3) si hay una norma más favorable al consumidor o no.

El contraejemplo que la autora ofrece para demostrar que ella no sostiene que en todos los casos debe aplicarse la ley nueva es el siguiente: si antes de agosto de 2015 ocurre un hecho ilícito que causa un daño, la relación jurídica esta consumada bajo el viejo código. Por lo tanto, independientemente de si el juicio se inició o no, y de la etapa en que pueda encontrarse el expediente, a esa relación jurídica debe aplicársele el Código Civil. Con respecto a los intereses, la autora aclara que si la norma tiene origen legal y es imperativa, se aplica inmediatamente, es decir, no incluye las cuotas pagadas ni las devengadas (estén pagadas o no).

Esclarecido ese punto, Kemelmajer de Carlucci hace conocer sus contraargumentos para los principales puntos señalados por Rivera. En primer lugar, critica los ejemplos que Rivera da para demostrar que la norma puede dar lugar a absurdos.

Ejemplo de derecho de alimentos: Kemelmajer señala que según la teoría de Roubier los alimentos son una consecuencia de la extinción de la relación jurídica que es el divorcio. Por lo tanto, las consecuencias ya agotadas de los alimentos reconocidos bajo la ley anterior quedan firmes, pero no así las consecuencias posteriores a la nueva ley. Adicionalmente, cita un fallo de Corte (Fallos: 315:850) en el que se establece que la cosa juzgada no siempre se mantiene inmutable en casos de prestaciones alimentarias, por lo que la obligación del deudor de mantener esta prestación puede desaparecer si así lo manda la nueva ley.

En tercer lugar, el nuevo Código le da al alimentado la opción de pedir alimentos previstos por el art. 434 inc b) del CCyC, por lo que no queda totalmente desamparado.

Con respecto al ejemplo de obligaciones en moneda extranjera, la autora lo descarta sin discutir la cuestión de fondo, pues no le parece un buen ejemplo para discutir el problema del derecho transitorio, ya que depende de la interpretación que los jueces hagan del art. 765 CCyC.

En segundo lugar, ataca el postulado de que la traba de la Litis consume una relación jurídica. Los argumentos son los siguientes:

- 1) La traba de la litis no agota la situación jurídica, por ejemplo, en las leyes de salud mental. Si el proceso para declarar a una persona como incapaz es comenzada antes de la entrada en vigencia del código nuevo, el juez debería, no obstante la traba de la Litis, declarar cuales son los actos que puede realizar, como manda la nueva ley, y no simplemente declararla insana.



2) En el mismo sentido que el ejemplo anterior, las sentencias de divorcios son otra excepción al agotamiento de una situación jurídica con la traba de la Litis, pues la sentencia judicial es constitutiva de derecho (art. 435 inc. C del CCyC). Esto significa que es la sentencia de divorcio la que consume la relación jurídica. La autora explica que el hecho de que la sentencia sea constitutiva de derecho, y tenga por lo tanto efectos retroactivos con respecto al momento en que se interpuso la demanda o en que los cónyuges se separaron de hecho, no afecta la regla de que la sentencia sea constitutiva de derecho. Finalmente que algunas consecuencias patrimoniales se regirán por el Código Civil (deudas concurrentes contraídas en antes de Agosto 2015), y otras por el nuevo código (recompensas que deben ser evaluadas en la liquidación de la sociedad conyugal).

3) Las sentencias de CSJN en las que se basa Bidart Campos para defender el postulado en cuestión siguen la teoría de los derechos adquiridos y la posibilidad de aplicar retroactivamente las leyes de orden público, teoría dejada de lado con la ley 17.711.

En tercer lugar, Kemelmajer relativiza el argumento sobre el principio *iura novit curia* y la violación del principio de congruencia. Ella sostiene que no tiene sustento la afirmación de Rivera sobre que el principio *iura novit curia* habilita al juez a decir el derecho sólo en casos de normas que estaban vigentes al momento de la traba de la litis pero que las partes no invocaron. La razón es que la traba de la litis “no siempre agota una relación sustancial; más aún, normalmente, no produce ese agotamiento, pues las figuras procesales, sin que esto disminuya su importancia, son, por lo regular, un instrumento para el ejercicio del derecho sustancial y, por lo tanto, no lo transforma ni modifica” (Kemelmajer de Carlucci, 2015, p.5). La autora parece estar diciendo que la preclusión procesal cede ante la acaecimiento de la nueva norma de fondo, pues la norma procesal es solo un medio para resguardar el derecho sustancial.

Con respecto al principio de congruencia y al derecho de defensa en juicio, la autora indica que en el derecho de familia, este principio se ve flexibilizado. Con cita a un Plenario en el que los jueces no decretan el divorcio porque las partes no dejaron constancia expresa en el expediente de que estaban separados de hecho sin voluntad de unirse, Kemelmajer explica que en el derecho de familia se debe buscar la paz familiar: una sentencia que, después de años de litigio y conflicto, deja a las partes en el mismo lugar en el que estaban cuando comenzaron a litigar contraría este principio.

### **La contra respuesta de Rivera (17/06/2015)**

Posteriormente al recién mencionado artículo de Kemelmajer, Rivera ha publicado dos artículos (uno en junio y otro en julio; ambos en el 2015) cuyos argumentos son similares, por lo que serán integrados en esta sección.

Primero, Rivera retoma lo decidido en la acordada-plenario de la Cámara de Trelew para rebatir el argumento de Kemelmajer sobre la postergación de la aplicación sin bases

legales del nuevo código por parte del tribunal de Chubut. Rivera intenta dotar de una base legal a la decisión del tribunal mediante los primeros dos artículos del CCyC. El art. 2 del CCyC manda a hacer una interpretación legal “de modo coherente con todo el ordenamiento”, y el art. 1 establece como fuentes a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina. Mediante estos dos artículos Rivera argumenta que la aplicación inmediata de las nuevas normas debe ser sin afectación de garantías constitucionales. Luego agrega que así como las leyes retroactivas pueden ser inconstitucionales, también puede serlo el efecto inmediato. Rivera recuerda un ejemplo dado por Borda: si una ley aboliera el derecho de propiedad a partir de mañana, si bien la ley no sería retroactiva (sino de efecto inmediato), no obstante sería patentemente inconstitucional.

Esto es lo que sucedería por ejemplo, si se tiene en cuenta el ejemplo de derecho de alimentos previamente mencionado. Rivera critica la solución de Kemelmajer (permitir que se reclame la cesación de esta obligación si ya se hubieren dado alimentos por mas años de los que duró la relación) ya que se viola el derecho de propiedad del cónyuge. Por otro lado, en el nuevo código la obligación de dar alimentos entre cónyuges procede únicamente en supuestos excepcionales y por tiempo limitado, porque el legislador optó por prescindir de la atribución de culpa en los divorcios y en cambio introdujo un el instituto de la compensación económica, que responde a factores objetivos y no a causales subjetivas. Si se tiene en cuenta esto, argumenta Rivera (2015b), la solución de Kemelmajer sera contradictoria, pues “se daría la paradoja de que el cónyuge declarado inocente por sentencia firme se vería privado de los alimentos, el culpable liberado de ellos; y a la vez el inocente no tendría derecho a reclamar la compensación económica”(p.7).

Segundo, Rivera explica que la teoría de los derechos adquiridos ha sido la primera teoría que intento darle solución al problema de la irretroactividad de la ley. La idea general es que una ley es retroactiva cuando afecta derechos adquiridos bajo el amparo de una legislación pasada, pero no cuando afecta meras expectativas o facultades. A grandes rasgos, la crítica a esta doctrina ha sido que de alguna forma u otra, todas las leyes nuevas afectan derechos adquiridos, y por lo tanto no es útil para discernir si una ley es retroactiva o no. Sin embargo, Rivera vuelve a una instancia anterior y argumenta que, como en el ejemplo de la ley que abole la propiedad privada, una ley puede no ser retroactiva y aun así ser inconstitucional. De alguna forma, lo que Rivera dice es que, más allá de si encajan o no dentro de la noción de derechos adquiridos, los ejemplos que él brinda son efectivamente casos en que se ven afectadas garantías constitucionales. Rivera ejemplifica de nuevo con un caso en el que estas dos nociones se superponen: Si una empresa recibe una concesión por veinte años para realizar la explotación de una determinada actividad, pero luego de un año se sanciona una ley impositiva que cambia sustancialmente la rentabilidad del negocio, esa ley puede no tener efectos hacia el pasado, y aun así afectar expectativas legítimas

de la empresa que deriven en inconstitucionalidad, pues para realizar la explotación de la actividad necesita realizar inversiones y ponderar si el negocio es conveniente o no. Como dijo la CSJN en el fallo “Horta c/ Harguiguy” (Fallos, 137:47, 1922) “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 “ (...) desde el momento que la aplicación de la ley da por resultado una privación de propiedad, su validez ya no es cuestión de grado.” (Fallos 137:47)

Tercero, Rivera señala que la doctrina de Roubier es compleja y contiene tanto múltiples excepciones al principio de aplicación inmediata de la ley como contradicciones en la casuística que usa para ejemplificar. Para demostrar esto, Rivera vuelve al clásico ejemplo en el que una ley establece una nueva tasa de interés a un contrato anterior a la ley. Rivera aclara que la aplicación inmediata de esa ley que reduce la tasa del interés moratorio sería solamente coherente con el resto de la teoría de Roubier si la obligación que da causa a ese interés surge de un hecho ilícito o surge de un contrato en el que las partes se hayan remitido a una tasa legal. Rivera entiende que la única forma de dar coherencia a la teoría de Roubier en lo que respecta a contratos en curso de ejecución, es que los contratos no puedan ser alterados por una ley posterior, independientemente si la ley es de orden público o no. Por esto, si las partes pactaron una tasa de interés, esta no puede ser modificada luego por una ley.

Cuarto, a Rivera le preocupa que si permitimos que nuevas leyes se apliquen a procesos preexistentes, algunos procesos en los que estén involucrados actores que tengan peso importante sobre la política, se terminen por un decreto o por una ley (nacional, provincial o municipal) y no por una sentencia judicial. Si el intendente de algún municipio o el Estado Nacional tienen algún juicio complicado, podría conseguir que se sancione una ley que cambie el resultado del proceso. Aparentemente lo que inquieta a Rivera es que al aceptar la doctrina que propone Kemelmajer, se generen incentivos para que se manipule el resultado de los juicios, de cierta forma evadiendo la garantía que tienen todos los ciudadanos de ser tratados como iguales en un tribunal de justicia.

### 3- Otros Doctrinarios

Para explicar y complementar los puntos más discutidos en la sección anterior, en esta sección se desarrollaran algunos argumentos adicionales de otros doctrinarios.

#### Los casos en que la sentencia es constitutiva de derecho

El jurista Héctor Leguisamón ha alineado su postura con la de Julio Rivera en cuanto al caso del divorcio anteriormente discutido, aunque ha agregado nuevos argumentos a la discusión. El autor ataca el axioma del argumento presentado por Kemelmajer: que la sentencia judicial es constitutiva de derecho según el art. 435 del CCyC. Leguisamón argumenta que esa premisa no es completamente verdadera, pues tanto las sentencias constitutivas como las de condena tienen necesariamente un componente de declaración, pues antes de constituir la nueva situación jurídica (el nuevo estado filiatorio o el nuevo estado civil, por ej.), deben declarar la existencia del derecho invocado. De la misma forma en que lo haría en una sentencia de *condena* (un accidente de tránsito, por ejemplo), en el juicio de divorcio el juez debe declarar cuál el derecho de las partes según la ley vigente al momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar a las causales de divorcio. Esta es justamente la diferencia entre las sentencias constitutivas y las sentencias meramente declarativas, cuya única función es terminar con el estado de incertidumbre sobre algún derecho. Como consecuencia de que la premisa es falsa, explica Leguisamón, el argumento de Kemelmajer de Carlucci también debe ser falso. Si se admite lo contrario, el juez podría declarar el divorcio sin tener en cuenta las causales invocadas, lo que sería una violación al principio de congruencia y al principio de irretroactividad establecido por el art. 7 del CCyC.

En el mismo sentido, el autor agrega que cuando se solicita la nulidad de un matrimonio, sentencia que también tiene naturaleza constitutiva, el juez debe evaluar las causales invocadas según la ley que regía al momento en que dichos hechos se produjeron.

Además, el autor equipara el caso del accidente de tránsito con en el caso en que alguna de las partes del divorcio haya pedido una indemnización por daño moral: el juez debe aplicar también en este último caso la ley vigente al momento en que se produjeron los hechos que dieron lugar al daño moral.

Por otro lado, de la misma forma que Kemelmajer, Carolina Dell' Orefice y Hernán V. Prat (2015) identifican a la naturaleza de la sentencia como a un elemento importante para resolver el problema de la ley aplicable: si la sentencia es constitutiva “debe aplicarse la ley que rige al momento del dictado de la sentencia, en cambio sí solamente declara o reconoce un derecho (como por ejemplo, el carácter de heredero en una sucesión) debe regirse por la ley del suceso o del hecho que origina tal derecho.”

### **¿La traba de la litis constriñe la facultad del juez de decir el derecho?**

Ariel Macagno se alinea a la postura de Kemelmajer de Carlucci en cuanto al carácter formal que tiene el art. 7., y en cuanto a la irrelevancia de los actos procesales a efectos de entender el sistema de derecho transitorio argentino. Al igual que Kemelmajer, opina que la norma no regula la realidad de forma directa sino que es una norma de colisión que sirve únicamente para ayudar a verificar qué ley se aplica. Luego el autor explica que “Ni la interposición de la demanda, ni la traba de la litis, ni siquiera el dictado de la sentencia de primera instancia (mientras ésta no haya adquirido firmeza) detiene el transcurso de los hechos en el proceso, debiendo abordarse el problema de la aplicación de la ley en el tiempo al amparo de las reglas formales de derecho transitorio, donde ninguno de esos acontecimientos devienen en variable del sistema, el que descansa en la aplicación inmediata con el límite de la irretroactividad sobre la base de lo dispuesto en la norma del art. 7°, ley 26.994 (en adelante: CCyCN.)” (Macagno, 2015, pág. 2) Macagno argumenta en contra de la doctrina que opina que el vínculo procesal que hay entre las partes que litigan es una relación jurídica procesal que consume la situación, dado que el acaecimiento de los hechos no se detiene por hecho de que las partes planteen actos procesales en el marco de un proceso judicial. Si admitimos lo contrario, argumenta, el resultado es la contradictoria situación en la que dos titulares de una situación o relación jurídica puedan quedar gobernados bajo distintas normas según si se plantea la demanda antes o después del cambio de legislación. Como ha explicado el reconocido jurista Jorge Llambías, “la teoría anteriormente mencionada desinterpreta la expresión “consecuencias”, pues esta se refiere a contingencias de hecho derivadas de los acontecimientos anteriores, que constituyen su causa o antecedente.” Dado que el diccionario define al término “consecuencia” como a un “hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”, Llambías argumenta que la modificación del régimen legal aplicable no es una consecuencia fáctica del hecho sobre el que versa la contienda (Llambías, 1982, pág. 145).

### **Contratos previos a la entrada en vigencia del CCyC y nuevas leyes más favorables para el consumidor**

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que a los contratos anteriores al CCyC no se les debe aplicar a las nuevas normas supletorias. López de Zavalía ha planteado que a los contratos en curso de ejecución no se les debería aplicar ni siquiera las normas imperativas, ya que sería como volver sobre su constitución, lo que tornaría a esa aplicación en retroactiva. Héctor Leguisamón ha usado ese mismo argumento y ha ido aún más allá, postulando que si una nueva norma establece una reducción del precio de un electrodoméstico comprado en cuotas, a las cuotas todavía no vencidas no se les debería poder aplicar esa reducción, pues se estaría modificando el precio, que es parte de una relación jurídica consumida al momento de la compra.

Aunque no es la idea de este trabajo argumentar sobre la creciente amplitud del concepto de consumidor y de relación de consumo en los últimos años, si consideramos que puede llegar a plantearse el problema de nuevas normas que incluyan nuevas situaciones, sujetos o supuestos dentro de estos conceptos, transformando en una relación de consumo a una relación que antes era entre iguales.

Por ejemplo, si se considera los contratos bancarios, Mazzinghi (2015) explica que la ley 26.361 cambió la redacción de la definición de consumidor en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, sustrayendo la expresión que exceptuaba a "...quienes adquieran, almacenen, utilizan o consuman bienes o servicios para integrarlos con procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Gracias a esta modificación una corriente de la doctrina empezó a considerar que el cliente bancario, independientemente de si es una persona física, una PyME o una empresa multinacional, es un consumidor, pues estaría contratando como destinatario final. Mazzinghi, junto a otros doctrinarios, se han pronunciado en contra de esta postura, ya que 1) el art. 1379 del CCyC exige que los bancos informen si la operación es de cartera de consumo o a la cartera comercial, distinción que el legislador ha incluido para distinguir entre consumidores y empresas; 2) la Comunicación "A" 5460 del BCRA ("Protección de los usuarios de servicios financieros") incluye a los siguientes sujetos: "personas físicas y jurídicas que *en beneficio propio o de su grupo familiar o social* y en carácter de destinatarios finales hacen uso de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados que se enuncian en el punto 1.1.2...".

Sin perjuicio de esto, Mazzinghi reconoce que en el caso de los contratos bancarios de consumo, la entrada en vigencia del CCyC obliga a los bancos a adaptar los contratos en curso de ejecución según las nuevas formalidades requeridas por la ley. Entre otros, se le exige a los bancos precisar de forma clara en las publicidades "la tasa de interés y si es fija o variable; las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación; y el costo financiero total en las operaciones de crédito".

La sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto recientemente un caso en el que se sucedieron dos definiciones de consumidor en el tiempo. En 2002, una persona compró una bicicleta usada cuyo cuadro tenía un defecto de fábrica y demandó a la sociedad que importaba esas bicicletas. La ley vigente a ese momento era una versión de la Ley 24.240 que no consideraba consumidor a quien compraba un producto usado por ser una relación entre iguales. En la sentencia de primera instancia se falló con esa misma ley pero reformada por la ley 26.361, en la que si se incluía dentro del concepto de consumidor a quienes estaban expuestos de alguna forma a una relación de consumo. Por último, la Cámara tuvo que decidir cómo aplicar el art. 7, pues el CCyC ya había entrado en vigencia. Se decidió aplicar el Código Civil al caso, pues se trataba de una situación jurídica agotada en 2002, cuando la ley preveía que no entraban dentro de la esfera de protección del consumidor los contratos realizados entre consumidores para vender y comprar cosas usadas. Como surge del caso, el criterio del art. 7 CCyC para aplicar las normas más favorables a los consumidores solo debe utilizarse

para los contratos en curso de ejecución, y no para hechos pasados, ya agotados bajo otras leyes. Paula Arias (2016) ha criticado esta solución por considerar que la redacción del concepto de consumidor tal cual está escrito hoy en día (“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”) estaba implícita cuando sucedieron los hechos del caso, pues la garantía el art. 42 de la Constitución Nacional no exige que exista un contrato para que haya relación de consumo. Dado que las garantías de la Carta Magna son plenamente operativas, el hecho de que el comprador de esa bicicleta usada se haya visto expuesto a la fabricación defectuosa, ya le permite ampararse en la Ley de Defensa del Consumidor.

### **La inserción del Código Civil y Comercial dentro del paradigma Constitucional y Convencional**

El autor Andrés Gil Domínguez ha argumentado que a pesar de que el art. 7 CCyC replica el sistema de derecho transitorio usado en el art. 3 del CC, el sistema de fuentes ha cambiado sustancialmente. Mientras que el Código de Vélez respondía a un paradigma de Estado legislativo de derecho, el nuevo CCyC responde al paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho. No solo el art. 1 del CCyC predica que los casos regidos por el Código serán resueltos conforme a la normativa constitucional, sino que el codificador decidió en muchos casos dejar de lado las reglas –generales y aplicables para todos los casos, en las que el juez debe subsumir los hechos- para dar lugar a principios y estándares, normas sensibles a las particularidades de cada caso.

En este contexto, el autor entiende que para interpretar el art. 7 es necesario mirar menos la tradicional doctrina civilista y mucho más a la Constitución Nacional y a los tratados de Derechos Humanos. A su entender, de la misma forma en que aplicarían la norma más favorable al consumidor en las relaciones de consumo en los contratos en curso de ejecución, los jueces tienen el deber de aplicar la norma que mayor tutela constitucional y convencional otorgue a la persona respecto de las normas de transición. En el mismo sentido, el autor argumenta que el principio *iura novit curia* no puede seguir respondiendo de forma únicamente legicentrista, sino que ahora también obliga al juez a incorporar al caso -de oficio- disposiciones relativas a las fuentes anteriormente mencionadas. Algunas de las cuestiones que el magistrado debe tener en cuenta son la garantía del derecho a la libertad de intimidad, el interés superior del niño, la protección de la familia ampliada, la protección del más débil, la no progresividad tuitiva y el derecho a la no discriminación.

### **Una dimensión sistémica del debate**

A pesar de que no se profundizará en este punto, cabe destacar que la discusión sobre el problema de la aplicación de la ley en el tiempo ha trascendido el ámbito de los

casos prácticos para transformarse en una discusión sobre el ordenamiento jurídico argentino en su totalidad.

El juez Ariel Macagno reprodujo en un artículo reciente un argumento de Llambías, quien percibió a este problema como una tensión que enfrenta a dos valores jurídicos: seguridad y justicia (Llambías en Macagno, 2015). Con “seguridad” se refiere al mantenimiento de la vigencia de los derechos nacidos bajo la ley antigua; con justicia, se refiere a la necesidad de aplicar el nuevo estatuto legal lo antes posible, pues por ser nuevo se presume más justo que el anterior, como una suerte de actualización de la voluntad del pueblo. El deber del juez es perseguir ambos objetivos con equilibrio, ponderando según el caso. En la misma línea de pensamiento, Junjent Bas, lo ve también como una tensión entre el progreso del ordenamiento jurídico, por un lado, y la necesidad de que se respeten situaciones jurídicas ya constituidas, por el otro.

Kemelmajer de Carlucci ha agregado a la discusión que la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo “tiene un evidente matiz político: unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones. La evidencia indiscutida de este aserto es el gran debate que tuvieron dos maestros de nuestro derecho civil: Guillermo Borda y Joaquín Llambías. El primero quería abrir los casos de aplicación inmediata de la ley 17711; el segundo, declarado contradictor de la reforma de 1968, hizo todo lo posible por diferir su aplicación.” Adicionalmente, Kemelmajer de Carlucci ha criticado a Julio Cesar Rivera por desconfiar de la “buena tradición judicialista” de nuestro país (Kemelmajer, 2/6/2015, pág. 3), ya que éste había proclamado que era una “espantosa irresponsabilidad” (Rivera, 2015 a, pág.8) dejar en manos de los jueces la pesada tarea de resolver la gran cantidad de problemas que iba a generar el art. 7, una norma que no es lo suficientemente útil para la magnitud del problema, a su modo de ver.

Por otro lado, Rivera ha contestado que no está en contra de la reforma y tampoco desconfía de los jueces argentinos. Su argumento es que los problemas generales deben resolverse por medios generales, es decir, legislando, y no de forma difusa (mediante sentencias judiciales). Si la gran cantidad y diversidad de problemas que pueden surgir de la aplicación del nuevo CCyC se resuelven mediante sentencias, la litigiosidad aumenta, y se ven afectadas la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. A su modo de ver, pueden pasar varios años hasta que la jurisprudencia tenga un criterio unificado sobre cómo resolver cierto problema, y hasta que eso ocurra se es probable que casos similares sean tratados de forma desigual dependiendo el criterio del tribunal del que se trate. Si el problema se resuelve por vía legislativa, mejora la predictibilidad y el trato igualitario del ordenamiento jurídico en su totalidad.

**Las tres principales posturas frente al problema de las situaciones jurídicas preexistentes a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial**



A excepción de lo dicho por la Cámara de Apelaciones de Trelew, el resto de las posturas estudiadas hasta ahora están de acuerdo en que para leer el art. 7 CCyC hay que tener en cuenta los escritos de Roubier. Sin embargo, los doctrinarios han diferido sobre en cuanto a la aplicación práctica de esta teoría en algunos casos, y han coincidido en otros. A modo de síntesis, las siguientes serían las principales posturas estudiadas hasta el momento:

- A) Doctrina negacionista (Cámara de Apelaciones de Trelew): el nuevo Código no se debe aplicar a las sentencias en trámite en ningún caso. A pesar de que este tribunal no ha dicho nada acerca del resto de las situaciones jurídicas que no estaban en juicio cuando entro en vigencia el CCyC (contratos en ejecución, sentencias en curso de cumplimiento, etc.), es fácil imaginar que se hubieran pronunciado en contra de la aplicación de la nueva ley a dichas relaciones jurídicas. De la misma forma, López de Zavalía (aunque no se pronunció sobre la situación de los juicios en trámite en su momento) podría ser incluido en esta categoría, pues ha planteado que a los contratos en curso de ejecución no se les debería aplicar ni siquiera las normas imperativas, ya que sería como volver sobre su constitución, lo que tornaría a esa aplicación en retroactiva.
- B) Doctrina mayoritaria (Kemelmajer de Carlucci, Junyent Bas, Ariel Macagno, Graciela Medina, entre otros): para la autora el juez tiene la facultad de aplicar la nueva norma de forma inmediata en los casos que la ley manda, es decir, de hechos que no tuvieron la fuerza legal suficiente para transformarse en una situación jurídica bajo la ley anterior, y de consecuencias posteriores a la nueva ley. A pesar de que en casos de derecho transitorio el enfoque de Kemelmajer está construido bajo la idea de que el principio *iura novit curia* prima por sobre el derecho de defensa de las partes –lo opuesto a lo que defiende Rivera- hay casos en que ambos autores resolverían de forma similar. Esos ejemplos son los del accidente de tránsito y derecho del consumo. Para ambos autores el accidente se debe juzgar según la ley vigente a ese momento, pero las consecuencias no consumidas de esos hechos posteriores al 1/8/15 (intereses moratorios, por ejemplo) se deberán juzgar bajo la nueva ley.
- C) Doctrina minoritaria (Rivera, Leguisamón): aunque admite ciertos aspectos de la teoría de Roubier, esta doctrina hace hincapié en el derecho de defensa en juicio, en el caso de los juicios en trámite, y en la inalterabilidad de los derechos adquiridos. Las principales diferencias practicas con la doctrina de Kemelmajer son el caso de divorcio, en el que según Rivera la Cámara debe resolver según la ley vieja, y el caso de la sentencia en ejecución de derecho de alimentos, en el que ese derecho es parte de la propiedad del cónyuge al que le fueron

reconocidos los alimentos, y es por lo tanto un derecho amparado por una garantía constitucional.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que a los contratos anteriores al CCyC no se les debe aplicar a las nuevas normas supletorias. López de Zavalía ha planteado que a los contratos en curso de ejecución no se les debería aplicar ni siquiera las normas imperativas, ya que sería como volver sobre su constitución, lo que tornaría a esa aplicación en retroactiva. Héctor Leguisamón ha usado ese mismo argumento y ha ido aún más allá, postulando que si una norma establece una reducción del precio de un producto comprado en cuotas, a las cuotas todavía no vencidas no se les debería poder aplicar esa reducción, pues se estaría modificando precio, que es parte de una relación jurídica consumida al momento de la compra.

Habiendo planteado argumentos de algunos de los casos más discutidos en este tema, a continuación se plantearán algunos casos adicionales (planteados por la doctrina pero no resueltos) y se procederá a intentar dar soluciones según las distintas posturas desarrolladas.

1) Obligaciones en moneda extranjera: Un fallo reciente de la sala "F" de la Cámara de Apelaciones en lo Civil ha establecido que el art. 765 del CCyC no es de orden público. En consecuencia tanto como para Rivera como para Kemelmajer esta norma no afecta a los contratos en ejecución previos a la entrada en vigencia del CCyC. Sin embargo, si la obligación de dar una suma de dinero en moneda extranjera ha sido contraída en el marco de una relación de consumo, esta nueva norma sí podría considerarse aplicable en tanto norma supletoria más favorable para que el consumidor se libere de su obligación.

2) La situación de las personas declaradas incapaces bajo el derecho derogado.

Bajo las ideas de Kemelmajer la situación de una sentencia en ejecución de esta naturaleza se debería rever a la luz de las nuevas normas incorporadas por el CCyC, por el principio de aplicación inmediata incluido en el art. 7 CCyC. Bajo la postura de Rivera estimo que también se revería la situación de esa persona, sobre todo teniendo en cuenta que el nuevo Código prevé normas menos restrictivas de la autonomía de la persona incapaz, es decir, habría una ampliación de derechos tutelados por garantías constitucionales.

4) Contratos internacionales que involucren relaciones de consumo: tanto Kemelmajer como Rivera, por aplicación del último párrafo del art. 7, aplicarían de forma inmediata la nueva norma más favorable al consumidor. Por otro lado, Leguisamón argumentaría que si la norma afecta cuestiones como el precio, no se debería aplicar pues se estaría aplicando retroactivamente la ley en tanto se estaría volviendo sobre la constitución del contrato. A nuestro modo de ver, si las nuevas normas favorables al consumidor exigen obligaciones meramente formales similares a las nuevas normas que se

exigen para los contratos bancarios, es razonable que el contrato deba revisarse. Por otro lado, si la regulación vuelve sobre alguna cuestión esencial del contrato –que sea crucial en la decisión de contratar o no contratar- como el precio, aplicar la nueva normativa podría afectar el derecho de propiedad de los contratantes.



Universidad de  
**San Andrés**

## **Conclusiones**

A pesar de que el sistema de derecho transitorio argentino tiene casi cincuenta años de práctica y de que tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido como leer y aplicar la norma, sus implicancias se continúan discutiendo hasta el día de hoy. La compleja naturaleza del problema es probablemente la principal razón. Aunque no ha sido desarrollada de forma profunda en este trabajo, la discusión atraviesa cuestiones fundamentales de cualquier Estado de Derecho como el rol de los jueces a la hora de aplicar la ley, los límites del legislador a la hora de sancionar nuevas normas o la eficacia de las soluciones judiciales para resolver problemas generales que afectan a una gran parte de la población.

Como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo, no basta con una fórmula doctrinaria para agotar el asunto de la eficacia temporal de la ley. Si bien la teoría de Roubier ofrece pautas generales muy útiles para un gran número de casos, para resolver un caso en particular hay que tener en cuenta una variedad de factores: si las normas en juego son de orden público o supletorias; si hay alguna disposición específica en juego (como sucede en los casos de defensa del consumidor y prescripción); para los casos de juicios en trámite si la sentencia tiene naturaleza constitutiva de derecho o es meramente declarativa (como se da en los casos de divorcio o sentencia relativa a la capacidad); en los casos de sentencias en curso de ejecución (como el caso de la persona declarada incapaz bajo el CC), si existe una solución menos restrictiva de los derechos individuales a la luz del nuevo código que amerite rever esa sentencia; si hay una vulneración o no a algún derecho amparado por garantías constitucionales. Por todos estos factores, los jueces deberán resolver cada caso según sus particularidades, asumiendo la responsabilidad de fundamentar las soluciones de modo que sean lo más coherentes posibles con el ordenamiento jurídico en su totalidad.

## Bibliografía

- Arias, María Paula (2016). “La eficacia temporal de las normas consumeriles sobre responsabilidad por daños”. *LA LEY*. Revista CCyC 2016 (febrero), 05/02/2016. Cita Online: AR/DOC/94/2016
- Berger, Sabrina M. “Eficacia temporal de las leyes: art. 7 Código Civil y Comercial”. *LA LEY*. Sup. Doctrina Judicial Procesal 2015 (noviembre). Buenos Aires 09/11/2015.
- Borda, Guillermo. “Efectos de la ley con relación al tiempo”. ED 28-810
- Caramelo, Gustavo & Herrera Marisa & Picasso, Sebastián (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 1.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala F. “F., M. R. c/A., C. A. y Otros s/Consignación”. 19/8/2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H. “Trigueros, Raúl Omar c. Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios”. 2015-09-1. Cita Online: AR/DOC/94/2016
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 137:47. “Don José Horta contra don Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres”. 21/8/22.
- Dell' Orefice, Carolina y Prat, Hernán (2015). “La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio”. 1/10/2015. [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)
- Gil Domínguez, Andrés. “El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional” (2015). *LA LEY*. Revista CCyC 2015 (julio), 01/07/2015. Cita Online: AR/DOC/1952/2015
- Junyent Bas, Francisco A. (2015). “El derecho transitorio. A propósito del artículo 7 del Código Civil y Comercial”. *LA LEY*. (27/04/2015). Cita Online: AR/DOC/1360/2015
- Kemelmajer de Carlucci, Aida (2015). “La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina”. *LA LEY*. 03/08/2015. AR/DOC/2588/2015
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015 A). El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme. *LA LEY*. 22/04/2015. Cita Online: AR/DOC/1330/2015
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015 B). “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”. *LA LEY*. 02/06/2015. Cita Online: AR/DOC/1801/2015
- Peyrano, Jorge W. (2015). El Codex superveniens y su impacto sobre los juicios en curso Plenario de la Cámara Civil de Apelaciones de Trelew. *LA LEY*. 4/6/2015.
- Llambías Jorge J. (1982). *Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I*. Abeledo Perrot, Bs. As.

- Leguisamón, Héctor Eduardo (2015). "Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a un proceso en trámite". 26/05/2015. Editorial Albrematica S.A.: Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (Director) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1 Edición.
- López de Zavalía, Fernando J. "Irretroactividad de las leyes", LL 135-1485.
- Macagno, Ariel A. Germán (2015). "El derecho transitorio no admite soluciones unívocas y simplificadoras. Aplicación de la ley 26.994 a la controversia ventilada en un proceso en curso de ejecución". *LA LEY*. 28/08/2015. Cita Online: AR/DOC/2896/2015
- Mazzinghi, Marcos. Los contratos bancarios en el nuevo Código (2015). *LA LEY*. Revista CCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015. Cita Online: AR/DOC/4264/2015.
- Moiset de Espanés, Luis (1967). Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3º (Código Civil) (Derecho transitorio). Universidad Nacional de Córdoba.
- Rivera, Julio Cesar & Medina, Graciela (Directores) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. LA LEY. Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Rivera, Julio César (2015 A). "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso". *LA LEY* 04/05/2015. Cita Online: AR/DOC/1424/2015
- Rivera, Julio César (2015 B). "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas". *LA LEY* 17/06/2015. Cita Online: AR/DOC/1977/2015
- Rivera, Julio César (2015 C). "El Código Civil y Comercial: Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes". *El Dial.com*. 07/08/2015. Editorial Albrematica S.A. -Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Roubier, Paul. *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2a ed., París, Dalloz et Sirey.