



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 146.037

Número de orden:

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a dieciséis de febrero de 2016, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal y Abelardo A. Pilotti (la tercera vocalía se encuentra vacante), para dictar sentencia en los autos caratulados "Yacomella, Elisabet Sandra y otra contra Mondaca, Ana María sobre incidente de fijación y cobro de canon locativo" (expediente número 146.037) y, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Pilotti, resolviéndose plantear las siguientes

**CUESTIONES**

- 1) ¿Es válida la sentencia apelada, dictada a fs. 279/283?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**VOTACIÓN**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA**

**MARISCAL DIJO:**

I. En cuanto interesa para decidir la cuestión aquí planteada, las contendientes (Elisabet Sandra Yacomella, Alicia Silvina Yacomella -actoras- y Ana María Mondaca -demandada-) son coherederas de Jorge Yacomella, quien falleció varios años atrás, en cuyo patrimonio existía un inmueble rural que se transmitió por sucesión a las partes y hoy ocupa la

accionada Ana María Mondaca. A su respecto las actoras pretendieron la fijación y el cobro de un canon locativo. En su réplica, la demandada impetró que se le reconozca el derecho real de habitación vitalicio y gratuito que el art. 3573 bis del viejo Código Civil concedía al cónyuge supérstite.

El juez de primera instancia acogió la demanda y rechazó el derecho real de habitación invocado, aplicando el Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, entendiendo que subsumir la cuestión en el Código Civil derogado implicaría darle una ultra actividad improcedente.

II. Contra esa decisión se alzó la demandada a fs. 288, recurso que le fue otorgado libremente a fs. 289. Expresó sus agravios a fs. 295/301, en los que esencialmente se queja de que no se le haya reconocido el derecho real de habitación que le corresponde tanto por el art. 3573 bis del “ya hoy viejo” Código Civil, como por el art. 2383 del nuevo Código Civil y Comercial. La réplica luce a fs. 303/306.

III. El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia (art. 253 del Código Procesal Civil y Comercial) y, en la especie, corresponde invalidar el pronunciamiento de primera instancia por haber fallado con base en Derecho no vigente.

De conformidad con lo que resulta de la doctrina de esta sala sentada en los precedentes “Mangano” (causa 145.795 del 23/12/2015, registro n° 265) y “Zweedyk” (causa 145.994 del 02/02/2016, registro n° 01), resulta aplicable para la resolución del caso el Código Civil que rigió hasta el 31 de julio próximo pasado, y no el Código Civil y Comercial de la



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Expediente n°: 146.037

Nación que entró en vigencia el primero de agosto.

IV. El nuevo ordenamiento jurídico resuelve la acuciante cuestión del derecho temporario en su artículo séptimo, que bajo el título “Eficacia temporal”, dispone lo siguiente: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- Las 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”.

Salvo la novedosa última parte, referida a las relaciones de consumo, la norma es sustancialmente idéntica al art. 3° del Código Civil en la redacción dada por la Ley 17.711. Es decir que, con la salvedad apuntada, nuestro sistema de derecho transitorio es el mismo desde hace casi cincuenta años. El mentor de la reforma de 1968 -Guillermo Borda- se valió de las enseñanzas del otrora decano de la Universidad de Lyon, Paul Roubier, consagrada en su obra “*LE DROIT TRANSITORIE*” (su impresión más nueva data del 20 de febrero de 2008, editada en 590 páginas, por Librairie Dalloz, en Francia). Esta teoría es una adaptación mejorada de la doctrina de los hechos cumplidos, según la cual los “hechos” se juzgan por la ley vigente en el momento de su acaecimiento; y cuando los efectos se prolongan, se considera por ficción que todas las consecuencias ocurrieron al producirse el hecho. De otro modo, se estaría aplicando la nueva ley de manera retroactiva, lo que expresamente proscribió como

regla nuestro ordenamiento jurídico desde los orígenes de la República, en principio que a su vez ya tenía antiquísima data y estaba consagrado en el adagio latino *tempus regit factum* (Conf. Maisto, Filippo, *La ragionevolezza del regime applicabile nel conflitto tra norme diacroniche*, en AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, Scientifiche italiane, 2005, pág. 241).

El núcleo del pensamiento de Roubier -receptado en el art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación, que a su vez fue tomado del art. 3° del Código Civil en el texto dado por la Ley 17.711- es el efecto inmediato de la nueva ley, lo que se funda en la razonable presunción de que es mejor que la derogada, pues de lo contrario no hubiera sido sancionada. Pero el propio Roubier señala que la regla tiene excepciones, existiendo supuestos de supervivencia de la ley antigua (Roubier, *Le droit transitorie*, cit, pág. 336). En nuestro derecho, el caso más contundente está expresamente consagrado en el art. 7° del Código Civil y Comercial: A los contratos en curso de ejecución no se aplican las nuevas leyes supletorias, lo que se fundamenta en que en su momento, por tratarse de normas disponibles, las partes pudieron haber previsto la nueva regla por acuerdo privado, pero no lo hicieron, entendiéndose que reputaron preferible el régimen anterior, que actualmente también podrían adoptar (art. 962 del Código Civil y Comercial).

El meollo de la cuestión radica en determinar cuándo la ley es retroactiva.

Nuestro régimen se apartó de la regla de los “derechos adquiridos” que consagraba el art. 3° del Código de Vélez (“Las leyes disponen para



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Expediente n°: 146.037

lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”), según el cual hay retroactividad cuando se afectan derechos adquiridos al amparo de la norma anterior o se resucitan derechos extinguidos, estando “adquirido” un derecho cuando se presentan todas las circunstancias necesarias para su ejercicio. Esta abrogada regla tiene un defecto decisivo: puede haber leyes no retroactivas que, de todas maneras, afectan irremediamente derechos adquiridos. Basta imaginarse una norma que disponga: “suprímese para el futuro el derecho de propiedad”.

Superando ese paradigma para adoptar la doctrina de los hechos cumplidos con las adaptaciones de Robuier, el sistema vigente es este: como el Derecho regula conductas humanas (hechos), en principio no hay conflicto entre leyes sucesivas, pues cada una debe regir los "hechos cumplidos" mientras se encuentran en vigor. Si los efectos del "hecho cumplido" bajo la ley anterior se prolongan en el tiempo en que ya rige la nueva, son alcanzados por la antigua, pues deben considerarse comprendidos en el "hecho cumplido". Como dice Rivera, “La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido, y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior. Pero si se trata de efectos que puedan o no existir como consecuencias del hecho, y que no tienen relación conexa con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma, sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente, esto es, cumplido” (Rivera, Julio César: *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, 4ª edición, Tomo I, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo Perrot,

2007, pág. 241).

No obstante, las nuevas leyes “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (art. 7º, Código Civil y Comercial), por lo que estamos ante un límite muy fino: los hechos cumplidos bajo el amparo de la ley anterior se consideran subsumidos en ella, incluso si prolongan sus efectos, pero las nuevas leyes se aplican a sus consecuencias sin tener efecto retroactivo. ¿Cómo trazar una línea que nos permita “ver” ese límite? ¿Cuáles son las “consecuencias” a las que se aplica la nueva ley? o, con un enfoque más práctico, ¿cómo determinar cuándo a esas consecuencias se aplica la nueva ley, por no ser efectos que “deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido” (Rivera, cit.)?

Sería imprudente ser categórico en una cuestión controvertida como pocas y delicada al extremo, pero sugiero una regla directriz que resolverá la gran mayoría de los casos de manera satisfactoria: analizar si la resolución judicial de que se trata es declarativa de derechos nacidos al cumplirse determinados hechos (como el resarcimiento por los daños provocados por un hecho ilícito -derecho que nació al acaecer el evento dañoso-; el emplazamiento en el estado de familia de hijo -que reconoce un hecho biológico que ocurrió al momento de la concepción-; una reivindicación -que nació con el despojo del titular de un derecho real que se ejerce por la posesión-; una acción de nulidad de cualquier acto jurídico -que declara que era inválido al momento de su nacimiento-) o constitutiva de derechos nuevos que recién existen a partir de la sentencia (divorcio, restricción a la capacidad de ejercicio de los



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**  
**PODER JUDICIAL**

Expediente n°: 146.037

derechos, designación de tutor, aplicación de una sanción civil, etc.). Si la sentencia declara derechos nacidos cuando se cumplieron determinados hechos se aplica la ley vigente a la época en que acaecieron; si constituye nuevos derechos que solo están relacionados con hechos anteriores se aplica la ley vigente al momento de la sentencia (en este caso el juez debe cuidar, además, de no lesionar el derecho de defensa de las partes, permitiendo que aleguen y prueben acerca de las circunstancias reguladas por la nueva norma, lo que no pudieron hacer en el momento de postular sus pretensiones judiciales si la nueva ley no estaba sancionada por entonces, ya que no podían “adivinar” que se dictaría). Finalmente, en ciertos casos de sentencias declarativas de derechos nacidos en períodos sucesivos, como la prestación alimentaria o los intereses moratorios, debe aplicarse la ley derogada a los períodos transcurridos durante su vigencia y la nueva a los posteriores, por lo que en la misma sentencia se aplicarán ambos ordenamientos jurídicos (ver, entre muchas, causa “V, S.”, 145.580 del 3/11/2015, registro n° 217 en materia de alimentos; y “Banco Comercial”, 145.991 del 17/11/2015, registro n° 227 en materia de intereses).

Cuando se aplica la vieja ley bajo cuyo amparo se cumplieron los hechos juzgados que dieron nacimiento a los respectivos derechos que el juez debe “declarar”, ¿a qué efectos (o “consecuencias” -art. 7° , Código Civil y Comercial-) se aplican las nuevas leyes? A aquellos “que puedan o no existir como consecuencia del hecho, y que no tienen relación conexa con el hecho” (Rivera, cit.). Así, si la nueva ley determina los intereses a aplicar por una indemnización debida por la comisión de un hecho ilícito,

se aplican los guarismos que ella especifique desde su entrada en vigencia; si cambia el régimen de administración del proceso sucesorio, a los nuevos actos de administración se aplica la ley nueva; si impone nuevas cargas a un derecho constituido con anterioridad, pesarán sobre el derecho adquirido desde su entrada en vigencia; si un derecho real adquirido con anterioridad tiene cambios en su régimen, a su ejercicio se aplica la nueva ley desde que rige. A esto se refiere el Código Civil y Comercial cuando dispone en su artículo séptimo que las nuevas leyes “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Otra cuestión, que excede lo que es concreto en este voto, pero debo dejar insinuada para evitar confusiones, es la incidencia de la sanción de la nueva ley de fondo en los procesos en trámite. Las vicisitudes procesales no deberían cambiar nada de lo que vengo diciendo: si la sentencia es constitutiva, debe aplicarse la nueva ley, de suerte tal que no se puede decretar un divorcio vincular por culpa de una de las partes por mucho que los hechos configurativos de las causales hayan ocurrido durante la vigencia del viejo Código Civil y la demanda se haya iniciado y tramitado también durante su vigencia. Como dije antes, aquí debe buscarse la forma de garantizar el derecho de defensa de las partes, y la tramitación procesal arrojará seguramente nuevos problemas a la delicada cuestión de la eficacia temporal de la ley; pero algo me parece claro: más allá de cuándo se inició el proceso y bajo qué normas tramitó, la ley aplicable depende de que se trate de hechos que por sí mismos hicieron nacer los derechos que luego deben ser judicialmente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 146.037

reconocidos, o de hechos que crean una mera expectativa de nacimiento de derechos, que recién existirán cuando la sentencia los constituya. Esta es la clave.

V. El derecho real de habitación de la cónyuge supérstite del causante fue adquirido, o no lo fue, el día del fallecimiento del *de cujus*, época en la que regía el Código Civil (arts. 3282, 3283 y conc. del referido cuerpo normativo, con los que concuerda el nuevo Código en los arts. 2277, 2280 y 2323 entre muchos otros). La sentencia que resuelve esta litis solo puede declarar que ese derecho fue o no adquirido en aquel momento; no puede aplicarse el Código Civil y Comercial, pues ello significaría volver sobre un derecho que se pretende adquirido al amparo de una ley anterior, dándole efecto retroactivo en contravención al art. 7° del nuevo Código. Siendo ello así, la sentencia que ha fallado el caso bajo normas jurídicas no vigentes se ha apartado irremediabilmente del mandato establecido en el art. 171 de la Constitución Provincial y en el inciso 5° del art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial, no pudiendo decirse *a priori* que la solución no cambia, pues para ello hay que juzgar el asunto en función de la vieja ley y comparar las soluciones, lo que no debe hacer este tribunal dada su función estrictamente revisora.

Voto por la negativa.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI**

**DIJO:**

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA**

**MARISCAL DIJO:**

Dado lo votado al tratar la cuestión anterior, corresponde nulificar la sentencia de primera instancia y disponer que un juez hábil dicte un nuevo pronunciamiento basado en la normativa vigente al momento del fallecimiento del causante.

No se deben imponer costas de alzada dada la manera en que se decide (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial).

Tal es mi voto.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI**

**DIJO:**

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

**SENTENCIA**

**Y VISTOS: CONSIDERANDO:** Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**

Nulificar la sentencia de primera instancia y disponer que un juez hábil dicte un nuevo pronunciamiento basado en la normativa vigente al momento del fallecimiento del causante, sin costas de alzada.

Hágase saber y devuélvase.