



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

UNA MIRADA DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN Y LA FUNCIÓN SOCIAL¹

Lidia M Rosa Garrido Cordobera

Prof de Contratos Civiles y Comerciales de la UBA

Investigadora del Instituto A L Gioja de la UBA

1 . Punto de partida ineludible: Donde estamos en la teoría general del contrato

Reiteramos que el contrato, tomado cuantitativamente es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, su concepto no ha permanecido inmóvil en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas, es un concepto normativo cambiante según las costumbres e implica diferentes situaciones entre la que hoy nos ocupa del tratamiento del contrato de locación de inmuebles urbanos².

La autonomía de la voluntad y la libertad son la base necesaria del acuerdo de voluntades del instrumento de tráfico al que técnicamente denominamos contrato y que persigue en nuestra concepción un fin ético y social³. Conviene que recordemos que la teoría contractual esta estrechamente vinculada a las ideas de cómo la sociedad y el mercado deben ser organizados

En la concepción liberal implica la libertad de contratar o no, la elección de con quien hacerlo y la posibilidad de fijar su contenido, el respeto a la palabra empeñada y a la seguridad jurídica⁴.

Lo cierto es que el contrato como expresión humana se encuentra circunstanciado⁵, ubicado en un tiempo-espacio, que en la doctrina alemana configura la base del negocio jurídico⁶ y como categoría es susceptible de diversas clasificaciones teóricas, pero que tienen importancia practica (contratos consensuados, mega-contratos, nacionales, internacionales, conexos, de colaboración, civiles, comerciales etc). Los contratos

¹ El presente artículo se encuentra previamente publicado en: **El contrato de locación y una mirada desde el principio de colaboración y de La función social**, en Locación- Nueva Ley, Dtes Lezcano, JM y Krieger, W, Ed IJ agosto 2020.

² Garrido Roque F- Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales , Ed Universidad, López de Zavalia , Fernando, teoría general de los Contratos, Ed Zavalia. Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Ed, Ediar, Spota, Alberto G, Instituciones de Derecho Civil- Contratos Ed. Depalma , Alterini, Atilio A, Contratos – Teoría General, Ed Abeledo Perrot, Lorenzetti, Ricardo Tratado de los Contratos Parte General Ed Rubinzal Puig Brutau, José, Fundamentos de Derecho Civil. Ed. Bosch. Messineo, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial. Ed. Ejea, Diez Picazo, Luis y Gullón Antonio, Sistema de Derecho Civil, Ed Tecno

³ Garrido Cordobera, Lidia .M. R., La Buena fe como pauta de interpretación en los contratos en Tratado de la Buena fe en el derecho Ed La Ley..Garrido Roque F- Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales , Ed Universidad

⁴ Risolia, Marco Aurelio, Soberanía y Crisis del contrato , Ed Abeledo-Perrot

⁵ Garrido Cordobera, Lidia .M. R, La interpretación de los actos jurídicos”, Rev. Zeus., Garrido Cordobera, Lidia .M. R, Interpretación en Garrido Roque F- Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales , Ed Universidad, 1ra Edición.

⁶ Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín, Tratado de Derecho Civil. Ed. Bosch

responden a categorías y conceptualizaciones y por ello hablamos de tipos contractuales englobantes de cada contrato particular⁷.

En el derecho argentino clásico se ha sostenido que siendo el eje del sistema nuestro art.1197 CC, que proveniente del art 1134 del Código Civil Francés se plasmo lo que se ha denominado el dogma de la autonomía de la voluntad, coincidiendo con lo expresado por nuestro codificador en la nota del art 943 in fine que dice que el consentimiento libre hace irrevocables los contratos⁸. Sin embargo con la reforma del año 1968 y la incorporación de los institutos de la lesión, la imprevisión y el abuso de derecho el ámbito contractual cambio notablemente⁹, como con la sanción de la ley de protección al consumidor y tenemos en la actualidad con el Código Civil y Comercial diferentes situaciones según sean contratos por adhesión, de consumo o paritarios pero siempre con la aplicación del Abuso (art 10), la buena fe (art 9) y los principios generales

Vemos que para MacNeil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, para Posner el contrato seria un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección¹⁰.

La concepción de Ghestin se asienta en lo útil y lo justo, se sostiene entonces que se le acuerda fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si este presenta utilidad social y justicia contractual.

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del estado (forma de gobierno) y que plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas.

Hesse nos dice que el derecho civil y el derecho constitucional aparecen como parte necesaria de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan, se apoyan y se condicionan, hablando de funciones de garantía orientación e impulso¹¹

Tomemos nuevamente como guía a Duguit, quien en *Las transformaciones del Derecho Publico y Privado*¹². decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho privado sin entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones, sosteniendo también muy acertadamente que las leyes positivas, los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades practicas puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza

⁷ Garrido Cordobera, Lidia .M. R, actualizacion de Garrido Roque F- Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales , Ed Universidad

⁸ Garrido Roque F- Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales , Ed Universidad

⁹ Garrido Roque F- Andorno Luis, Ley 17711 Reformas al Codogo Civil, Ed Zavalia

¹⁰ Nicolau, Noemí L, El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato en Tratado de la Buena fe en el Derecho,, Ed La Ley

¹¹ Hesse, K Derecho Constitucional y Derecho Privado Madrid 2001

¹² Duguit, Leon *Las transformaciones del Derecho (Publico y Privado)* Buenos Aires Ed. Heliasta 1975,1ra ed, traducción Adolfo G.Posada y Ramón Jaén *Las transformaciones del Derecho Publico y Carlos G.Posada Las transformaciones del Derecho Privado*

y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación se le de un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarla¹³.

Recordemos su postura realista con respecto al derecho civil al sostener la idea de la existencia de una regla social y también su concepción de función social¹⁴ sus posturas parten de la idea de que el Derecho es un producto de la vida social y tiene sin lugar a dudas, como el mismo Duguit lo reconoce, una base en la construcción sociológica de Durkheim, quien da como fundamento del derecho la noción de solidaridad humana¹⁵.

Dentro de los elementos esenciales constitutivos del sistema civilista¹⁶ menciona: 1ro la libertad individual, 2do el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, 3ro el contrato, 4to el principio de la responsabilidad por culpa (analizando luego la responsabilidad objetiva por riesgo, que refiere a la concepción solidarista tal como lo hemos consignado en mucho de nuestros trabajos¹⁷).

Al conceptualizar "libertad", dice que ella conlleva para el individuo el deber de desenvolver su individualidad física, intelectual y moral tan completamente como sea posible, de la mejor manera y sin entorpecer la de los demás¹⁸, todo hombre tiene una función social que realizar. La libertad no sería un derecho sino un deber el de ejercer su libertad, de no dificultar la actividad de los demás, de favorecerla y de ayudarla de ser posible¹⁹.

Decían Garrido y Zago respecto de la autonomía de la voluntad que era necesario recordar sus sustento constitucional pues además de la amplitud resultante de los arts 14 y 33 es conveniente tener presente que ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.(art 19)²⁰

La libertad de contratación tiene además el respaldo constitucional en el sentido amplio del art 28 cuando se dispone que los principios, derechos y garantías y derechos reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio que concuerda con la primera parte del 14.

Someramente podemos revisar nuestra línea de vida Constitucional, en 1853 básicamente se plasman los derechos de 1ra generación, el derecho a la vida, la integridad física, la libertad y la igualdad, el derecho de propiedad, de ejercer el comercio. Industria lícita, de asociarse pero todos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

¹³ Duguit, Leon *Las transformaciones del Derecho (Publico y Privado)* pags 171 y 172 Buenos Aires Ed. Heliasta 1975, 1ra ed, traducción Adolfo G. Posada y Ramón Jaén *Las transformaciones del Derecho Publico* y Carlos G. Posada *Las transformaciones del Derecho Privado*

¹⁴ Moreneo Perez, J.L., Calvo Gonzales, Leon Duguit (1859-1928) Jurista de una sociedad de transformación, en *ReDCE* n°4 julio-diciembre 2005, pag 483 y ss, España 2005.

¹⁵ El solidarismo se presentaba como un cauce privilegiado del moralismo organizado y de la pacificación social, siempre dentro de un pretendido marco científico, por ello Duguit afirma que la solidaridad es, a la vez mas y menos que la caridad y la fraternidad, la solidaridad es inherente a la naturaleza humana y refleja su comunidad de destino y su mutua dependencia, por lo que permite ampliar el ámbito de la justicia.

¹⁶ Duguit, L, ob cit, pags 183 y ss

Deja de lado expresamente la organización de la familia expresamente.

¹⁷ Garrido Cordobera; L M.R. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, *Vniversitas*, Bogota, N°118, 15-30, enero-junio de 2009.

¹⁸ Duguit, L, ob cit, pags 180 y ss

El hombre no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. DUGUIT, L, ob cit, pag 179.

¹⁹ Moreneo Perez, J.L. y J. Calvo Gonzalez ob cit, pag 516.

²⁰ Garrido, RF y Zago, JA, *Contratos Civiles y Comerciales*, T 1, pag 346 y ss (Ed Universidad 1998)

Con el advenimiento del Constitucionalismo social con el Estado de Bienestar se incorporan los derechos sociales y económicos, se habla ya de una igualdad no formal sino real de oportunidades y se toma al hombre en su relación con los grupos, la familia, asociaciones intermedias

En materia contractual podemos mencionar como hitos las leyes de locaciones, y sobre todo la reforma de la ley 17711/68, que en sintonía con el ideario solidarista incorpora en norma un plexo de principios aplicables a la dinámica contractual como la buena fe, la equivalencia de las prestaciones (en la imprevisión y en la lesión) y el ejercicio regular de los derechos.

El constitucionalismo más moderno es receptado en la reforma de 1994 que incorpora las garantías en la relación de consumo, contábamos con una LDC, los derechos ambientales, el amparo colectivo y también la incorporación de los Tratados de derechos Humanos con rango constitucional, lo que plantea la internacionalización de ciertos derechos.

La libertad implica la autonomía de la voluntad consagrada en el Código Civil y Comercial Argentino y en nuestra Constitución, implica el derecho de querer jurídicamente, el derecho de poder por un acto de voluntad y bajo ciertas condiciones crear una situación jurídica y por ello el contrato origina una modificación jurídica de la esfera de los sujetos intervinientes

El reconocer el sustrato en las normas fundamentales implica reconocer que se plantearan cuestiones álgidas cuando el estado por ejemplo intervenga en los efectos del Contrato mediante legislaciones de emergencia y la posibilidad de discutir la constitucionalidad o no.

Mosset Iturraspe y Piedecabras señalan como aspectos sobresalientes del “derecho civil constitucional” su tarea en cuanto a precisar los derechos fundamentales, su función promotora de la transformación de las instituciones tradicionales del derecho civil, y su lucha por la eficacia directa, derogativa, invalidatoria, interpretativa e informadora de la norma constitucional²¹.

El hecho que una parte tenga menor poder de negociación²² que otra puede ser decisivo, en esta corriente jurídica Josserand señaló que la defensa del débil jurídico es la preocupación esencial del derecho moderno. En efecto la desigualdad de hecho es óbice de la libertad contractual en la determinación del contenido del contrato, cuando una parte puede abusar es necesario reglamentar el contrato mediante disposiciones legales imperativas, y así según Larroumet en nombre de una igualdad muchos contratos son sometidos al dirigismo²³.

La función de protección de la debilidad jurídica es llevada a cabo muchas veces mediante la coordinación, como un mínimo inderogable que condiciona la autonomía privada sobre el que se construirá el contrato estableciéndose ciertas normas cargadas de orden público que no pueden ser vulneradas, por ejemplo las cláusulas exonerativas de responsabilidad en materia de consumo²⁴.

²¹ Mosset Iturraspe, Jorge, Piedecabras, Miguel A. Contratos aspectos Generales, 164 Ruvinzal Culzoni

²² Vallespinos, Gustavo, El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed Universidad Garrido Roque F-Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales Ed Universidad, Mosset Iturraspe, Jorge, Contratos, Ed, Ediar

²³ Alterini, Atilio A, Contratos, Teoría General, Ed Abeledo Perrot

²⁴ Garrido Roque F-Zago Jorge A, Contratos Civiles y Comerciales, Ed Universidad, Vallespinos, Carlos G., El contrato por adhesión a condiciones generales, Ed Universidad.

Hemos sostenido siempre que el derecho debe atender a las diferentes realidades u distinguir entre megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en igualdad jurídica y los contratos entre quienes son desiguales.

La debilidad ante una posición dominante determina soluciones especiales. que se evidencia en cuestiones de interpretación²⁵ o directamente en la recepción expresa de la temática de los consumidores en la Republica Argentina primero en la Ley de Protección al Consumidor Ley 24240 y en 1994 con la Reforma Constitucional en el art 42 de nuestra Carta Magna, en el CCC o la sanción de leyes especiales como la de tarjeta de crédito o ley de alquiler. El problema insistimos es el equilibrio y la justicia

Recordemos que en la actualidad el contrato tiene un fin ético y social y no es sólo un instrumento de realización de intereses económicos, que tiene una dimensión distinta que debe conllevar a la realización del progreso económico, ético y social de las comunidades²⁶.

Señalaban Alterini y López Cabana que lo justo en los contratos entre iguales consistirá en el sometimiento estricto a los términos del pacto, y en los contratos entre desiguales el mantenimiento del equilibrio de la relación de cambio, en el primero la libertad exige el reconocimiento de la plenitud de efectos para el albedrío y en el segundo la reafirmación a favor del débil jurídico²⁷

La evolución y transformación que ha sufrido es evidente, en la actualidad mas que un problema de crisis lo que afrontamos es uno de limites, es la adecuación a las normas de orden publico, la moral, las buenas costumbres a la realidad de ambas partes

2. La función social del contrato y de la propiedad y el AED no son incompatibles

Resulta imperativo plantear nuevamente esta relación, economía y derecho, debido a la tendencia a utilizar el análisis económico del Derecho (AED) en materia contractual para luego relacionarlo con la función social²⁸.

La visión positiva que aporta es la de explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificar el mundo económico, se evalúa modelos para ver por ejemplo en el tema los costes o beneficios que derivan de la contratacion²⁹.

²⁵ Garrido Cordobera, Lidia .M.R., La Buena fe como pauta de interpretación en los contratos en Tratado de la Buena fe en el derecho Ed La Ley.

²⁶ Garrido Cordobera, Lidia M. R, La negociación contractual y el análisis económico del Derecho. en Análisis Económico Ed Heliasta, Mosset Iturraspe, Jorge,- Piedecosas, Miguel Contratos, aspectos generales, Ed Rubinzal-Culzoni

²⁷ AlteriniL , A.A – Lopeez Cabana , R.M., ob cit pag 80 y ss

²⁸ Garrido Cordobera, Lidia M. R La negociación contractual y el analisis economico del Derecho en Análisis Económico” Ed Heliasta. Posner. Richard, Economic analysis of law Ed Little Brown Boston, Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus Manual de Análisis económico del derecho, Ed Tecnos, Torres López, Juan, Análisis económico del derecho Ed Tecno, Kornhauser, Lewis Derecho de los contratos),en Elementos del análisis económico del derecho, Ed Rubinzal Culzoni, Porto Macedo Jr, Ronaldo, Contratos relacionales y defensa del consumidor, Ed La Ley

²⁹ Calabresi, Guido, El coste de los accidentes Ed Ariel Derecho, Posner. Richard, Economic analysis of law, Ed Little Brown Boston, Garrido Cordobera, Lidia .M. R “¿Sirve al legislador la teoría económica de la Eficiencia?, en Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio. Ed Abeledo Perrot, Garrido Cordobera Lidia M. R. La responsabilidad por la participación en el Mercado (Market Share) en La responsabilidad.. Ed Abeledo Perrot, Garrido Cordobera Lidia M. R. Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos la salud y el derecho de daños, en Salud, Derecho y Equidad. Ed Ad Hoc, Garrido Cordobera, Lidia M. R La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico Ed Heliasta

El Derecho tiene como rol el de lograr el equilibrio del mercado, propiciando la correcta asignación de los recursos. Hemos dicho que el Derecho de los Contratos debe ser mirado y elaborado con relación a la eficiencia económica pero sin olvidar la equidad y al ser instrumento para hacer efectivos y eficaces los intercambios, le sería de aplicación los *property rights* como base a partir de la cual se maximice el valor de los bienes³⁰.

Se dice que contrato perfecto solo constituye un juego de ideas o una ficción a la que se recurre como referencia ya que los altos costes de transacción sobre todo de información solo permiten contratos cuyos riesgos estén incompletamente identificados³¹. Muchas veces a fin de maximizar racionalmente la utilidad, se imputa el riesgo a aquel que puede reducirlo o absorberlo al menor costo.

Para Torres López el Derecho cumple una importante función informativa, consistente en el establecimiento de las condiciones generales que eviten la negociación particular de todas las contingencias, se superpone a la autonomía de las partes y solo cuando los beneficios esperados de un apartamiento del sistema de derecho regulado en las normas son superiores a los costes de la modificación, la regla privada contractual aparece como necesaria³².

El reconocimiento jurídico de la libertad contractual abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad, es la expresión del principio de autonomía, pilar básico para la estructura del derecho contractual como lo concebimos, una vez mas debemos recalcar que reconocemos esta autonomía dentro de los marcos establecidos por el derecho mediante las normas de orden publico y respetando los principios generales del derecho³³.

En virtud de esta libertad contractual cada cual determina por si mismo con quien quiere mantener relaciones contractuales y a que debe referirse esta (libertad de contratación) y determinan por si mismos sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora), pero aclaremos una vez mas que desde una perspectiva económica solo estaremos frente a un contrato valido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes, a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias³⁴.

Este planteo es el que lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica, o sea, en el sentido de la eficiencia en la asignación del recurso.

En el derecho argentino si bien la Jurisprudencia era consistente en derivar los efectos de los contratos del 17 CN recién con la sanción del Código Civil y Comercial en el 2015 encontramos la norma explicita que en materia contractual lo expresa sin lugar a dudas de que los derechos resultantes integran el derecho constitucional de propiedad del

³⁰Posner. Richard, *Economic analysis of law* Ed Little Brown Boston, Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus, *Manual de Análisis económico del derecho*, Ed Tecnos, Torres López, Juan, *Análisis económico del derecho* Ed Tecno, Horacio Spector (Coor), "Elementos del análisis económico del derecho" Ed Rubinzal Culzoni -

³¹ Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus, *Manual de Análisis económico del derecho*, Ed Tecnos

³² Torres López, Juan, "Análisis económico del derecho" Ed Tecno

³³ Garrido Cordobera, Lidia .M.R., *La interpretación de los actos jurídicos*, Rev. Zeus.

³⁴ Garrido Cordobera, Lidia M. R, *La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico* Ed Heliasta, Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus, *Manual de Análisis económico del derecho*, Ed Tecnos

cocontratante (Art 965 CCNA). En Ercolano c Lanteri del 28 de abril de 1922 ya se afirmaba que la propiedad es una de las bases cardinales de la organización de los pueblos.

Pero nuestra figura, el contrato, se encuentra situada en un aquí y ahora no solo normativa sino económica y con un Sujeto (Estado) ejerciendo políticas Publicas de Coordinación y de Dirección en varios aspectos mediante el dictado de normativa.

Se dice que el contrato es actuación en el Mercado, los protagonistas del Mercado actúan mediante el, por ello debe alinearse, se proyectan las conductas de los cocontratantes mas allá de la bilateralidad como lo hemos sostenido.

En esa línea Santarelli reflexiona sobre si son las reglas de la autonomía privada las que edifican el mercado o si es el Mercado el que modela al contrato³⁵. Desde la economía social del Mercado se intenta conciliar una lógica económica de Mercado con principios redistributivos de equidad y solidaridad existiendo espacio para la matriz liberal y social .

Recuerda Rubén Stiglitz que los limites inherentes a la autonomía de la voluntad hacen que la voluntad no pueda ser omnímoda, debe prestarse atención a la exigencia de subordinarlo a la utilidad social³⁶.

Vemos que se diseña o debería la tutela de igualdad de oportunidades y la protección de las desigualdades sin aniquilar la libertad, de acuerdo al diseño constitucional.

Es famosa la clásica frase “quien dice contractual dice justo” pero hoy tenemos otro contenido mas allá de los limites que tradicionalmente le reconocíamos de buena, orden publico. Los imperativos de previsibilidad y estabilidad de la regla contractual deben ser acompañados con las exigencias de equidad, proporcionalidad, de coherencia, de lealtad, de colaboración, de protección y de solidaridad

Constituye un clásico y es de consulta necesaria para quien quiera comprender el derecho actual como ya dijimos la lectura de las reflexiones del gran pensador León Duguit³⁷.

Recordemos su postura realista con respecto al derecho civil al sostener la idea de la existencia de una regla social y también su concepción de función social. Según Morenero Pérez y Calvo González ³⁸ sus posturas parten de la idea de que el Derecho es un producto de la vida social y tiene sin lugar a dudas, como el mismo Duguit lo reconoce, una base en la construcción sociológica de Durkheim, quien da como fundamento del derecho la noción de solidaridad humana.

Como en otros solidaristas, se ve que el solidarismo se presentaba como un cauce privilegiado del moralismo organizado y de la pacificación social, siempre dentro de un pretendido marco científico, por ello Duguit afirma que la solidaridad es, a la vez mas y menos que la caridad y la fraternidad, la solidaridad es inherente a la naturaleza humana y refleja su comunidad de destino y su mutua dependencia, por lo que permite ampliar el ámbito de la justicia³⁹.

³⁵ Santarelli, Fulvio, Contrato y Mercado, pag XXI, Ed La Ley

³⁶ Stiglitz, Ruben, Contratos Civiles y Comerciales, Pte Gral, T 1, pag XIX, Ed La Ley

³⁷ Duguit, Leon Las transformaciones del Derecho (Publico y Privado) Buenos Aires Ed. Heliasta 1975, 1ra ed, traducción Adolfo G.Posada y Ramón Jaén Las transformaciones del Derecho Publico y Carlos G.Posada Las transformaciones del Derecho Privado

³⁸ Moreneo Perez, J.L. y J.Calvo Gonzalez , Leon Duguit (1859-1928) Jurista de una sociedad de transformación , en ReDCE nº4 julio-diciembre 2005, pag 483 y ss, España 2005.

³⁹ Moreneo Perez, J.L. y J.Calvo Gonzalez ob cit, pag 515 y ss,

Al conceptualizar y referirse a uno de los términos que nos ocupa, dice respecto a la libertad, que ella conlleva para el individuo el deber de desenvolver su individualidad física, intelectual y moral tan completamente como sea posible, de la mejor manera y sin entorpecer la de los demás⁴⁰, todo hombre tiene una función social que realizar. La libertad no sería un derecho sino un deber el de ejercer su libertad, de no dificultar la actividad de los demás, de favorecerla y de ayudarla de ser posible⁴¹.

Dentro de los elementos esenciales constitutivos del sistema civilista⁴² menciona: 1ro la libertad individual, 2do el principio de la inviolabilidad del derecho de propiedad, 3ro el contrato, 4to el principio de la responsabilidad por culpa (analizando luego la responsabilidad objetiva por riesgo, que refiere a la concepción solidarista tal como lo hemos consignado en mucho de nuestros trabajos⁴³).

La función social del contrato si bien se remonta históricamente a Europa tiene un gran exponente en el código Brasileño del 2002 con su eje en la norma 421, ligado al fenómeno de la constitucionalización, socialización o publicitación del Derecho Privado, pues figuras como el contrato o la propiedad se ven con criterios distributivos del derecho público.

Es vista la función social del contrato como una necesaria limitación a la autonomía privada individualista, garantizando la supremacía de los intereses colectivos (sociales) sobre los individuales, según Luciano Timm se infiere que la distribución de la riqueza derivada de los contratos sería injusta si la negociación no es regulada desde afuera y se dejara al simple albedrío de las partes. Criticando esta postura dice que se sostiene que la idea de libertad contractual es una ficción, ya que no existe tal libertad si hay una disparidad aguda entre las partes⁴⁴.

Sostiene que sería posible inferir que un sistema paternalista en materia de contratos reconoce sus bases en una doctrina social cristiana, en la sociología colectivista y en los solidaristas. El contrato no sería el resultado de la voluntad de las partes sino un hecho orgánico, que expresa la cohesión y solidaridad del tejido social en situaciones de acentuada diferencia entre los individuos de una comunidad.

Cuando la solidaridad no es espontánea se da la anomia y la necesidad que el Estado corrija ciertas conductas mediante una intervención que sea en mayor o menor medida irruptiva se por vía legislativa o Judicial como nos decía Cappeletti.

Sobre la base de la función social de los contratos muchas veces los jueces evitan la aplicación de cláusulas onerosas y dañinas a los cocontratantes económicamente más débiles, con argumentos de los más variados en Brasil por ejemplo.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial del 2012 en su nota de fundamentación se preocupa de aclarar por qué no se ha incluido esta figura en el texto proyectado, manifestando que habían existido debates para incorporar un texto similar al art 421 del CC de Brasil.

⁴⁰ Duguit, Leon, ob cit, págs 180 y ss

El hombre no tiene derecho a la inactividad, a la pereza. DUGUIT, L, ob cit, pag 179.

⁴¹ Moreneo Perez, J.L. y J. Calvo Gonzalez ob cit, pag 516.

⁴² Duguit, Leon, ob cit, págs 183 y ss

Deja de lado expresamente la organización de la familia expresamente.

⁴³ Garrido Cordobera, Lidia M. La inclusión de los daños colectivos en el derecho de daños: de las fronteras individuales a la realidad de la colectividad, Vniversitas, Bogotá, N°118, 15-30, enero-junio de 2009.

⁴⁴ Timm, Luciano, La función social del Derecho Contractual en el Código Civil Brasileño, Justicia distributiva vs eficiencia económica, Rev de Instituciones Ideas y Mercado 52, pag 16

Mencionan las concepciones de Betti, Scialoja, Rescigno y Galgano y consideran que seguramente se interpretara que la exigencia de que el contrato sea celebrado en razón de su función social y dentro de sus límites no implica que ciertos intereses estrictamente individuales carezcan de tutela legal, pero sin embargo será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso⁴⁵.

Por otro lado se reflejaron las opciones legislativas de admitirlo en una cláusula general en materia de contratos, de hablar de la función social de la libertad de contratar o no regularla por considerarla cubierta por disposiciones generales como el Abuso de Derecho y también los Institutos de Lesión, Buena fe etc. Los redactores estiman que podría superponerse a ellos y no está claro que agregaría y fijar su contenido jurisprudencial demandaría una enorme tarea jurisprudencial.

Coincidimos en que no cabe duda que la función social del contrato se irradia sobre los contratos de consumo, los realizados por adhesión y los paritarios, a lo que se ha sumado la función ambiental sobre la cual no ahondare que hoy.

En síntesis el concepto de función social se encuentra en Argentina tanto en viejos fallos de Corte como proveniente de la 17.711 y con el Código nuevo del 2015 dimana del título Preliminar (arts 1, 2, 9, 10, 11, 14 CCCA) siendo plenamente operativo a través de varias disposiciones

El concepto de “función social de la propiedad” es uno de los principios esgrimidos a la hora de justificar reformas legislativas vinculadas con decisiones políticas que garanticen el acceso de los sectores populares a las viviendas, es considerado el punto de llegada de las justificaciones en materia de propiedad privada y diseño de nuevos contornos en pos de los objetivos redistributivos. Al regular el ejercicio del derecho de propiedad consagrando la obligatoriedad de cumplir una “función social” se pretenden generar condiciones propicias para la satisfacción de una mayor accesibilidad inmobiliaria por parte de los sectores de escasos recursos.

Señala Pascuale que Duguit, en respuesta a los que le atribuían que su teoría cuestionaba la propiedad privada, respondió: que él jamás había escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer sino solamente que la noción jurídica sobre la cual descansa su protección jurídica se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso los que procedan del poder público. Es más para Duguit incluso se diría que esta más fuertemente protegida que con la concepción tradicional. La propiedad ahora descansa sobre la noción de interdependencia, noción que de por sí brinda un marco de justificación más sólido que la noción meramente subjetiva e individualista anterior y “esta más fuertemente protegida” debido a que con este aditamento “social” no puede ser cuestionada por su ausencia de consideración a la utilidad pública, de esta forma, cumpliendo a la vez una función individual y social, quedarían saldadas las críticas al liberalismo individualista⁴⁶.

⁴⁵ Proyecto de Código Civil Comercial de la Nación, pag 526, Ed La Ley

⁴⁶ Pascuale para Florencia, La función social de la Propiedad en la obra de León Duguit; una relectura desde la perspectiva historiográfica. Rev Historia Constitucional 15, 2014, pag 107

La teoría que él postula permite sustentar cierto tipo intervención estatal regulatoria de la propiedad, pero sin poner en cuestión la persistencia misma de la propiedad privada, considera que no solo no se pone en duda la propiedad sino que incluso se refuerza la concepción liberal privatista al postular que la propiedad privada es la manera más eficaz de utilizar el recurso tierra, en tanto, el individuo resuelve tanto sus necesidades como las de la sociedad.

3. Los deberes de coordinación y cooperación

Para MacNeil, el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean y para Posner el contrato sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección⁴⁷.

La teoría del contrato relacional esta basada en cuatro ejes el 1ro que toda transacción esta inmersa en relaciones complejas, el 2do que el entender toda transacción requiere entender todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes, 3ro que el análisis efectivo requiere el reconocimiento y la consideración de todos los elementos esenciales de las relaciones circundantes que pudieran afectar significativamente la transacción, 4to el análisis combinado y contextual de las relaciones y transacciones es mas eficiente y produce un resultado analítico final mas completo y seguro que el que se obtiene con el análisis no contextual de las transacciones⁴⁸.

Según Mac Neil contrato quiere decir relaciones de intercambio entre gente que ha intercambiado, esta intercambiando o espera intercambiar en el futuro. Supone relaciones complejas entre diversas partes en las que los vinculos personales de solidaridad, confianza y cooperación son determinantes, se vincula con sus circunstancias y en consecuencia si ellas varían las partes están implícitamente obligadas a adaptar el contrato.

Es una vision superadora de la teoría del analisis economico

En el derecho moderno, no podemos pasar por alto, la concepción de Ghestin que se asienta en lo útil y lo justo, se sostiene entonces que se le acuerda fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si el mismo presenta utilidad social y justicia contractual. Creemos que esta línea de pensamiento nos lleva directamente en el tema de lo justo y a la buena fe contractual con todas sus implicancias.

Se acepta una nueva manera de considerar el contrato, lo vemos como una unión de intereses equilibrados, un instrumento de coordinación legal, la obra de la mutua confianza, y se sitúa en la egida de un juez que deberá saber ser cuando corresponda, Juez de equidad⁴⁹

El contrato como expresión humana se encuentra circunstanciado⁵⁰, ubicado en un tiempo-espacio, es lo que en la doctrina alemana configuro la base del negocio jurídico.

⁴⁷ Nicolau , N. L.- El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato” en Tratado de la Buena fe en el Derecho, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004, 1ra ed.

⁴⁸ Nicolau, N. L.- Fundamentos del derecho contractual, , Buenos Aires Ed La Ly, 2009, pag 14 y ss, 1ra ed

⁴⁹ Alterini , A.A – Lopez Cabana, R.M.,ob cit pag 71y ss

⁵⁰ Garrido Cordobera A, L. M. R.- La interpretación de los actos jurídicos en “Revista Zeus”1987; Garrido Cordobera A, L. M. R, L. M. R.-Interpretación en GARRIDO R. F.- ZAGO J. A. ob cit
Garrido Cordobera A, L. M. R.- Contratos Civiles y Comerciales ,Actualización de GARRIDO R. F.- ZAGO J. A. Buenos Aires, Ed universidad, 1998, 1ra ed.

4. No debemos olvidar el principio de Buena fe

Se sostiene que la "buena fe" es un principio general⁵¹ y hay que recordar además que los principios jurídicos a diferencia de las normas son "contenido" en oposición a "forma", por lo tanto puede haber unicidad de contenido y diversidad de funciones según su aplicación concreta (esto se ve en el diferente trato normativo), pero también la "buena fe", suele ser considerada un "principio problemático" llamado a actuar en cada momento de la interpretación. Nuestro CCCA la incorpora en el art 9 pero también en múltiples normas que abarcan todas las situaciones de derechos posibles

Alsina Atienza señala el gran contenido ético y moral de la "buena fe" y expresa que el hombre lleva en si la intuición de lo honesto, su sentido, siendo condición de la vida social y que fue plasmada por los romanos en la expresión "honeste vivere"⁵². Sostiene que el deber de conducirse con probidad se traduce en las reciprocas relaciones de las partes contratantes, en sus relaciones con el orden publico, en el ejercicio de los derechos y hasta en las reglas de la prueba.

Fuzier y Hernán se refieren a la "buena fe" en el derecho Civil en dos acepciones diferentes, una designando a la equidad en tanto esta debe presidir a la interpretación y a la ejecución de las convenciones según la común intención de los contratantes y la otra acepción designando la opinión errónea de una persona que cree obrar en el ejercicio de un derecho.

Diez Picazo expone que si la "buena fe" es un modelo o arquetipo de conducta social, y una norma jurídica que impone a la persona el deber de comportarse de "buena fe" en el tráfico jurídico, cada persona debe ajustar su propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea imperante, se exige esta conducta no solo desde la limitación de una conducta deshonesto sino además en una exigencia positiva siendo ejemplo los deberes de cooperación y de diligencia⁵³.

Betti señala la necesidad que tendremos de comprender los alcances de la "buena fe" y poder abarcar la múltiples exigencias de una comunidad al fijar los deberes para los particulares, y es obedeciendo a esas exigencias que la ley pide a los contratantes el respeto mutuo de la "buena fe", tanto al momento de la formación del vínculo obligatorio, sea durante su desarrollo y en la posterior ejecución de la obligación.

En todos los ordenamientos afines a la tradición jurídica ibérica la "buena fe" se reconoce como un principio de derecho, lo que supone con su utilización la continua renovación de la comunicación entre los valores éticos y los formales e institucionales del Derecho⁵⁴.

Para Barassi, la "buena fe" obliga a los contratantes a tener en cuenta el fin y las razones que determinan la formación de las relaciones obligacionales; es cierto que el deudor debe cumplir, pero también lo es que el acreedor no puede pedir más que lo que armonice con la equidad y la "buena fe", atendiendo a las circunstancias del caso, a las particularidades de persona, tiempo, lugar y al tipo de negocio jurídico.

⁵¹Ferreira Rubio, Delia M, La buena fe El principio general en el derecho Civil, Ed Montecorvo

⁵² La triada romana del "honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere" parecería abarcar a la "buena fe" en diferentes momentos o fases de la vida jurídica, la relación contractual, la extracontractual y la distribución de los bienes

⁵³ Diez Picazo, La doctrina de los propios actos. Ed. Bosch

⁵⁴ De los Mozos, Luis, Buena fe, en Enciclopedia jurídica de Responsabilidad civil Ed Abeledo-Perrot

Creemos, como nos dice Betti, que la “buena fe” aun entra en juego en la fase patológica del incumplimiento, en la que ya no se trata de satisfacer las recíprocas expectativas y, si bien ya no puede jugar con función positiva, como compromiso de cumplir, sin embargo sigue existiendo un contacto social entre las dos esferas de intereses contiguos del acreedor y deudor; el acreedor, aún cuando queden insatisfechas sus expectativas –como consecuencia de las vicisitudes sobrevinientes-, no puede considerarse, en cierto modo, como en estado de guerra con el deudor y comportarse de tal manera que aumente el daño del incumplimiento, desinteresándose de las consecuencias perjudiciales que su indiferencia produce en la esfera de los intereses de la otra parte.

El deber de corrección, en la etapa del incumplimiento, impone el deber de evitar el aumento de los daños para el deudor; de limitar, en la medida de lo posible, los daños cuya reparación deberá soportar el incumpliendo. El principio de cooperación o de solidaridad no desaparece ni siquiera frente al comportamiento antijurídico

5. La máxima o mínima expresión de la autonomía y cooperación: la negociación es la clave

Dentro de los nuevos principios desplegados en el iter contractual en virtud de la Buena fe encontramos no solo el deber de información sino que consideramos esencial para el cambio de paradigma de adversarial a colaborativo el principio de cooperación o colaboración en sus diferentes aspectos.

Suele decirse al hacer referencia al mismo que en nombre de cierta ética se traducirá para cada contratante en una conducta considerada y de respeto y hasta de auxilio al interés de la contraparte, facilitando el desenvolvimiento del contrato o de la negociación, como se ve es un aspecto u otra cara del solidarismo contractual.

Solemos decir que es una negociación contractual ideal aquella en la que observaremos la presencia de interacción o intercambio entre diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas.

Hay que distinguir si estamos en presencia de partes que estarán vinculadas por un hecho aislado Ej. una compraventa puntal o frente a partes que mantendrán un vínculo en el futuro Ej. el contrato de suministro ya que en estos casos el comportamiento será distinto en cuanto a la previsión y dureza de las cláusulas y al margen de negociación⁵⁵.

Debe valorarse la existencia de contratos similares o vinculados que las partes tengan con otras personas a fin de establecer las variables que puedan entorpecer o favorecer la negociación y la necesidad de prever cláusulas especiales.

También es relevante tener en cuenta si estamos en presencia de partes unipersonales o plurales dado que en este último supuesto puede haber divergencias internas que retarden, al necesitarse la ratificación del acuerdo, la conclusión del contrato y esto puede ser utilizado como arma o estrategia tanto por la parte plural como por la otra en la fijación de cláusulas que afecten el equilibrio contractual⁵⁶.

En la negociación hay que tener en cuenta la importancia que tiene la información y la veracidad de la misma ya que ello es determinante para la realización de un contrato,

⁵⁵ Suele hablarse también de contratos aislados o no relacionales y de contratos relacionales

⁵⁶ Garrido Cordobera, Lidia M. R, La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico Ed Heliasta

aunque suele sostenerse que cada parte esta mas preocupada por sus propios intereses que por el bienestar ajeno.

Es necesario y aconsejable en este proceso que cada parte internalice que podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de obtener el mismo fin con otro sujeto, un análisis de costos y beneficios, tener conciencia del tiempo invertido en la negociación y los márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada.

Dentro de la Teoría de los juegos, el contrato se encuadra dentro de los “juegos productivos” puesto que supone ventajas para todos los protagonistas, tiende a la cooperación para obtener un resultado común de eficiencia. Se supera el “dilema del prisionero” mediante contratos vinculantes, nadie elegiría una conducta no cooperativa dado que el incumplimiento contractual genera daños y perjuicios exigibles por la otra parte conforme al orden jurídico⁵⁷.

Con respecto al desequilibrio entre los contratantes se dice que debe haber una correlación de fuerzas entre las partes, pues no es posible negociar con un desequilibrio o asimetría insalvable, dado que acarrea en la parte dominante falta de interés y ninguna utilidad el realizar concesiones, un ejemplo de esta situación de falta de correlación se da en los contratos de adhesión.

Suele recalcarse que los futuros contratantes y en general los individuos se comportan como actores egoístas y racionales que operan en función de sus intereses de eficiencia perseguidos, sobre todo cuando van a formalizar un acuerdo contractual sin embargo con respecto al clima de la negociación la cooperación es posible aunque en realidad a una parte le sea indiferente la otra como en la compra de un atado de cigarrillos en un quiosco al paso, pero también existen situaciones en que la cooperación derivara de la interdependencia o la empatía.

Otro extremo que en la negociación se tiene en cuenta es la reputación de las partes, es lo que en el análisis económico se conoce como “mecanismo de Goodwill” que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis esta tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones⁵⁸.

Las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes pero hay que tener en cuenta también lo que Williamson llama el comportamiento oportunista, que se da cuando quien ha despertado la confianza en el otro, -que mantiene una actitud cooperativa-, quiebra esa confianza y elige una actitud no cooperativa.

Generalmente el Derecho mediante el juego armónico de sus normas nos permite establecer las consecuencias reordenar al contrato cuando este ha sufrido alteraciones, fijar sus alcances y a través de la aplicación de las teorías de la apariencia, de los actos propios y o de la buena fe solucionar los conflictos que el trafico negocial presenta a diario⁵⁹.

⁵⁷ Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus, Manual de Análisis económico del derecho, Ed Tecnos

⁵⁸ Shafer, Hans Bernd y Ott, Claus, Manual de Análisis económico del derecho, Ed Tecnos

Frente a esto Hume pensaba que solo un demente o un bufón podría renunciar a utilizarlo y esta tan extendido dado que ante los costes de información altos para realizar un contrato perfecto los individuos en relaciones estables se apoyan en él.

⁵⁹ Garrido Cordobera, Lidia M.R., La Buena fe como pauta de interpretación en los contratos en Tratado de la Buena fe en el derecho Ed La Ley

6. El orden publico y el proteccionismo de los débiles en la sociedad

Coincidimos en que el orden publico es una manifestación de una realidad fluyente que esta dada por el interés general y que tiene por efecto volver imperativa una norma en determinado caso concreto por arriba de otras que aparecen también aplicables⁶⁰

El interés general da sentido y fundamento a la calificación de una norma como de orden publico y le da imperatividad y justifica su aplicación, esta teñido de un componente axiológico, de valores fundamentales de una sociedad que permiten jerarquizar ese interés de la comunidad, conciliar los intereses individuales con los colectivos o sociales en aras de un orden

El orden publico no solo reconoce su fuente en la ley sino se nutre de las otras fuentes del derecho través de los tiempos y reconoce diferentes clasificaciones que evidencian los intereses en juego, con mas valor didáctico que practico a veces pero nunca son estáticos.

Manifiestan Nicolau y Hernández que la noción de orden publico no puede darse con facilidad, pues se vincula con los valores que una comunidad considera indispensables para su organización y reconocen que en materia contractual el orden publico tiene enorme influencia⁶¹

El orden publico económico de dirección es un conjunto de normas obligatorias referidas al mercado como instrumento de organización de la sociedad mientras que el orden publico económico de protección es el conjunto de normas que tiene en miras la defensa de los débiles en el mercado

Nos interesara en esta oportunidad dentro del orden público económico, el orden público de protección ya que tiende a resguardar a una de las partes contratantes considerada la mas débil y particularmente tiende a mantener el equilibrio interno del contrato haciendo a la justicia del contrato o mejor dicho a la justicia conmutativa.

Puig Brutau señalo que en muchos casos las normas de derecho necesario han convertido ciertas relaciones contractuales en relaciones que implican obligaciones de origen legal y que significa esto una regresión del contrato al status⁶².

Alterini señala que en la actualidad los códigos contienen la *lex generalis* con disposiciones abstractas y permanentes que son la base sobre la que se asientan las leyes especiales y que los estatutos según Geldart tienen funciones de adenda y de errata pero recuerda lo señalado por Ascarelli de que suelen convertirse finalmente en derecho común. De tal modo que, concierne genéricamente a la persona, cuya noción ha sido puesta en el primer plano en el derecho moderno, y por eso las disposiciones originariamente emplazadas en los estatutos van siendo incorporadas a los códigos⁶³.

Recordemos que que la denominada doctrina de la emergencia economica se aplica a situaciones transitorias y se sustenta en el ejercicio por el Estado del poder de policia, recociendo como limites su razonabilidad, temporalidad, la limitacion de ser proporcinal y no desconozca arbitrariamente garantias individuales o colectivas, ser declarada por el Congreso y se justificada en razonesatinentes a fines y necesidades publicasdel bienestar general

⁶⁰ Santarelli, Fulvio, Contrato y Mercado, pag 101, Ed La Ley

⁶¹ Nicolau, Noemi, Hernandez, Carlos, Contratos, pag 51, Ed La Ley

⁶² Alterini, Atilio A, Contratos – Teoria General, Ed Abeledo Perrot

⁶³ Alterini, Atilio A, Contratos– Teoria General, Ed Abeledo Perrot, Alterini, Atilio A, Estudios de derecho civil, Ed La Ley

El prisma constitucional cobra sentido en tanto la norma constitucional pueda ser una guía interpretativa a la hora de dirimir el carácter normativo (disponible o indisponible) de normas relativas por ejemplo a la locación habitacional, que no han establecido claramente su carácter imperativo.

7. Las Locaciones urbanas con destino a vivienda y su Función social a través de los últimos años y las normas que se dictaron

En materia de locaciones urbanas recordemos que el Decreto 1580 de 1943 inicio un largo periodo en el que normas sucesivas dictadas hasta 1976 fueron prorrogando un régimen tuitivo limitando la autonomía de la voluntad en esta materia, sometido al interés superior del Estado que no encontraba solución practica al déficit habitacional⁶⁴

El Código Civil y Comercial del 2015 establecio, un regreso a la regulación unificada del contrato de locación -para muebles, inmuebles e incluso universalidades jurídicas-, aun cuando la Ley 13.246 de arrendamientos y aparcerías rurales continúa vigente⁶⁵. La Ley 23.091 de Locaciones Urbanas, que fuera derogada para unificar la materia locativa en el Código Civil y Comercial, realizaba una declaración genérica acerca del carácter de orden público de sus normas, sin distinguir el destino locativo ni el sector contractual de que se trate⁶⁶ sin distinguir el destino habitacional o comercial del inmueble, considerándose indisponibles todas las normas relativas por ejemplo al precio, plazos o forma, estableciendo una fuerte proteccion al debil de la relacion contractual.

Esta manera de regular, implico que debamos considerar al contrato de locación como dentro de un sistema paritario en el que la regla es la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 959 CCCA) en el que en principio, las disposiciones legales son meramente supletorias de la voluntad de las partes (art. 962 CCCA) o hacerlo como un contrato de consumo (art 1092 CCCA). o de adhesión (art 984 CCCA). Recordemos que en los contratos celebrados por adhesión, el margen de autonomía se reduce, sobre todo en relación con el control de contenido del contrato que deriva de las disposiciones sobre cláusulas abusivas y en los contratos de consumo impera el orden público protectorio, limitando fuertemente la autonomía de la voluntad.

Creemos que el sistema contractual de cada locación dependerá (como en cualquier contrato), de su celebración por adhesión a un modelo contractual en el que el locatario no participó en su redacción (art. 984 CCCA), o del carácter de consumidor (destinatario final) y proveedor (profesional de la actividad u ocasional) que pueda atribuirse respectivamente al locatario y al locador (arts. 1092 y 1093 CCCA, y arts.1 y 2 , ley 24.240).

⁶⁴ Garrido, Roque, Zago Jorge, Contratos t1 2da ed, pag 555, Ed Universidad

⁶⁵ De la Ley 21.342 solo quedo el art. 6°. Garantía del Estado. El Estado garantiza la libertad de contratación y el ejercicio regular de los derechos de los contratantes en las locaciones iniciadas o que se inicien a partir del 1 de enero de 1974. Las condiciones pactadas entre locadores y locatarios no serán alteradas por el Poder Público ni este aplicará medidas en relación con las locaciones urbanas que deban ser cumplidas a expensas de una sola de las partes.

⁶⁶ En efecto, en su art. 29 , declaraba: «las disposiciones que se establecen en la presente ley son de orden público».

El sistema perdio la rigidez propia de la declaración genérica de orden público, produciendo un ensanchamiento de la libertad de los contratantes. Sin embargo, el orden público protectorio se ha perfilado de manera más puntual en atención a la locación frente a la cual nos encontremos, discriminando la locación celebrada por adhesión, la de consumo y sobre todo cuando se mira la locación con destino habitacional. Pues cuando la locación tenga destino habitacional, deberá considerarse especialmente la protección del derecho a una vivienda digna establecido en el art. 14 bis de la CN Las disposiciones de los arts. 1196 (límites a las exigencias de pagos anticipados) y 1222 (intimación de pago previa al desalojo), son ejemplos normativos de esta protección de la locación habitacional ya en CCCN y que se modifican nuevamente por la ley 27551 publicada BO el 30 de junio 2020

Pero el análisis de un caso concreto debe tomar en consideración que el nuevo Código ha recibido y consagrado expresamente lo que ha dado en llamarse la constitucionalización del derecho privado además de la Ley 2755 de lo que resulta que la dimension social y economica del contrato y al ser la protección de la vivienda un mandato constitucional, puede derivarse en el caso concreto la existencia de un derecho constitucionalmente protegido en juego cuando se trata de la locación de un inmueble con destino habitacional en contrapeso al derecho de propiedad emergente de dominio y del contrato.

Debido a la situación de la Pandemia y a Argentina de crisis crónica de déficit habitacional que sufre la Argentina, basándose en la Ley 27541 de Emergencia Pública a partir del 12 de marzo del 2020 se fueron dictando Decretos por parte del Poder Ejecutivo, en la materia de tratamiento especial importancia tendrá el 320 que está previsto en sus efectos hasta el 30 de septiembre de 2020 y que con la sanción de la Ley de Locaciones con reformas al CCCN y nuevas disposiciones entra una transición se supone ordenada.

El Decreto de necesidad y urgencia 320/2020 ha previsto el congelamiento de cuotas y la suspensión de los desalojos hasta septiembre de este año, para las locaciones residenciales y comerciales en caso de PyMEs, profesionales independientes y monotributistas, excluyéndose el caso del locador vulnerable que es el que depende del canon convenido para cubrir sus necesidades básicas o de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditarlo (art 10). La subsistencia de la fianza y un sistema para el pago de las deudas por las diferencias de precio en el art 6 de 3 a 6 cuotas iguales y consecutivas

En Los fundamentos del proyecto de ley 27 54 se dice expresamente que su fin es tender a mejorar las relaciones emergentes de los contratos de locación, regulados en la Sección 1a, Capítulo 4, Título IV del Libro Tercero del CCCA.

Destaca que si bien el mismo regula las cuestiones concernientes al contrato de locación, en particular los aspectos relacionados con la locación habitacional, la protección brindada resulta exigua en relación a las exigencias del tráfico jurídico actual y las necesidades generadas por la situación de debilidad y vulnerabilidad en la que se encuentran incurso determinados locatarios, siendo entonces necesario prever ciertos asuntos que conlleven una mayor claridad, seguridad y previsibilidad en las relaciones locativas.

Que se basa en la idea central de que facilitar las condiciones para que los hogares dispongan de una vivienda que supere mínimos estándares de calidad y sustentabilidad con acceso a adecuados bienes y servicios urbanos, debe constituir una prioridad para el gobierno, en tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley N° 23.313, y con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, y el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, reconocen el derecho al acceso a una vivienda digna.

Asimismo, que el alquiler es una de las formas más extendidas de acceso a una solución habitacional y que la población no propietaria depende de las condiciones de la oferta de soluciones habitacionales y de los recursos que obtiene del mercado laboral, razón por la cual resulta necesario implementar medidas que faciliten el acceso de las personas a una locación formal, como complemento de otras políticas de Estado que tengan por objeto la construcción de viviendas sociales o facilitar el acceso a créditos, como modo de acceso a una vivienda.

Se señala que existe una prioritaria y urgente necesidad de abordar la problemática del alquiler habitacional, diseñando e implementando mejores políticas y adecuando la legislación vigente con el objeto de contemplar mecanismos eficientes a los fines de facilitar el acceso a la vivienda.

En virtud de lo manifestado, se impulsa, en primer lugar, como beneficio para los locadores y los locatarios, brindar una opción de notificación más moderna, efectiva y de bajo costo, incorporando el “domicilio electrónico” además del domicilio especial para las partes, lo que permitirá, además, tener mayor seguridad respecto a la recepción de reclamaciones, minimizando la posibilidad de realizar acciones dilatorias.

A fin de reducir los costos del acceso al alquiler formal, se establece, en las locaciones habitacionales, que el depósito en garantía no podrá superar el importe del primer mes de alquiler sin importar la duración del contrato, regulando además la forma de devolución y el mecanismo de actualización de los valores entregados.

Se dispone la presunción que las comisiones, costos de intermediación, gastos de publicación y/o certificación de firmas o cualquier otro gasto en el que incurriere el corredor a los efectos de perfeccionar o renovar un contrato, están a cargo del locador, salvo pacto en contrario.

En lo referente a unidades que se alquilan bajo la identificación de alquileres temporarios con fines turísticos, de descanso o similares, aun cuando en rigor se trata de alquileres habitacionales, se establece que no solo se considerará una locación habitacional a aquella contratada por plazos superiores a TRES (3) meses sino a los que resultan de la firma de contratos consecutivos, no siendo en estos casos aplicable la excepción al plazo mínimo legal de contratación instituido por el artículo 1198 del CCCN.

Se establece que el locador habrá de mantener el bien en el estado convenido, por lo cual deberá proceder a su reparación cuando su calidad haya sido afectada por cualquier causa no imputable al locatario. Asimismo, se incorporan medidas de resguardo, ante el caso en que el locador no resuelva situaciones urgentes notificadas que pongan en riesgo la adecuada habitabilidad del inmueble, facultándose al locatario a realizarlas con cargo al locador, agregándose otras medidas protectorias para el caso en que sean necesarias reparaciones no urgentes que por falta de atención del locador deban también ser ejecutadas por el locatario. En ambos casos se faculta al locatario a compensar con los cánones locativos los costos afrontados originalmente a cargo del locador.

Se dice que con la finalidad de brindar mayor claridad respecto a las obligaciones de las partes de un contrato locativo, establecer que no están a cargo del locatario las expensas extraordinarias, por lo cual toda estipulación en contrario será inválida, estableciendo asimismo parámetros para evitar que se encubran las expensas extraordinarias como ordinarias, despejando así las dudas que pudieran surgir respecto a cuáles son los gastos que están a cargo del locatario.

Con respecto al plazo destaca que la duración mínima de 2 años de los contratos de locación, aplicable también a las locaciones habitacionales, genera perjuicios a los inquilinos, en virtud de que el corto plazo de contratación genera una situación de incertidumbre a los locatarios al no tener certeza si el alquiler le será renovado, si se mantendrán las condiciones locativas de modo tal que puedan afrontarlas, si serán capaces de conseguir nuevamente las garantías necesarias o si éstas serán aceptadas por los locatarios. A lo cual se le suma la posibilidad cierta de tener que afrontar los altos costos de mudanza, más la puesta a punto de una nueva unidad habitacional a arrendar y que la posible mudanza puede implicar también el cambio de barrio, acarreando esta posibilidad el traspaso de los niños a otro establecimiento educativo, la búsqueda de un nuevo centro de atención de ancianos, personas discapacitadas, etc., razón por la cual se extiende el período mínimo de la locación habitacional a 3 años y se establece el mismo plazo para las comerciales, que en general así lo requieren por la previsibilidad que todo emprendimiento de este tipo necesita.

En el caso de que se resuelva en forma anticipada el contrato, se dispone que no corresponderá el pago de indemnización cuando la notificación al locador se hiciese con una anticipación de 3 meses o más, teniendo en cuenta la razonabilidad del plazo establecido a los fines de que el locador adopte los recaudos pertinentes.

Con fin de asegurar los intereses de ambas partes, establece una serie de prerrogativas referidas a la validez de las notificaciones aun ante la negativa de recepción de las mismas, la obligación de restituir el bien alquilado y la facultad de iniciar acciones de desalojo mediante los procedimientos más abreviados disponibles en cada jurisdicción y se estipula sobre la prohibición del locador de negarse a recibir las llaves del inmueble, configurándose mecanismos de consignación de las mismas, disponiéndose que en ningún caso se deberán alquileres ni ningún tipo de obligación accesorio a partir de la fecha de la notificación fehaciente realizada al locador para que reciba las llaves. Adicionalmente se establece un mecanismo de consignación para los casos en que el locador se rehúse a cobrar el canon locativo.

En materia de garantías destaca que la falta actual de opciones para la presentación de ellas resulta una barrera que dificulta el acceso a una vivienda, sobre todo para quienes no disponen de garantía propietaria, lo que genera una fuerte expulsión de sectores medios-bajos del mercado inmobiliario formal, debiendo las familias con menos recursos resolver por otras vías el acceso a la vivienda, lo cual acrecienta la demanda de espacios en inquilinatos, hoteles-pensión y casas tomadas.

Se recalca que corresponde tener en cuenta que los alquileres que se desarrollan en el mercado informal, se realizan sin que medie un contrato legal, por lo que los precios, las condiciones habitacionales y las arbitrariedades a las que se someten las familias que deben recurrir a ellos, son sumamente desfavorables, sobre todo si tomamos en cuenta los alquileres que se verifican en los asentamientos informales. El alquiler informal no implica sin embargo el pago de precios más bajos ya que en la mayoría de los casos las familias deben afrontar costos tan elevados como los del mercado formal para acceder a una

habitación de tamaño reducido, con baño y cocina compartida y, en general, en grave estado de precariedad edilicia. Manifiestan que en la actualidad un gran número de familias, por falta de una garantía propietaria, no pueden acceder al alquiler habitacional con contratos de 2 años, encontrándose obligados a suscribir contratos de alquiler de corto plazo.

Esto implica afrontar precios mucho más elevados, actualizar depósitos y pagar comisiones cada 6, 9 o 12 meses y, en ocasiones, pagar varios meses de alquiler por adelantado y vivir constantemente con la inestabilidad de un contrato a punto de vencerse. Teniendo en cuenta esta realidad, se prevén diferentes tipos de garantías para la locación habitacional y la posibilidad de que el locatario opte entre dos ellas, una de las cuales deberá aceptar el locador y se fija además un límite vinculado al valor locativo para dichas garantías. Destacan la inclusión entre las garantías que el locatario podrá ofrecer al locador los seguros de alquiler, que se encuentran en un efectivo desarrollo y expansión, los que suelen cubrir el pago mensual del canon locativo, las expensas, los impuestos, los daños a la propiedad, gastos jurídicos, responsabilidad civil (cristales, robo, incendio, entre otros), servicios de emergencias y cobertura para el inquilino y su grupo familiar por todo el contrato, lo que constituye entonces una opción sumamente ventajosa para muchos inquilinos con dificultades en disponer de una garantía propietaria.

A fin de darle mayor seguridad la relación locativa regula la cuestión de indeeexacion o ajustes ya que la prohibición de indexación estatuida mediante los artículos 7° y 10 de la Ley de Convertibilidad del Austral N° 23.928, sancionada en el año 1991 y sus modificatorias, en virtud de que la imposibilidad de generar ajustes generó mecanismos de actualización de contratos basados en perspectivas, muchas veces subjetivas, relacionadas con la inflación futura, previsiones que en general no se cumplieron según lo esperado, ocasionando diferencias a favor de una u otra parte según el período que se analice. Por este motivo, se exceptúa a todos los contratos locativos de la prohibición prevista en los artículos 7° y 10 de la señalada Ley N° 23.928 y sus modificatorias y se establece que deberán aplicarse índices de actualización oficiales.

En el caso de los alquileres habitacionales, se establece además el precio del alquiler deberá fijarse como valor único y por períodos mensuales, sobre el cual sólo podrán realizarse ajustes semestrales o mayores, unificándose el esquema de definición del precio, su cobro y su actualización, con lo cual se espera generar previsibilidad y estabilidad en el mercado y para los alquileres inferiores al valor que fijen las provincias y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, o en su defecto de menos de mil unidades de valor adquisitivo (UVA), se prevé un índice combinado conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTTE), que deberá ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA)..

Coincido en que considerar trascendente es el reconocimiento del alquiler como solución habitacional y temática a incluir dentro de las políticas de Estado de promoción del acceso a una vivienda a cargo de la Secretaria de Vivienda dependiente del Ministerio del interior, Obras Publicas y Vivienda, fijando entonces la necesidad de promover acciones de apoyo a los inquilinos con dificultades, lo que generará múltiples beneficios para el amplio colectivo de locatarios y la especial atención que debe brindarse a personas en situación de violencia de género, jubilados, pensionados y titulares de prestación de desempleo.

Finalmente, se propone la posibilidad de desarrollar servicios de resolución de conflictos adaptables a las características locales, utilizando los métodos más apropiados que permitan prever y resolver disputas relacionadas con locaciones habitacionales, la aplicación inmediata del sistema de mediación prejudicial para conflictos emergentes de las locaciones, haciéndola obligatoria para el caso de los desalojos, previendo expresamente la aplicación del beneficio de la mediación gratuita para aquellas personas que no cuenten con recursos de subsistencia y acrediten esta circunstancia.

De todas las normas por el contenido con que vincule este trabajo me permito rescatar el Art 18 del alquiler social inserto justamente en el Título III denominado Programa Nacional de Alquiler Social (art 18 Alquiler social. Crease el Programa Nacional de Alquiler Social destinado a la adopción de medidas que tiendan a facilitar el acceso a una vivienda digna en alquiler mediante una contratación formal) y el Título IV que se vincula con la cooperación al establecer los Métodos alternativos de resolución de conflictos pese a seguir sosteniendo la necesidad de la renegociación como salida para el interés común

En el contrato de locación con destino a vivienda vemos un pleo normativo pero no debemos perder de vista que el contrato desde el momento mismo de la negociación debe propender a fines éticos y no meramente a fines egoístas y oportunistas, ni ser simplistas y creer que hay buenos vulnerables y malos egoístas.

El Locador, dueño o propietario puede haber llegado a serlo como resultado de años de esfuerzos o ser el producto de su trabajo para completar sus ingresos de jubilación, en una separación matrimonial ser el bien adjudicado, etc y el locatario también puede ser el hijo de un empresario internacional que alquila una casa en San Telmo para vivir una experiencia diferente.

Reflexión Final:

Vemos que en la realidad socio-económica del siglo XXI, la cuestión de la finalidad social contractual y los fenómenos a los que se aplica conllevan a una de las tareas más importantes que consiste en darle a este contrato de ejecución continuada, de duración, oneroso, relacional, los alcances debidos, donde se precisa no solo la conformidad con el orden público y las buenas costumbres, sino que se pide a las partes la sinceridad, la confianza, el honor de la palabra empeñada, la colaboración y se intenta realizar la Justicia en esta norma particular, con dimensión social, enmarcada y protegida en la Constitución Nacional que es el contrato de locación con destino a vivienda