

*Orden público en el contrato de locación en el Código Civil y Comercial**

Por Rodrigo Pellejero

1. Introducción

Las normas referidas a la locación urbana han experimentado un cambio que tiende a un mayor espacio de autonomía de la voluntad. El orden público generalizado para todas las normas referidas a locaciones urbanas ha sido reemplazado, desde la vigencia del Código Civil y Comercial por uno más flexible, que depende del objeto locado y del sector de contratos de que se trate.

2. El orden público en la ley de locaciones urbanas

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 trate. En efecto, en su art. 29, declaraba: “las disposiciones que se establecen en la presente ley son de orden público”.

Así, hasta la mencionada derogación por el nuevo Código Civil y Comercial, convivía un sistema específico para las locaciones de inmuebles urbanos con unas pocas y específicas normas de orden público, junto con la regulación general del contrato de locación que efectuaba el Código Civil, regido por el principio de la autonomía de la voluntad, en el que se presuponía el carácter supletorio de sus normas.

La declaración genérica de orden público que efectuaba la ley de locaciones urbanas, no distinguía el destino habitacional o comercial del inmueble, considerándose indisponibles todas las normas relativas por ejemplo al precio, plazos o forma.

En este sentido se destaca el precedente de la Corte Suprema de Mendoza¹ con voto de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci en el que se declaró que la renuncia a la facultad de resolver anticipadamente un contrato comercial (art. 8, ley 23.091) era inválida, atento el carácter de orden público de la norma. En comentario a este importante precedente², se ha puesto de manifiesto una cierta tendencia en el derecho comparado a una morigeración del orden público para dar lugar a una mayor autonomía de las partes. Esta tendencia parece haberse hecho realidad en nuestro derecho desde la vigencia del Código Civil y Comercial, que derogó la ley 23.091.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ CS Mendoza, 10/6/03, “Triunfo Coop. de Seguros Ltda”, LL, 2004-A-137.

² Esborraz, David F. - Fresneda Saieg, Mónica - Hernández, Carlos A., *Reflexiones sobre el orden público en materia locativa*, “Obligaciones y Contratos. Doctrinas Esenciales”, t. V, p. 773.

3. Normas indisponibles y supletorias en el Código Civil y Comercial

El orden público ha sido recogido en el Código Civil y Comercial (art. 12) como un límite a la autonomía negocial de los contratantes, límite incluso protegido contra el fraude a la ley.

Por otro lado, el nuevo Código introduce en su art. 962 una norma expresa sobre el carácter de las normas legales referidas a la materia contractual. En nuestra legislación anterior no existía una norma legal tan precisa. El citado artículo dispone: “*Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible*”.

Esta norma es una directriz de interpretación del derecho legislado de los contratos. Establece la presunción del carácter supletorio de ese derecho, es decir, que como regla prevalece lo pactado por las partes por sobre lo establecido por el legislador, actuando así estas normas en general como “*default rules*”, es decir, aquellas que operan cuando las partes nada han previsto en contrario. La norma en examen significa una apertura al principio de la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, el mismo texto legal establece que una norma de derecho contractual puede ser considerada “indisponible” si ello se puede deducir: a) de su expresión; b) de su contenido, o c) de su contexto. La norma indisponible refleja un contenido que no puede ser dejado de lado por la autonomía de la voluntad. Una cuestión muy ardua será determinar el carácter de la norma cuando no contiene una declaración expresa sobre su carácter. En efecto, a falta de una declaración “expresa” su carácter indisponible puede ser deducido de “su contenido” o de “su contexto”. Precisar este carácter en un caso concreto es un difícil ejercicio de interpretación legislativa³.

Por lo demás, en nuestro nuevo ordenamiento privado, no se verifica un retroceso absoluto de las normas indisponibles, sino un afinamiento de esta noción, en tanto existe un campo específico de protección de los contratantes por adhesión o de consumo⁴.

En el tema que nos ocupa, existen diversas previsiones legales que en el contexto normativo anterior al Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 eran consideradas indudablemente de orden público o indisponibles. Actualmente, a la luz de esta presunción de supletoriedad, y ante la desaparición de una declaración genérica de orden público, debemos reexaminar –sin caer en la inercia de las interpretaciones ya consolidadas– el carácter de las normas en materia locativa. Así, por ejemplo, cabe preguntarse cuánto de indisponible hay en las disposiciones sobre plazo, precio o mejoras.

³ Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, t. V, p. 561 a 563, sostiene que cuando la interpretación filológica no auxilie deberá acudir al elemento lógico y, a continuación, brinda ejemplos de ello.

⁴ Lorenzetti, Ricardo L., *Análisis crítico de la autonomía privada contractual*, LLOnline, 003/0002084.

4. La recodificación y la derogación de la declaración general de orden público

Durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield, ya desde principio del siglo XX diversas leyes especiales⁵ regularon de manera más parcial o más general a la locación de vivienda de una manera micro sistémica. Es decir que paralelamente al sistema del contrato de locación del Código Civil, convivía un microsistema para la locación de vivienda o para la locación urbana, además de la locación o arrendamiento rural. El régimen legal de mayor duración temporal ha sido el de la ley 23.091, ahora derogado.

El Código Civil y Comercial vigente establece, en este sentido, un regreso a la regulación unificada del contrato de locación –para muebles, inmuebles e incluso universalidades jurídicas–. Se trata de un claro intento recodificador⁶, aun cuando la ley 13.246 de arrendamientos y aparcerías rurales continúa vigente⁷.

La nueva recodificación implica un cambio no solo metodológico. Implica que el contrato de locación está regulado dentro de un sistema en el que la regla es la autonomía de la voluntad (arts. 958 y 959) y en el que debemos interpretar que, en principio, las disposiciones legales son meramente supletorias de la voluntad de las partes (art. 962)⁸.

Es muy significativa la derogación de la ley 21.342 denominada de “normalización de las locaciones urbanas”. Esta derogación está indicando un norte de autonomía de la voluntad en las relaciones locativas. En efecto, solo sobrevive a dicha derogación el art. 6 de la norma que transcribo: 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 éste aplicará medidas en relación con las locaciones urbanas que deban ser cumplidas a expensas de una sola de las partes”⁹.

La locación se ha “recodificado”, derogándose el “microsistema” que ha pasado a subsumirse en el “sistema” del Código unificado. Pero por fuera del sistema el legislador advierte a los contratantes que el Estado garantiza la libertad de contratación y el ejercicio regular de los derechos. Esta idea protectoria de la libertad contractual entre las partes se refuerza con el actual texto del art. 965 del Cód. Civil y Comercial que expresa que: “*Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante*”¹⁰.

⁵ López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Bs. As., Zavalía, t. 3, p. 390 a 400, quien hace un completo recuento de las diversas normativas dictadas desde 1921 en adelante, no dudando en calificarla de “torturada historia”.

⁶ Nicolau, Noemí L., *La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado*, “Trabajos del Centro”, n° 2, 1997.

⁷ Viale, Domingo A., *Los contratos agrarios (como parte integrante del derecho privado argentino)*, Bs. As., La Ley, 1996.

⁸ Carnaghi, María C., *El orden público en el contrato de locación*, LL, 2015-D-774, concluye como un avance la derogación de la declaración genérica de orden público y analiza su impacto especialmente frente a las diferentes maneras de fijar el precio.

⁹ Carnaghi considera la supervivencia de esta norma como un “dato de color”.

¹⁰ Se ha entendido que la norma en cuestión resulta un “aporte pedagógico” en el sentido que recoge lo que ya estaba dispuesto en la Constitución Nacional en el entendimiento que le ha dado la

5. La “sectorización” de los contratos

El derecho contractual actual no puede ser cabalmente comprendido si no se tiene presente que si bien existe una definición unificada del contrato –a diferencia del Proyecto de 1998– éste presenta “sectores” nítidamente perfilados. En efecto, ningún análisis contractual será correcto si no se analiza de manera previa a toda otra consideración si nos encontramos frente a un contrato negociado o paritario, un contrato por adhesión o un contrato de consumo¹¹. El encuadre del contrato (a celebrar o a interpretar) en uno de estos tres diferentes sectores resultará en la existencia de un orden público de mucha menor o mayor intensidad, siendo el contrato paritario el de menor intensidad y el de consumo el de mayor intensidad.

Es claro que en un contrato paritario rige plenamente la regla general de la autonomía de la voluntad, por lo que a la hora de analizar las normas legales aplicables a dicho contrato tendrá plena eficacia la comentada disposición del art. 962 que presume el carácter disponible de las normas contractuales. 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. Finalmente, en los contratos de consumo, las mismas normas sobre cláusulas abusivas sumadas a las numerosas regulaciones específicas para estos contratos, crean un ambiente en el que campea el orden público protectorio, limitando fuertemente la autonomía de la voluntad.

El “sector” contractual al que corresponda 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), o del carácter de “consumidor” (destinatario final) y “proveedor” (profesional de la actividad) que pueda atribuirse respectivamente al locatario y al locador (arts. 1092 y 1093, Cód. Civil y Comercial, y arts. 1 y 2, ley 24.240).

6. Destino habitacional y protección de la vivienda

Pero el análisis de un caso concreto no sería correcto si no se tomara en consideración que el nuevo Código ha recibido y consagrado expresamente lo que ha dado en llamarse la “constitucionalización del derecho privado” (art. 1). En este sentido, la protección de la vivienda es un mandato constitucional. De allí puede derivarse en el caso concreto que existe un derecho constitucionalmente protegido en juego cuando se trata de la locación de un inmueble con destino habitacional.

La constitucionalización del derecho privado tiene sentido si se derivan de esta idea consecuencias concretas “decisionales que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización”¹². Señalar que los arts. 1195 y 1196 establecen una protección especial para el caso de locaciones habitacionales es una tarea que puede llevarse a

propia Corte Suprema de Justicia en los fallos “Bourdieu”, *Fallos*, 145:307 y “Avico”, *Fallos*, 172:21, conf. Alterini, *Código Civil y Comercial comentado*, t. V, p. 64.

¹¹ Hernández, Carlos, *El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., La Ley, Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial, 2015, p. 51.

¹² Sozzo, Gonzalo, *El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino*, www.justicia-santafe.gov.ar/ckfinder/userfiles/files/centro-de-capacitacion-judicial/actividades-2017/4355.pdf, p. 232.

cabo sin recurrir al texto constitucional. 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 a la locación habitacional, que no han establecido claramente su carácter imperativo¹³.

7. ¿Cómo opera el orden público en la locación?

En síntesis, de lo expuesto, y como respuesta al interrogante de ese título, pueden señalarse las siguientes características:

a) La norma general en materia locativa es la autonomía de la voluntad, por lo que debemos presumir el carácter “disponible” de las normas en la materia (art. 962, Cód. Civil y Comercial, y art. 6, ley 21.342).

b) Cuando la locación es celebrada por adhesión (art. 984), existe una importante restricción a la autonomía de la voluntad derivada principalmente del régimen legal de cláusulas abusivas (art. 988) y de su control de contenido e interpretación.

c) Cuando la locación es de consumo, se aplicará un sistema protectorio del locatario, con una marcada prelación normativa en defensa de sus intereses (art. 1094, Cód. Civil y Comercial, y art. 3, ley 24.240, a la luz de la protección constitucional derivada del art. 42, Const. nacional).

d) Cuando la locación tenga destino habitacional, deberá considerarse especialmente la manda constitucional de protección del derecho a una vivienda digna establecido en el art. 14 bis de la Const. nacional. 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.

8. Conclusión

En conclusión, el sistema ha perdido 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 la locación con destino habitacional.

© Editorial Astrea, 2017. Todos los derechos reservados.

¹³ La discusión en torno al desalojo de inmuebles locados en los que habitan menores demuestra las tirantezas interpretativas cuando hay en juego tensiones entre los distintos derechos. Véase el acuerdo 122 de julio de 2014, de la Cámara de Circuito de Rosario “Castro c/Pérez, Rosa”.