

La protección del acceso a la vivienda en el marco del contrato de locación

Ezequiel Valicenti (Fac. Derecho – UniCen)

ezequielvalicenti@gmail.com

Comisión 1: Consumidores hipervulnerables

Conclusiones:

1.- El derecho a la vivienda adecuada -con el contenido fijado por los estándares internacionales- tiene vigencia en las relaciones de derecho privado, especialmente en el contrato de locación. Se trata de una consecuencia concreta y tangible de la constitucionalización del derecho privado y de la vigencia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

2.- El derecho privado ha tomado en consideración el derecho a la vivienda para proteger a ciertos *propietarios vulnerables* mediante institutos que perviven en la legislación vigente como la tutela del "inmueble destinado a vivienda" y la atribución de la vivienda familiar (arts. 243, 244 y ss. del CCCN). El derecho humano a la vivienda adecuada provee nuevas razones para la protección no ya del propietario sino del locatario de una vivienda.

3.- En el derecho infraconstitucional, la tutela del locatario de una vivienda se encuentra desarrollada mediante una protección acumulada de: a) normas sistémicas provenientes de la teoría general del contrato; b) reglas provenientes de las normas generales del contrato de locación; c) reglas específicas de la locación con destino habitacional; d) normas provenientes del microsistema de defensa del consumidor. La pluralidad de normas obedece a una acumulación de situaciones de vulnerabilidad (la del locatario, la del locatario habitacional, y la del consumidor). El mecanismo idóneo para el funcionamiento de esta plurinormatividad es el diálogo de fuentes.

4.- Cuando se encuentra en juego el derecho a la vivienda en el marco de un contrato de locación, corresponde proteger al locatario frente a conductas discriminatorias del propietario-locador en el acceso al contrato, máxime si se verifica una relación de consumo (art. 1098, CCCN).

5.- La protección del locatario con destino a vivienda se proyecta sobre ciertas *situaciones jurídicas abusivas* derivadas de una conexidad de contratos o actos jurídicos, particularmente en lo relativo a las garantías accesorias, la intervención de un corredor y los "convenios de desocupación".

La protección del acceso a la vivienda en el marco del contrato de locación

1.- Introducción. Derechos fundamentales y relaciones de derecho privado.

El presente trabajo se inscribe en un interrogante basto que hace referencia a cuáles son las tareas actuales del derecho privado¹ y, especialmente, cuáles son sus funciones frente al progresivo desarrollo de los llamados “derechos fundamentales”. Desde hace varios años la doctrina argentina viene refiriendo al proceso de constitucionalización del derecho privado, denominación que, a mi juicio, dista de ser unívoca y precisa. La fórmula parece tener en la actualidad un sentido diferente al que originalmente pudo tener. En términos generales, creo percibir que la mentada constitucionalización del derecho privado constituye el canal de entrada para los interrogantes derivados de la vigencia en las relaciones entre particulares de ciertos derechos o garantías que tradicionalmente fueron percibidas con relación al Estado. Esto probablemente implique la gran transformación del derecho privado en la posmodernidad, un derecho privado que debe resignificar sus fundamentos y revisar sus soluciones jurídicas para compatibilizarlas con principios tradicionalmente propios del derecho constitucional o de los derechos humanos.

Este trabajo pretende inscribirse en esta última línea de desarrollo, al indagar los efectos concretos que la vigencia de principios y reglas de derechos fundamentales proyectan sobre el contrato de locación con destino habitacional –particularmente, el derecho al acceso a la vivienda adecuada–. En otras palabras, el objetivo de este trabajo es indicar la reconfiguración de la protección del locatario en el marco de aquellos contratos de locación.

2.- El acceso a la vivienda en el marco del contrato

2.1.- El derecho a la vivienda adecuada

En palabras del Relator Especial de la ONU en materia de vivienda adecuada, “*el derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de toda mujer, hombre, joven y niño a tener y mantener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y con dignidad*”. El derecho a la vivienda tiene holgado fundamento normativo: aparece reconocido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, con igual rango de jerarquía suprema por vía del art. 75 incs. 22, en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, entre otros instrumentos internacionales.

Los alcances del derecho a la vivienda adecuada han sido establecidos paulatinamente por diversos organismos del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante, Comité DESC) ha dicho, en la Opinión General 4 de 1991, que el derecho a la vivienda adecuada involucra una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta en su definición, tales como: a) *la seguridad jurídica de la tenencia*, noción que involucra diferentes mecanismos o formas jurídicas, entre las que el mismo Comité DESC menciona el alquiler; b) *la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*; c) *gastos soportables*, noción que para el Comité involucra la protección de los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres; d)

¹ ALPA, Guido, “Las tareas actuales del derecho privado”, en La Ley 2008-B, p. 1208.

habitabilidad; e) *asequibilidad*, aspecto que –en lo que aquí nos interesa– implica el deber de conceder a los grupos desaventajados un acceso pleno y sostenible para conseguir una vivienda; f) *lugar*; g) *adecuación cultural*.

De las cualidades básicas que destaca el Comité DESC hay varias que impactan directamente en el derecho privado y desbordan la sola responsabilidad del Estado de proveer una vivienda a cada habitante –conceptualización superficial del problema–. Es decir, el problema de la protección del locatario en el contrato de locación es un problema de derecho privado pero también de derechos humanos puesto que involucra el acceso a la vivienda. De allí que corresponde volver a pensar cuestiones como la celebración del contrato –principalmente la selección del contratante–, el contenido del contrato e inclusive el desalojo, incluido el caso de desahucio por falta de pago.

2.2.- Tutela de la vivienda en el derecho privado

La protección de la vivienda adecuada presenta se canaliza en el derecho privado mediante diferentes mecanismos. Tradicionalmente el derecho privado ha otorgado protección al *propietario* lo que, en términos del acceso a la vivienda, constituye una de las formas con las que el Estado genera *seguridad jurídica de la tenencia*. Si bien la protección es loable, vale realizar dos disquisiciones. La primera obedece a los verdaderos fundamentos de la protección. La propiedad privada es uno de los pilares del programa jurídico de la modernidad y del liberalismo político y económico, y por lo tanto las normas de derecho privado que protegen al propietario tienen origen en ideas diferentes a las que inspiran el derecho a la vivienda adecuada. Por otro lado, tal como lo ha destacado la Relatora Especial de la ONU sobre vivienda adecuada, el curso de la historia muestra una primacía de la propiedad privada como mecanismo de desarrollo de aquel derecho fundamental, a partir de lo cual “*la mayoría de los países optaron por promover los mercados inmobiliarios y la propiedad privada, privatizando los programas de viviendas sociales y desregulando los mercados de crédito inmobiliario*”².

Más allá de la protección genérica de la propiedad privada –que asegura el derecho a sus titulares– el derecho privado ha previsto además una tutela diferenciada, como respuesta a la vulnerabilidad especial del *propietario* de una vivienda única que destina a la habitación familiar. Dicha protección se ha canalizado tradicionalmente mediante el régimen del “bien de familia” iniciado con la ley 14.394. La sanción del Código Civil y Comercial ha potenciado esta protección del “inmueble destinado a vivienda” (arts. 244 a 256, Código Civil y Comercial). Además, el Código incorpora la protección de la mujer y los menores en el momento de la atribución de la vivienda familiar como producto de una separación, situación de vulnerabilidad también advertida por los organismos internacionales (art.243, Cód. cit.).

2.3.- La vivienda en el derecho de los contratos.

Lo dicho respecto a la tutela del propietario vulnerable no presenta grandes dificultades puesto que la evolución se ha desarrollado dentro de las bases filosóficas del derecho privado e inclusive constituye una ratificación del paradigma liberal que sostiene la propiedad privada como constitutiva de la persona. Las dificultades se presentan en el marco del contrato pues, como veremos, la mayor protección del locatario –quien,

² ROLNIK, Raquel, *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Consejo de Derecho Humanos-ONU, 2012, cita: A/HRC/22/46.

mediante el contrato abastece su derecho fundamental de acceso a la vivienda adecuada— colisiona con la posición jurídica del propietario-locador. El problema presenta actualidad, pues como ha señalado el Programa ONU-Habitat, “los convenios de arrendamiento y los contratos de compraventa entre particulares satisfacen una proporción importante de las necesidades en materia de vivienda”³.

Los avances en materia de vigencia y judicialización derechos económicos, sociales y culturales⁴, constituye un enorme desafío para el derecho privado y, particularmente para el derecho privado patrimonial, dar ingreso en sus soluciones a las exigencias provenientes de aquellos derechos humanos⁵. Arribar a esta conclusión es posible si se reconoce la plena efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. La tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a los particulares, denominada *Drittwirkung*, se remonta al año 1954 y en sus inicios comprendía, principalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión⁶. En palabras nacionales, se sostiene que la “fuerza normativa” de la Constitución alcanza no sólo a los órganos estatales sino también a los particulares⁷. Es decir, la vigencia horizontal de los derechos humanos es justamente el efecto más importante de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado.

En este marco, la pregunta que inspira estas reflexiones se resume a ¿cómo habrá de reconfigurarse la autonomía de la voluntad frente a la necesidad de permitir el desarrollo del acceso a la vivienda, en particular, en el marco de la locación de inmuebles?

Claro que —desde ya vale explicitarlo— no podría afectarse completamente la autonomía privada y obligar a la celebración compulsiva de un contrato de locación bajo el pretexto de cubrir la necesidad de acceder a una vivienda por parte del pretense inquilino. Sin embargo, también deben descartarse las soluciones opuestas que otorgan casi absoluta primacía a los derechos del propietario⁸.

En líneas generales, puede decirse que existen razones iusfundamentales suficientes para sostener que existe una norma —de derecho fundamental— que obliga a proteger al inquilino *en el marco del contrato*. Es decir, sin perjuicio de otras posibles formas de proteger el acceso y goce de a una vivienda adecuada, lo cierto es que la protección contractual del locatario es una vía de las que dispone el Estado para cumplir sus obligaciones internacionales. Es decir, uno de los deberes prestacionales del Estado consiste en disponer de una legislación adecuada a los derechos que debe amparar (art. 2, CADH). De allí que, una regulación diferenciada del contrato de locación con destino habitacional en beneficio del locatario no puede ser vista, *prima facie*, como lesiva de los derechos del locador-propietario, sino como un desarrollo de las exigencias provenientes del derecho humano a la vivienda.

En aduno a esta tesis, puede citarse la opinión de los organismos internacionales, sede en las que se ha dicho que como parte de las obligación de proteger “los Estados deben adoptar legislación u otras medidas para cerciorarse de que los actores privados -

³ ONU-HABITAT, *El derecho a la vivienda adecuada*, Geneva, 2010, p. 39.

⁴ Corresponde remitir a la obra capital de ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

⁵ CAMELO DÍAZ, Gustavo D., “Locación de inmuebles para vivienda y Derechos Humanos”, en *Doctrina Judicial*, del 30/11/2011, p.1

⁶ ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, BOE, 1993, p. 59

⁷ BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Bs. As., 2004, p. 150.

⁸ En este sentido, BORDA, Alejandro, “El inquietante proyecto de la ley de locaciones urbanas”, en *La Ley* 2017-B, p.720; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., “Un desacertado proyecto de reformas al Código Civil y Comercial”, en *La Ley* 2017-B, p.726.

verbigracia los propietarios de viviendas, los promotores inmobiliarios (...) - cumplan las normas de derechos humanos relativas al derecho a una vivienda adecuada (...), deben, por ejemplo, reglamentar los mercados de vivienda y los arrendamientos de manera de promover y proteger el acceso a una vivienda adecuada"⁹.

Por lo tanto, la protección del locatario –que ya viene siendo desarrollada por el derecho privado– encuentra así una resignificación y, por lo tanto, se genera espacio para pensar nuevas soluciones jurídicas tutelares.

3.- El locatario como sujeto protegido. El contrato de locación con destino habitacional.

3.1.- De la protección del propietario a la protección del locatario.

Se ha señalado que en materia de locación se ha transitado de la protección del propietario-locador a la protección del locatario¹⁰. En nuestro país esta protección ha corrido por carriles diferentes a lo largo de la historia.

En una primera etapa la protección se canalizó mediante leyes de emergencia, que intervenían directamente en el contenido del contrato, especialmente en elementos esenciales como el precio y el plazo, congelando el primero y prorrogando el segundo (conf. dec. 1580/43, y ley 13.581, reiteradamente prorrogada). La necesidad de matizar el dogma de la autonomía privada originó el primer precedente de la Corte Suprema, justamente en materia de locación, en el caso "Ercolano"¹¹.

La legislación de emergencia en materia locativa finalizó con la ley 21.342 de 1976. Sin embargo, lejos se estaba de resolver el problema habitacional, uno de los déficits estructurales de la posmodernidad. Por ello, en 1984 se dictó la ley 23.091 mediante la cual se implementó un régimen especial para el contrato de locación con destino habitacional, a partir de la consagración de un sistema integral de normas tuitivas que alteraban la regulación típica del Código Civil. Sin embargo, a diferencia de los largos años de intervención de emergencia, el nuevo sistema se preocupó por equilibrar intereses: a la vez que protegía a los locatarios, aseguraba que la intervención –de alguna manera, moderada– no alterar el normal desarrollo del "mercado" inmobiliario¹². Ley 23.091 fue derogada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial, pero la mayoría de sus reglas han sido incorporadas directamente en la regulación del contrato de locación que desarrolla el mencionado Código.

Finalmente, en la última etapa de esta progresión, la protección del locatario se vio robustecida con la incorporación de las reglas tuitivas del consumidor. Si bien la ley 24.240 en su texto original no enumeró expresamente la locación de inmuebles en su art. 1 –y por lo tanto quedaba excluido del ámbito objetivo de aplicación–, con la ampliación del concepto de consumidor producido por la reforma de implementada por ley 26.361 no caben dudas que la locación con destino habitacional puede un contrato de consumo¹³. Esta línea de pensamiento es continuada con la incorporación del contrato de consumo como fragmentación del tipo contractual en el Código Civil y Comercial¹⁴. Es decir, se

⁹ ONU-HABITAT, *El derecho a la vivienda adecuada*, cit., p. 35

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 316.

¹¹ CSJN, "Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta", en 28/04/22, en *Fallos* 136:170.

¹² HERNÁNDEZ, Carlos y FRUSTAGLI, Sandra A., "Contrato de locación", en Nicolau, Noemí, *Fundamentos de Derecho Contractual*, La Ley, Bs. As, 2009, Tomo II, p. 298.

¹³ MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R., "La tutela del consumidor de los derechos de uso y goce de un inmueble. La Locación y la ley 24.240", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2004-2, p. 293; HERNÁNDEZ, Carlos y FRUSTAGLI, Sandra A., "Contrato de locación", cit., p. 299.

¹⁴ DI CHIAZZA, Daniel, *Contratos. Parte Especial*, Abeledo Perrot, Bs. As, 2006, p. 233.

produce una acumulación de tutelas diferenciadas lo que exige, como veremos, la identificación de las normas mediante mecanismos propios del diálogo de fuentes.

3.2.- El funcionamiento de las normas: diálogo de fuentes y protecciones acumuladas.

En el escenario actual, el estatuto protectorio del locatario debe reconstruirse a partir de la identificación de normas ubicadas en diferentes instrumentos normativos. En este sentido, resulta útil recurrir a una tecnología jurídica cuyo uso ha comenzado a difundirse entre nosotros en el último tiempo, el *diálogo de fuentes*. El mecanismo surge como consecuencia de la proliferación de fuentes, tanto en lo *cualitativo* (al rol del Código, en tanto ley general de jerarquía infra constitucional, se suman nuevas leyes que abordan cuestiones específicas, tratados internacionales, resoluciones de organismos internacionales, etc.) como en lo *cuantitativo* (aumenta la cantidad de textos normativos con los que debe trabajar el operador jurídico). En este contexto, la manipulación de fuentes del derecho no puede realizarse satisfactoriamente con las viejas reglas de solución de conflictos o antinomias de normas, sino que se requiere una *coordinación de fuentes*. El *monólogo de fuentes* (una única norma resuelve el caso) se reemplaza entonces por un *diálogo de fuentes*, que permite la aplicación simultánea, coherente y coordinada de varios textos normativos convergentes¹⁵.

La constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes constituyen mecanismos complementarios, que funcionan uno a partir de otro. Es decir, el *diálogo de fuentes* es un procedimiento que permite, entre otras cosas, producir una *importación* de conceptos, reglas y principios provenientes del sistema general de derecho privado – desarrollado en el Código Civil y Comercial– y de otros microsistemas. Se trata de un mecanismo mediante el cual se generan *hipervínculos* con otras áreas normativas del Derecho.

Si observamos detenidamente el ordenamiento jurídico actual encontramos normas protectorias del locatario de diferentes procedencias:

- a) *normas sistémicas provenientes de la teoría general del contrato*: en particular, las normas que protegen la posición del adherente en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas –modalidad usual en materia de contratos de locación– (arts. 984 a 989, CCC), y las reglas de la conexidad contractual (art. 1073 a 1075), dispositivos que utilizaremos en la segunda parte de este trabajo.
- b) *las reglas provenientes de las normas generales del contrato de locación*: la tutela del locatario, cualquiera sea el destino de la locación, está dada por reglas tradicionales sobre plazo mínimo (art. 1198), resolución anticipada (art. 1221) y acción directa del sublocatario frente al locador (art. 1216).
- c) *las reglas específicas de la locación con destino habitacional*: el Código denomina al art. 1196 “locación habitacional” y dispone tres incisos directamente destinados a proteger al locatario mediante la limitación de los alquileres anticipados y en garantía, y la prohibición de requerir el valor llave. Pero además, otras normas tienen la misma finalidad, por caso aquellas que aseguran la posibilidad de continuar el contrato por quien habite el inmueble y tenga ostensible trato familiar con el locatario que fallece o abandona el lugar (art.1190); y la que determina la nulidad de la cláusula por la que se niega el acceso a personas incapaces o con capacidad restringida (art. 1195).

¹⁵ LIMA MARQUES, Claudia, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., 2015, T. I, p. 147

- d) *normas provenientes del microsistema de defensa del consumidor*: en rigor, la introducción de normas microsistémicas comportan en el nuevo Código una fragmentación, lo que implica una modificación profunda en distintos aspectos que van desde la publicidad y la oferta, al control de las cláusulas, incluyendo las normas especiales sobre deber de seguridad y tutela del trato digno.

En este panorama, la intención de este trabajo es demostrar que a este complejo escenario plurinormativo es posible sumar una perspectiva que enriquece y que da fundamento general a la protección del locatario: la tutela proveniente de los derechos humanos y, más precisamente, del derecho a la vivienda adecuada. Con este propósito, analizaré a continuación algunos supuestos puntuales en los que es posible advertir la riqueza de esta nueva perspectiva.

4.- Algunas situaciones puntuales.

4.1 ¿Anulación, sacrificio o coordinación de derechos?

Antes de analizar los problemas seleccionados, y teniendo en cuenta que muchas de las soluciones representan sacrificios para los derechos individuales del propietario-locador, he de remarcar una idea para evitar lecturas erróneas. Resulta claro que no es el particular quien debe resolver el déficit habitacional¹⁶. Es el Estado el garante de este derecho y a él le cabe, con el máximo de los recursos disponibles, asegurar el derecho a una vivienda adecuada a cada ciudadano.

Por ello, los debates que analizaremos –que involucran soluciones de alguna manera ya vigentes– no deben ser vistas como una *anulación* de los derechos individuales del propietario-locador, sino como una *coordinación* entre sus facultades y la tutela especial del locatario –la que es de orden público y se funda en razones convergentes (provenientes de los derechos humanos, de la protección del consumidor y del mismo derecho de los contratos)–. Es que, como ha sido dicho entre nosotros, “*quienes contratan en materia de vivienda deben saber que operan sobre materia constitucional sensible y que ello reduce su límite de autonomía*”¹⁷. La incidencia del contrato de locación habitacional en el desarrollo social es destacada. Por ello, las reglas jurídicas no pueden ser, sin más, un mero auxilio de la irrestricta autonomía privada.

En este panorama es posible analizar diferentes problemáticas particulares. Aquí desarrollaré dos: a) la celebración del contrato y, particularmente, la “selección” del locatario; b) las exigencias conexas a la celebración vinculadas a las garantías y a la retribución del intermediario interviniente en la celebración.

4.1.- Tratativas previas, acceso al contrato y discriminación

El tiempo de las tratativas que anteceden a la celebración del contrato se desarrollan bajo el amparo de la libertad de contratación, únicamente limitada por las exigencias derivadas de la buena fe (arts. 990 y 991, Cód. Civ. y Com.). La selección de

¹⁶ En este sentido, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, en el marco de una acción reivindicatoria, afirmó: “*el derecho humano a la vivienda cuya concreción reclama el casacionista, se debe invocar ante el Estado, que es el legitimado pasivo en tanto es el responsable de garantizar su cumplimiento, y no ante otro particular, tal como lo pretende su parte*” (ST Santiago del Estero, “E, G.M y otros c. D.S.”, del 13/11/2017, en *La Ley Online*, cita: AR/JUR/23146/2017).

¹⁷ CAMELO DÍAZ, Gustavo D., “Locación de inmuebles para vivienda y Derechos Humanos”, cit.

futuro contratante es una de las facultades normalmente amparadas por la autonomía privada y constituye pieza fundamental de la libertad *de* contratar.

Justamente, un problema usual del mercado inmobiliario es la dificultad de acceder al contrato. Las causas son múltiples y van desde la carencia de recursos materiales para costear el costo inicial (compuesto por la suma de alquileres anticipados, sumas dadas en garantías, honorarios debidos al corredor interviniente y gastos de instrumentación), hasta la imposibilidad de abastecer las garantías personales exigidas. Aún así las dificultades en el acceso no son sólo de tipo económico, sino que en algunas ocasiones obedecen a la “selección” del inquilino que realiza el locador o, en su lugar, el corredor interviniente¹⁸.

El problema que se plantea es el de los límites de la discreción que tiene el propietario para seleccionar el locatario cuando ofrece su bien en el mercado inmobiliario, por ejemplo, encomendando la celebración del contrato a un corredor. Como sostiene Aguilera Rull la configuración de la discriminación en el acceso a la vivienda mediante un contrato (de locación) resulta materia discutida y difícil¹⁹. Es que, a diferencia de otros contratos de consumo en los que es indiferente la persona del cocontratante –pues se trata de un mercado masificado y despersonalizado–, en el contrato de locación la determinación del locatario no le es indiferente al locador. Se trata de un contrato en el que la confianza en el cocontratante resulta relevante²⁰.

A mi modo de ver, el ejercicio de la libertad contractual no autoriza a discriminar. La autonomía privada se ve en estos casos limitada –o al menos debe ser coordinada– por las exigencias propias del derecho a la no discriminación (art. 16, CN; art. 2.1 y 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2 y 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 1.1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24), entre otros). Por lo tanto, la decisión de celebrar el contrato con una persona determinada (o la negativa a hacerlo) debe estar fundada en un motivo razonable y no en una categoría discriminatoria. Cuando los motivos que determinan la elección no son razonables –es decir, distinguen sin una adecuada correlación entre la finalidad de la distinción y el criterio utilizado–, la conducta del locador deviene discriminatoria. El derecho privado, y particularmente el derecho de los contratos, va dando ingreso a la protección contra la discriminación como límite a la libertad contractual²¹.

En el ámbito interno, la protección contra la discriminación del consumidor ha sido recogida expresamente en el art. 1098 del Código Civil y Comercial (e igualmente, con relación a la publicidad, en el art. 1101 inc. c] del mismo Código)²². En el marco específico del contrato de locación la protección contra la discriminación no es tampoco una novedad. De hecho, la ley 11.156 de 1921 que modificó varias normas del Código Civil derogado en atención a los problemas habitacionales que ya aquejaban al país incluyó un segundo párrafo al art. 1504 en el que sostenía la nulidad de la cláusula “*por la que se*

¹⁸ Así, se recuerda un caso paradigmático en la jurisprudencia en el que se demostró que la propietaria de un inmueble ofertado en locación, luego de conocer a los futuros inquilinos que habían efectuado una “reserva de locación”, se negó a celebrarlo pues profesaban la religión judía. La conducta fue considerada discriminatoria y se obligó al resarcimiento de los daños provocados (Cam. Nac. Civ., Sala J, en “Hertzriken, Luiciano c. Sanfuentes Fernández, M”, del 11/10/06),

¹⁹ AGUILERA RULL, Ariadna, “Prohibición de discriminación y libertad de contratación”, en *InDret* 1/2009

²⁰ Al punto tal que las normas comunitarias de Europa que tutelan contra la discriminación excluyen expresamente el supuesto de “habitación de una casa particular” (Directiva 2004/113/CE)

²¹ MAFFEIS, Daniele, “Liberta contrattuale e divieto di discriminazione”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol 62, n°2, 2008, pp.401-434; NAVAS NAVARRO, Susana, “El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo”, en *Anuario de Derecho Civil*, T. LXI, fasc. III, p. 1477; GIMÉNEZ COSTA, Ana, “El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (dir), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pp.621-641

²² Remitimos in extenso a VALICENTI, Ezequiel, “La igualdad en las relaciones de consumo. La protección contra la discriminación del consumidor”, en *JA*, del 12/04/2017, p.9.

pretenda excluir de la habitación de la casa, pieza o departamento arrendado o subarrendado, a los menores que se hallen bajo la patria potestad o guarda del locatario o sublocatario". En el Código Civil y Comercial, el sentido tuitivo frente a la exclusión de ciertas personas ha sido mantenido en el art. 1195, ahora para proteger de manera más amplia a personas incapaces o con capacidad restringida, a disponer la nulidad de la cláusula que *"impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble"*. Si bien se trata una norma que protege "dentro del contrato" —es decir, una vez que la relación jurídica se ha constituida—, lo cierto es que expresa y reconoce una realidad cuál es la dificultad de acceder a la vivienda.

4.2.- Situaciones jurídicas abusivas (conexidades ilícitas)

a) conexidad entre la locación y las garantías accesorias:

La conexidad es un fenómeno que ha sido profundamente estudiado por la doctrina en los últimos años. Advertir que dos o más contratos se hallan ligados por la finalidad común implica alterar el conocido efecto relativo de los contratos y permite transferir ciertos efectos de un contrato hacia el otro. Se advierte entonces que la operación económica que las partes desean realizar se descompone en varios contratos que, no obstante su individualidad, están conectados por la causa fin común.

La conexidad puede surgir de diferentes maneras. Una de ellas es la función que cumple un contrato respecto del otro, y el ejemplo más usual son los negocios jurídicos de garantía²³. Esto es justamente lo que ocurre entre el contrato de locación y las garantías que se prevén para el resguardo del cumplimiento de obligaciones a cargo del locatario. Si bien el contrato de locación suele incluir una cláusula por la que se celebra conjuntamente una fianza, se ha vuelto práctica usual requerir además sumas de dinero adicionales que son entregadas como "depósito" en garantía por eventuales incumplimientos del locatario. En otros casos, además se obliga a suscribir al locatario cierta cantidad de pagarés —generalmente la cantidad equivalente a la cantidad de meses de duración— los que se son entregados al deudor contra el pago del canon mensual²⁴. Se trata de actos conexos pero en los que la causa que motiva la conexidad puede ser ilícita. Es decir, se utiliza la predisposición de varios actos jurídicos para instrumentar un comportamiento abusivo. Se trata de un caso de "situación jurídica abusiva" en el que el resultado ilícito se alcanza *"a través de la predisposición de actos jurídicos conexos"*, según la definición del art. 1120 del Código. Si bien la norma se prevé dentro del contrato de consumo, la noción de situación jurídica abusiva aparece contemplada también en art. 10, tercer párrafo del mismo Código.

La suma de negocios jurídicos conexos puede importar una limitación de la autonomía privada del locatario y una lesión a sus derechos²⁵. Por eso, en la regulación

²³ TOBIAS, José y DE LORENZO, Miguel., "Apuntes sobre los contratos conexos", en *La Ley Online*, cita: AR/DOC/15791/2001

²⁴ En un caso se rechazó, por mayoría, la excepción de inhabilidad de título en la ejecución de pagares librados como garantía de un contrato de locación. El actor ejecutado alegó que se trataban de pagarés librados como garantía de un contrato de locación que había sido rescindido anticipadamente (el contrato de locación había sido celebrado entre el ejecutante y el conyuge del ejecutado). El juez de la disidencia consideró esta situación y sostuvo que los pagares carecían de causa pues el demandante no resultaba acreedor del ejecutado (Cam. 1° Civ. y Com. Córdoba, "Aliaga, María Susana del Carmen c. Jerez, Gabriel", del 06/12/12, en *La Ley Córdoba* 2013, p.402).

²⁵ Por ejemplo, en un caso se demandaron los daños y perjuicios derivados de la frustración de un contrato cuya negociación se encontraba avanzaba. Para la Cámara resultó suficiente la causa invocada por el propietario para negar la celebración: no se había acreditado suficientemente que el fiador ofrecido era titular del dominio sobre el inmueble denunciado (Cam. Nac. Civ., Sala D, "Bruno, Florencia C. c Vázquez, Marta V.", del 29/04/16, en *RCyS* 2016-IX, p.110).

del contrato de locación con destino habitacional el Código instrumenta límites concretos a este tipo de situaciones conexas. Así, el art. 1196 limita el monto que puede exigirse en concepto de “depósitos de garantía” o sumas asimilables al equivalente a un mes por cada año de locación.

b) conexidad entre la locación y el corretaje:

Otro contrato conexo con el contrato de locación es el corretaje. Se trata de un contrato por el cual una persona –el corredor matriculado– se obliga a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes (art. 1345, Cód. Civ. y Com.). Se trata de un contrato de colaboración gestoria no representativa.

Más allá de quién haya encargado expresamente la mediación en la oferta –el comitente, generalmente el pretense locador– se entiende que su actividad beneficia a ambas partes por ello, respecto a la remuneración el Código dispone que si interviene un solo corredor *“todas las partes le deben la comisión”* (art. 1351). En el caso de la intermediación para la celebración del contrato de locación, suele ser usual que el corredor cobre comisión tanto del locador como del locatario. El problema surge cuando, merced a la libertad para fijar la remuneración, el corredor cobra importantes sumas de dinero por su intervención la que, sumada a otros costos iniciales (meses anticipados, depósitos en garantía, gastos de celebración), implica una restricción material al acceso del contrato.

Por ello, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires ha sido recientemente modificada la Ley 2340 que regula la actividad de los corredores inmobiliarios introduciendo dos importantes limitaciones sobre el tema que desarrollamos. Por un lado, incluyó un inc. 7 al art. 13 sobre prohibiciones por el que se dispone que *“queda expresamente prohibido en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación. La prohibición resulta extensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones”*. Esto significa que, respecto a las locaciones con destino habitacional no regiría la disposición prevista en el art. 1351 del Código Civil y Comercial y por lo tanto el único obligado al pago es el locador. La limitación ha sido criticada²⁶.

Por otra parte, y respecto a la remuneración que debe el locador, se sustituye el inc. 2 del art. 11 y se establece que *“para los casos de locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, el monto máximo de la comisión a cobrar será el equivalente al cuatro con quince centésimos por ciento (4,15%) del valor total del respectivo contrato, a cargo del locador”*. Esta limitación porcentual, antes de la modificación, aparecía contemplada pero para el caso del inquilino. En efecto, el art. 57 de la Ley 2340 disponía que hasta tanto se regulen los aranceles, el monto máximo de la comisión a cobrar al inquilino era del 4,15% del valor total del contrato. Señalamos esto pues dicha limitación originó un proceso colectivo que vale la pena reseñar brevemente.

Frente a la limitación expuesta -reiteramos, ya modificada- el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad, alegando facultades reglamentarias, dictó la resolución 350/16 por la que permitía a los corredores cobrar comisiones superiores al 4,15% fijado. Ante ello, una Asociación Civil (ACIJ) inició un proceso colectivo solicitando

²⁶ ESPER, Mariano, "Una nueva ley de "comisiones" inmobiliarias. Contenido, alcances y defectos de las nuevas reglas", en *La Ley* 2017-E, p.896.

la nulidad de la norma. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción considerando que *“librar a la autonomía de la voluntad y, por tanto, a la libertad de mercado fuera de los estándares estatales y en términos exorbitantes, el precio a abonar por comisión de inmobiliarias en miras a acceder a la vivienda única y digna por la modalidad de locación de inmuebles, no se condice con la protección estatal -a nivel legal, constitucional, y los tratados con esta última jerarquía- que se les hubieron conferido a los inquilinos (y a los potenciales inquilinos) y se presenta como una modalidad que tiende a frustrar los derechos que el ordenamiento jurídico pretendió tutelar de manera preferencial”* (consid. 9.3) y que *“en la tensión entre los derechos constitucionales de trabajar y ejercer industria lícita (por un lado) y el acceso a la vivienda digna (por el otro), el legislador local no se ha desentendido de los derechos de ambos participantes, dado que, además de contemplar el del inquilino a no verse privado o frustrado de acceder a una vivienda digna por causa de una comisión a abonarse al corredor que pueda calificarse como irrazonable, excesiva y/o desproporcionada, procura que al percibir aquella este último perciba un honorario conforme la entidad económica del contrato”* (consid. 12).

El escenario actual es diferente pues la ley prohíbe que los corredores cobren comisiones a los locatarios. No obstante, el precedente mencionado ilustra lo que intentamos explicar: el problema no puede analizarse sólo con las reglas del derecho privado sino que debe adoptarse un enfoque de derechos humanos y tener en cuenta el derecho a la vivienda involucrado, no sólo en el contrato principal –el de locación– sino también en el conexo –el de corretaje–.

c) Convenios de desocupación

Otra modalidad muy difundida entre nosotros ha sido el convenio de desocupación anticipada. Se trata de un acuerdo conexo al contrato de locación por el cual las partes decidían mutuamente la extinción de un contrato de locación en curso, procediendo a la desocupación antes del plazo estipulado originalmente. Estos convenios eran normalmente homologados judicialmente, lo que aseguraba la rápida ejecución en caso de incumplimiento. En la práctica, se trataba de mecanismos utilizados por los locadores de manera fraudulenta tanto para eludir los plazos mínimos como para contar con una herramienta que les permita obtener el rápido desalojo²⁷. Se trataba de un mecanismo introducido en el art. 47 de la ley 21.342, el que ha sido derogado por la ley que sanciona el Código Civil y Comercial por lo que este tipo de convenios han perdido asidero legal expreso.

Ahora bien, toda vez que no están expresamente prohibidos, ¿podrían seguir existiendo bajo la habilitación de la autonomía privada? Me adelanto a decir que, al menos en el contrato de locación con destino habitacional, la respuesta debe ser necesariamente negativa. Se trata de una maniobra abusiva y debe ser analizada según lo que vimos en el apartado anterior como una situación jurídica abusiva generada por la conexidad entre el contrato de locación y el acuerdo de desocupación.

²⁷ SALGADO, José María, "Réquiem para los convenios de desocupación y otras soluciones", en *La Ley* 2015-E, p.1219