

## XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Buenos Aires, 26, 27 y 28 Septiembre 2013

**Comisión de Obligaciones:** “Cuestiones actuales del derecho de las obligaciones”

**Tema:** “La consignación extrajudicial en el contrato de locación”.

**Ponentes:** Profesoras Dra. **Norma JUANES** y Abog. **Mónica PUGA de JUNCOS**, Cátedras de Derecho Privado III y II respectivamente, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

### **Ponencia:**

#### **a.- De Lege Lata.**

1. La consignación es facultativa, judicial y contenciosa. Debe interpretarse el actual art. 757 del Código Civil de conformidad a los arts. 1071 y 1198, CC.
2. No estando prohibida la consignación bancaria, puede ingresar por vía de reforma de la ley de locaciones urbanas en cuanto a su modalidad y efectos, y por vía de resolución de la autoridad administrativa de control (BCRA), la reglamentación del nuevo cheque cancelatorio que será su herramienta.

#### **b.- De Lege Ferenda.**

1. Debe incorporarse el instituto de la consignación bancaria al régimen de locaciones urbanas.
2. Se propone el siguiente agregado al texto del Artículo 6 de la Ley 23.091:

*“En caso de que el locador se niegue a recibirlo dentro del período pactado, el locatario podrá cumplir su obligación consignando las respectivas sumas dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento de tal período, por medio de la adquisición, en el Banco oficial (provincial o nacional) más próximo al lugar de ubicación del inmueble, de un cheque cancelatorio nominativo a favor del locador o su representante, de conformidad a la reglamentación que se dicte. El mismo día en que se retiran los fondos se deberá comunicar la aceptación, con reserva en su caso, o el rechazo, por telegrama especial y en igual plazo desde la recepción, de acuerdo con lo que la reglamentación disponga”.*

3. En el Código Civil y de modo orgánico:

- a) Debe incorporarse la consignación bancaria dentro del régimen del contrato de locación.
- b) Asimismo debe incluirse, entre los modos extintivos de la obligación, el pago por consignación y la mora del acreedor.

### **Fundamentación.**

**§ 1. La función del derecho y las instituciones.** El estado actual legislativo del Proyecto de Unificación de 2012 es oportunidad propicia para debatir. La discusión es un objetivo primordial en la tarea científica de construir el derecho que viene y debiera ser siempre previa a presentar el texto mismo de cualquier reforma pues de otro modo es difícil construir consensos. Las Jornadas dan esta oportunidad.

En ese camino lo primero que hay que tener en cuenta es que de modo permanente se reclama poner en contacto las instituciones con la realidad; asimismo, que se critica al Derecho por tomar una postura más retrospectiva que prospectiva siendo esta la que exige la dinámica de la vida y de las relaciones que en ella se entraman. Se dice que hoy ya no es fácil simplificar a priori la compleja realidad.

Nos pareciera que el tema básico en el que debiéramos ponernos de acuerdo sería definir cuál es la función que cabe asignar al Derecho.

El tema no es tan abstracto como parece y se traduce en muchas consecuencias prácticas. Para nosotros en materia de derecho privado patrimonial conecta con un instituto muy esperado y que quedó pendiente pues la solución pensada nos pareciera insuficiente para estar a la altura de la agenda que ya tiene impuesta la práctica judicial. Lo encontramos en el distracto en materia de contrato de locación de cosa.

En general este negocio jurídico es vehículo potente en el desarrollo de un país. Como se definan sus efectos es un tema central. Vale recordar que ya desde la etapa fundacional de nuestro país todo lo relacionado a las deudas, a su cobro, y al tráfico negocial fue entendido como uno de los ejes sobre el que se debían acordar pautas comunes en todo el territorio nacional para estructurar la República (Alvarez Gardiol, Ariel, “La querrela de Alberdi con Sarmiento” en “Homenaje a Juan Bautista Alberdi”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, p.187). Las pautas sobre obligaciones y contratos

debían ser uniformes en todo el territorio y por ello el derecho a regularlas fue delegado por las provincias al órgano central. Sin dudas hoy es mayor este reclamo.

Esto es entender la ley como instrumento de pacificación.

El estado actual de la cuestión que proponemos muestra que en un importante número de casos que hoy ingresan al sistema judicial los conflictos tienen como disensos entre propietarios e inquilinos a la hora de finiquitar sus relaciones (juicios ejecutivos, desalojos muy frecuentemente conexos a demandas de consignación). Estas causas son generalmente de escasa cuantía. El problema provoca otro que es el colapso del sistema de administración de justicia y en la pérdida de confianza en uno de los Poderes del Estado.

Por su parte el tema conecta con otro que es el acceso a una vivienda. Esta es un área sensible en el derecho privado que pone en tensión dos especialidades donde campean criterios distintos dando lugar a una tercera que se ha dado en llamar *derecho de familia patrimonial*. Tanto así que es recogido por normas constitucionales (art.14 bis, CN) y múltiples regímenes especiales (v.gr. Ley 14.394 entre otros). Se tutela el orden público familiar que se traduce en la *existencia de un interés estatal que consiste en el amparo y sostenimiento de la estructura familiar, su sentido social y de su espíritu* (DIEZ PICASO, Luis, “*El negocio jurídico del derecho de familia*”, en Estudios de derecho privado, Madrid, Civitas, 1980, p.42). Así definido parece una cuestión simple pero bien pensado impone precisiones dado que la doble perspectiva institucional patrimonial y federal tiene complicadas aristas. Por tanto, se admite que esa fórmula se traduce en tensión constitucional: la que se da entre el interés individual y el interés comunitario (DIAZ DE GUIJARRO, Enrique “*El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de derecho de familia*”, comentario a un precedente de la Cámara Nacional en Pleno de Rosario, JA 1952-II, 435).

Sucede que entonces aquello que solo pareciera patrimonial desemboca en complicados conflictos atravesados por tensiones constitucionales de las que se suele salirse con la conocida regla de prevalencia de alguno de estos dos intereses en pugna. Su formulación de origen se atribuye a Henri Capitant (el autor en su conocida “*Introduction...*” citado por ARAUZ CASTEX, Manuel, “*La Ley de orden público*”, Abeledo, Bs.As., 1945).

Consecuentemente la entrega de una cosa para su uso compromete múltiples legislaciones especiales. A partir de las disposiciones pertinentes del Código Civil (Título Sexto, Sección Tercera

del Libro Segundo, arts. 1493 y siguientes), se recorren las leyes de locaciones urbanas (21.342 y 23.091 -Adla, XXXVI-C, 2981; XLIV-D, 3712-), de arrendamientos y aparceras rurales (13.246 -Adla, VIII-85-), así como también las normas vinculadas a la ley 13.512 de propiedad horizontal (Adla, VIII-254); sobre mediación y conciliación (nacionales y provinciales). Solo por citar algunas. Como vemos el panorama es complejo.

Por fin, ya en el tramo del distracto aparece la consignación que al menos en los repertorios jurisprudenciales, se presenta como un instituto que está encorsetado entre el trámite contencioso y el principio de integridad del pago, que no viabiliza el camino de la solución que pacificará las relaciones entre los co contratantes.

**§ 2. La consignación del Código Civil.** Regulada dentro de la Extinción de las obligaciones (Capítulo IV, del Título XVI, de la Parte Segunda, Sección Primera, Libro II del Código Civil) su naturaleza *solutoria* se desdibuja cuando se repara en sus caracteres. En efecto, la consignación del Código Civil es facultativa, es judicial y contenciosa, por fin es excepcional.

El carácter disponible y no obligatorio se deriva de su sistemática. El deudor no está obligado a consignar. Se han planteado discrepancias en materia de locación justamente por las exigencias de este contrato (CAZEAUX, Pedro N. – TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, 1991, t. III, pág. 250; MORENO DUBOIS, E.E., *El pago por consignación frente a la doctrina y a la jurisprudencia*, L. 118-643), pero lo central es que el principio de integridad es norma de clausura como luego se verá.

La consignación en términos de la ley sustancial es judicial y contenciosa, con lo cual el depósito hecho y comunicado en el sistema actual, tiene efectos siempre que sean reconocidos por medio de un pronunciamiento judicial.

Es excepcional porque en rigor la consignación al no ser obligatoria, importa un proceso sólo judicial que conlleva costos tanto de tiempo como de tasas, por fin de responsabilidad por costas. Asimismo, hunde sus raíces en un sistema no explícito de mora del acreedor. Recordamos, que si la cuestión se sule con la aplicación integradora del art. 509, CC por ello no cabe confundir las figuras que son distintas. Hay diferencias de régimen (ver al respecto LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, t. I; nº 139, p. 172) que cierta doctrina nacional radicaliza (en tal sentido ver MAYO, Jorge A. *Mora del acreedor*, en LA LEY, 1989-A, 27); en tesitura similar LAFAILLE consideró que la problemática de la mora del deudor es un tema concerniente a la teoría del

incumplimiento obligacional; en tanto la problemática de la mora del acreedor se ciñe a una cuestión de la extinción de la obligación ( el autor en *Derecho Civil - Tratado de las Obligaciones*, t. II; nº 165; p. 304 y las precisiones contenidas en el párrafo 165 bis.).

Vale decir a la hora de reformar se deberán computar todas estas materialidades, de modo orgánico, lo que hasta ahora no se ha hecho. Para nosotros recae en el complejo tema de las cargas de colaboración, vale decir en las abstenciones del locador que impiden el pago, cuya prueba es siempre difícil en derecho pues conlleva la de los hechos negativos.

En materia de derecho vigente entonces debemos concluir que el tema debe ser conectado con el interés subjetivo que guarda el acreedor en el cumplimiento de la prestación que debe ser apreciado objetivamente a la luz de los principios de buena fe (art. 1198, CC) y el ejercicio regular del derecho (art. 1071, CC).

Para que el pago posea un pleno efecto cancelatorio debe ser exacto cumpliendo respecto de la obligación dos condiciones: identidad e integridad (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. I, p. 545, 4º ed., Ed. Perrot; TRIGO REPRESAS, Félix, *Obligaciones en general*, en Reformas al Código Civil, Nº 2, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, ps. 118/120; LOPEZ MESA, Marcelo, *El acreedor frente a los pagos parciales* (En la doctrina, jurisprudencia y en el proyecto de unificación de la comisión presidencial), Revista de Jurisprudencia Provincial, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, diciembre de 1994, ps. 1044/1051). El deudor para liberarse debe entregar al acreedor con exactitud el objeto debido en la medida, tiempo y lugar convenidos. En las deudas dinerarias se satisface el principio con su accesorio que es la deuda de intereses, los que deben computarse. Consecuentemente, salvo situaciones excepcionales la regla general es que el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales (arts. 673 y 742, Cód. Civil).

Se advierte que la facultad de desobligarse se perjudica si existe obligación de acudir a ofrecerlo a la sede judicial, con un trámite, costos y riesgos muchas veces desproporcionados con los valores en juego debidos. Debemos recordar que el derecho del deudor a liberarse del gravamen obligacional es expresión de la garantía de “la inviolabilidad de la propiedad” asegurada por el art. 17 de la Constitución Nacional (Fallos: 167:5 y 188:293).

Luego, se impone ceñir aquél enunciado principio por el cual el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales al del ejercicio regular. Y, como no resultan fácilmente coercibles esas conductas

para quien simplemente con abstenerse impide, habrá que fortalecer al deudor de la entrega de la cosa o de la suma de dinero con facultades suficientes para enervar el impedimento.

Iniciar el camino judicial es una forma expresamente prevista, mas entendemos que nada impide que desde otra ley especial se consagre esta nueva facultad en la medida en que los efectos del silencio estén claros y reglados, pues en todo caso allí se respeta la manda del art. 874 CC en cuanto a que exige que la renuncia tácita del derechos, si bien posible, sea interpretada restrictivamente. Y bien satisfecho el recaudo de definir por ley cuales son las consecuencias de guardar silencio ante una oferta de pago, la cuestión a nuestro entender parece resolverse (art. 919 CC). Ocurre justamente en materia de pago, otro instituto sustancial que con mayor rigor dispone en el art. 624 del Cód. Civil la extinción de intereses por aceptación de pagos parciales por capital recibidos sin reservas. Ese supuesto no puede extenderse a otros casos extraños a la norma.

Consecuentemente de ingresar la facultad por ley nacional no vemos dificultad para el funcionamiento del instituto con similar perfil.

**§ 3. El Proyecto del año 2012.** Modifica el método pues distingue el instituto de los modos extintivos especiales distintos al pago y lo lleva como una modalidad de este (Sección 7, Capítulo 4, Título 1, del Libro Tercero). Pero lo hace en términos similares al código vigente en cuanto a caracteres, vale decir sigue siendo un procedimiento judicial. Intenta superar las discrepancias de los efectos. Y no aborda el problema de la mora *accipiendi* tan relevante en este tramo en tensión del ligamen obligacional. Sobre el Proyecto de 1993 introduce la consignación privada con intervención notarial cuyo antecedente conforme se dice es en materia de letra de cambio el art. 45, decreto ley 4965/63, *rectius* decreto 5965/63) (*Fundamentos..* , comentario al “Libro Tercero”, Título I. punto 11). Si bien lo define como “un instituto útil para disminuir la litigiosidad” consideramos que de antemano el objetivo está perjudicado por ser su fuente comercial y desatender las materialidades que el negocio presenta en materia de locación que analizamos al **§ 1**. Este se deduce cuando se repara en que la consignación cambiaria del decreto ley 5965/63: 45 no se articula contra nadie en particular, sino que se trata de una “...forma de cumplimiento hacia la generalidad” según cita de Fargosi en su “Anotaciones sobre el pago por depósito judicial en materia cambiaria”(LA LEY, 121-789). Ello es así en razón del peculiar régimen circulatorio del título cambiario, que motiva que el portador legitimado de la letra o del pagaré pueda ser desconocido por el librador; el trámite resulta ser, pues, unilateral. Pero dicho trámite no se agota

totalmente ni concluye con el depósito, pues naturalmente los fondos no permanecerán indefinidamente en poder del depositario, sino que podrán ser retirados por quien (a) presente los títulos y (b) acredite la legítima portación de ellos (CÁMARA, Héctor, ",Tomo II, pág. 474, Ediar, Buenos Aires, 1979).

**§ 4. La consignación posible en el marco de la vigencia del Código Civil.** Pareciera que dado el universo de casos en los que mayoritariamente gravitan los disensos en materia de locación, corresponde desformalizar la oportunidad en que el deudor tiene para ejercer el derecho a pagar. En particular en la locación con destino a vivienda, los valores en juego son de escaso monto y los locatarios perjudicados en su *ius solvens* son sujetos en situación de disparidad negocial. Si a todo esto sumamos que en el Capítulo VI "De la conclusión de la locación" el locador tiene derecho a reclamar todos los alquileres devengados hasta la restitución, el conflicto desemboca siempre en que se muestra más preocupado por las secuelas creditorias del vínculo contractual que por obtener la inmediata restitución de la propiedad. Así, parecen inadmisibles las actitudes del locador que condiciona la recepción a exigencias reparativas y al pago del saldo pendiente de alquileres. Cuando el dispositivo del art.1611 reconoce el derecho del locador para impugnar el depósito, se está refiriendo a los supuestos previstos en esa misma norma, y no a otras circunstancias como se ha encargado de ponerlo de resalto la moderna jurisprudencia (S.C. Bs.As., 27/12/96, v. Salas, Trigo Represas, Lopez Mesa, "Código Civil Anotado" actualización, ed. 1998, jurisprudencia citada al anotar el art. 1611).

El instituto no debe ceñirse a la intervención de otro profesional matriculado, por los gastos y las cargas accesorias de conductas que el procedimiento notarial conlleva. El derecho francés en sus orígenes permitía el depósito administrativo de la suma cuando el portador no se presentaba a requerir el pago; se producían entonces los efectos liberatorios, pues quedaba el deudor con un duplicado del acta que se labraba para ser cambiado por el documento al serle éste requerido en pago, presentándose posteriormente el portador-acreedor con ese duplicado en la dependencia administrativa para recibir su importe (el decreto del 24 de julio de 1795 ó 6 de Termidor del año III de la Revolución en Francia). El instituto tuvo razonables fisuras pero es base del modelo a seguir.

El derecho actual hispanoamericano trae ejemplos de consignaciones bancarias o administrativas. En Colombia la Ley 820/2003 consagra en el art. 10, para arrendamientos con destino a vivienda familiar, un procedimiento de consignación extrajudicial del canon, muy eficiente en la práctica

que incluso ha motivado planteos de objeción constitucional por arrendatarios de inmuebles con fines comerciales o profesionales que lo disponen y aspiran se habilite también en tales supuestos (Sentencia "C"- 670/2004 en la causa "Jaramillo Zuleta, León José – Demanda de inconstitucionalidad en contra de los arts. 10, 12, 35, 43(parciales) y 38 y 39 de la Ley 820 de 2003").

El derecho privado argentino tiene aún sólidas bases para abrir el camino de una solución. La doctrina de la Corte Federal a la que hemos hecho mención es punto de partida, se ha dicho que debe recordarse que pagar es un derecho y que entonces toda actitud del acreedor que conlleve conducta obstativa debe enderezarse sobre el principio del art. 1071, CC.

**§ 5. La consignación futura a diseñar en el sistema a reformarse.** Sería útil reformar el capítulo II de la Ley 23.091 en el art.6 que actualmente dispone: *"CAPITULO II "De las locaciones destinadas a vivienda", Artículo 6 - Períodos de pago. El precio del arrendamiento deberá ser fijado en pagos que correspondan a períodos mensuales"..* Proponemos agregar el siguiente párrafo *"En caso de que el locador se niegue a recibirlo dentro del período pactado, el locatario podrá cumplir su obligación consignando las respectivas sumas dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento de tal período, por medio de la adquisición, en el Banco oficial (provincial o nacional) más próximo al lugar de ubicación del inmueble, de un cheque cancelatorio nominativo a favor del locador o su representante, de conformidad a la reglamentación que se dicte. El mismo día en que se retiran los fondos se deberá comunicar la aceptación, con reserva en su caso, o el rechazo, por telegrama especial y en igual plazo desde la recepción, de acuerdo con lo que la reglamentación disponga".*

La reglamentación respectiva deberá contener las siguientes previsiones: *"Verificada la consignación por el locatario de las sumas adeudadas, la autoridad bancaria deberá retener copia del valor para atender su pago o entregarlo al beneficiario frente al requerimiento del locador o su representante, indicando fecha de la adquisición del valor y lugar de radicación de la entidad bancaria en la que fue adquirido. El cobro del valor por parte del locador se presume cancelatorio del canon depositado, sin perjuicio del derecho a impugnar por el excedente insatisfecho, a cuyo fin deberá notificar al locatario por igual vía y el mismo día en que retira los fondos, que su cobro es con reserva de reclamar mayor cantidad. En caso de no impugnar por insuficiencia, el locatario podrá proceder a efectuar por igual vía las consignaciones subsiguientes con iguales efectos, sin perjuicio del derecho a impugnar los sucesivos en el plazo del retiro de cada uno y con efectos solo sobre el último mes devengado antes del retiro".*

Consideramos que han de precisarse cuidadosamente las condiciones en las que el pago por consignación mediante cheque cancelatorio tendrá validez, y a tal efecto la reglamentación que se dicte será decisiva para el fortalecimiento del instituto.

Con el dictado de la Ley 26.361 se amplió el marco de uso del cheque, de modo que por esa vía se podrán eliminar las exigencias ordinarias para el acceso a la adquisición de un cheque cancelatorio, así como el ajuste de tasas y gastos a tal fin. Debemos recordar que el servicio que ofrecen las entidades bancarias ingresan en el marco de la Ley 24.240 de defensa al consumidor. Corresponderá al Banco Central de la República Argentina, como autoridad de aplicación, reglamentar el uso de esta forma destinada al pago de cánones locativos en cuanto a montos mínimos, comisiones y retenciones para el beneficiario. Asimismo, en cuanto a los formatos aprobados para tal uso, deberá precisar a nombre de quién debe hacerse la consignación, la obligación de explicar la causa del pago – renta correspondiente al mes devengado por el que se consigna - y el nombre y dirección precisa del arrendador o su representante. Consideramos también necesario definir en la Ley de locaciones las consecuencias de la falta de contestación o retiro que debieran importar la convalidación tácita del cánón ofrecido; asimismo, que el retiro y cobro a cuenta no importa declinar derechos en cuanto a discutir los excedentes insatisfechos o otras prestaciones concurrentes, vale decir dando al silencio un trato de menos rigor que el previsto por el art. 624, CC.

De igual modo, con ajuste a la actuación del “Correo Oficial de la República Argentina S.A.” la reglamentación debería generar un sistema facilitado de comunicación por telegrama de la disposición de fondos, de modo similar a lo que ocurre con el Telegrama Ley 24.193 – INCUCAI (comunicación de negativa de ablación y transplante); Telegrama Ley 23.789 (laboral) o bien; Telegrama Simple Ley 23.298 (desafiliación a un partido político).

Si la regla se aprueba al amparo de la reforma de una ley nacional, aparecería entonces como una excepción al rígido y escueto principio de integridad del pago que, como vemos en la práctica judicial, sella anticipadamente la suerte de la mayoría de las consignaciones judiciales. La consagración legislativa de esta facultad del deudor y de este deber del acreedor desautoriza toda objeción constitucional desde la materialidad de este estatuto en cuanto protectorio del posicionamiento del locatario. Respecto al retiro por parte del locador, facultad que de no utilizarse lo coloca en situación de mora, lo cierto es que la excepción al derecho de recibir un pago íntegro reconoce ya en otro instituto del Derecho de fondo una limitación, en donde el

silencio también genera presunción en su contra (artículo 624, CC). Esta en todo caso expresaría con menor rigor la regla de no oponer el silencio o la inactividad ante situaciones en las que pueden lesionarse derechos de la contraparte. Como siempre se ordenan estas cuestiones sobre al ejercicio regular de los derechos. Tratándose de una suma de dinero debida, prever consecuencias disvaliosas frente a la omisión de retirar aquello que está en el objeto de la obligación, aunque con una entidad mayor, nos parece que mejor consulta de interés de todos. Salvo supuestos especiales de daños por la no disposición de fondos, perjuicio que como toda lesión patrimonial no ha de presumirse y se debe regir por los principios generales de la responsabilidad civil, de donde el trámite judicial sí aparece como necesario y justificado. Asimismo esta opción ejercida con el locatario importaría un elemento disuasivo de conductas anti funcionales, desde que debemos recordar que toda entidad bancaria es agente de retención conforme la normativa de AFIP.

**§ 6. Apreciación final.** Entendemos que el camino *judicial* de la consignación del art. 756, CC debe mantenerse con criterio residual, debido a que la consignación privada y bancaria mejor responde a la naturaleza de la institución de locación con destino a vivienda. De lo contrario la consignación continuará siendo una figura cuya aplicación es semillero de pleitos costosos tanto para el justiciable como para el Estado, y aparece desacoplada de los valores en juego.

Aún con una posible reforma en materia de locaciones debe reconocerse que asimismo la consignación estaría limitada, porque todavía habrá que instalar en la conciencia jurídica estos razonamientos para salvar los obstáculos que importan la rigidez del principio de integridad de pago y la falta de regulación específica de la mora del acreedor, que debieran ser capítulo especial entre los modos extintivos como presupuesto del pago por consignación. La ausencia de tratamiento orgánico de estas materialidades entramadas dificulta la tarea de interpretación.

Pero, aún así, estimamos que es útil y conducente enderezar con este instituto el poder de disposición del locador en el tramo de la ejecución del contrato y en el de la extinción, donde la cuestión del pago del precio de la locación se aneja a otras prestaciones en las que se asienta el locador para condicionar el distracto.

Por el momento, y hasta que una reforma trate orgánicamente en la locación y en el pago todas estas cuestiones, sería deseable abrir la posibilidad de la consignación bancaria para las locaciones urbanas.