--- Trelew, 20 de Junio de 2008.-

--- VISTOS: ----------

------- El recurso de apelación interpuesto a fs. 86, contra la resolución de fs. 83/84 vta., memorial de agravios de fs. 91/92 vta., su contestación de fs. 94/95 y dictamen de la Fiscalía de fs. 106/106 vta. y el recurso de apelación deducido en la misma foja contra los honorarios regulados en dicha resolución.----------

---------- Y CONSIDERANDO: ----------

--- I.- Que al contestar la demanda entablada en autos, el demandado planteó excepción de incompetencia fundada en la cláusula décima del contrato que firmara la actora con “F. S.A.” que establece que “los firmantes se someten a la jurisdicción de los tribunales Ordinarios de la Capital Federal a todos los efectos de la presente solicitud”. ----------

---------- Que a fs. 83/84vta. la Sra. Juez subrogante hizo lugar a la excepción de incompetencia deducida por la demandada, ordenando el archivo de la causa. ------

--- Que en la resolución apelada fue transcripta jurisprudencia según la cual “dentro del sistema del Código Civil, no hay obstáculo para admitir la eficacia del consentimiento prestado en los llamados contratos de adhesión, sin que al respecto quepa ninguna distinción entre cláusulas principales y accesorias, pues únicamente son nulas aquellas que se hallen expresa o implícitamente prohibidas por la ley”. --

--- Que a fs. 86 el actor apeló esa resolución, siéndole concedido el recurso en relación a fs. 90 y fundando su recurso el apelante a fs. 91/92vta. y solicitando la revocación del decisorio apelado y la declaración de invalidez de la cláusula contractual que establece la prórroga de la jurisdicción. La actora se queja, en lo sustancial, de que la ley no admite ni el ejercicio abusivo de un derecho ni permite abusar de la posición contractual dominante. ----------

---------- Expresó la apelante que el caso se trata de un litigio entre dos habitantes de la Provincia del Chubut, un señor de Trelew que actuó como representante aparente de una empresa de viviendas industrializadas, que incumplió con sus deberes de cuidado en una encomienda y una vecina de Rawson perjudicada. ---------- Alegó que está claro que una prórroga

de jurisdicción contenida en un formulario cumple con el único objetivo de obstaculizar la posibilidad de recurrir a la justicia, que sería la única funcionalidad que se le encuentra a la prórroga de jurisdicción en el contexto contractual en donde se insertó. ---------- Adujo que la posición contractual dominante de la parte predisponente ha sido utilizada con un fin contrario a derecho, buscando entorpecer el ejercicio de un derecho de mayor jerarquía, obstaculizando la defensa de los derechos y ofendiendo el espíritu de buena fe que debe estar presente en los negocios jurídicos. ---------- Manifestó que el derecho contractual moderno se diferencia del aplicado en el pasado, en la adopción de soluciones ajustadas al tráfico económico y jurídico moderno, donde la contratación masiva y la multiplicación del flujo contractual son contrapesados por la creación de herramientas jurídicas que permiten interpretar e integrar los contratos de una manera sistemática y social. ---------- Argumentó que le preocupa que la solución se adopte conforme al criterio de interpretación literal, siendo el ejemplo de cláusula de funcionalidad abusiva muy común, presente en muchos casos contractuales de la vida diaria. ---------- A mayor abundamiento y desde el aspecto parcial y práctico de la eficacia de la administración de justicia, expresó que la solución dada carece de sentido, al obligar a la consumidora damnificada a radicar una acción de conocimiento en Capital Federal, para luego tramitar la totalidad de las probanzas mediante el mecanismo establecido por el dec.-ley 22.172 en ésta Provincia. ---------- Que a fs. 94 contesta el memorial el excepcionante, solicitando el rechazo del recurso.----------

--- II.- Que corrida vista de estas actuaciones al Ministerio Público, a fs. 106/vta. la contesta el Sr. Fiscal General Jefe, Dr. Alejandro Daniel Franco, quien dictamina la nulidad de la prórroga jurisdiccional pactada, sosteniendo la competencia del Juzgado Civil Nro. 1 de esta jurisdicción.----------

--- III.- Que esta Sala coincide con dicha tesitura, aunque por fundamentos distintos a los dados por el Sr. Fiscal General, quien postula la aplicabilidad a este caso de la Resoluciòn 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor.----------

------- Analizada dicha norma, esta Sala tiene graves dudas sobre su inconstitucionalidad, posición que es compartida por prestigiosa doctrina (STIGLITZ, Gabriel, “Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor”, en “Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe”, edición de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2006, pp. 523/539), Pero no siendo indispensable aplicar esa norma al caso y pudiendo obtenerse similar resultado por el empleo inteligente y creativo de las normas abiertas vigentes, no se entrará a analizar en detalle la eventual inconstitucionalidad de la Resolución mencionada supra, sino que simplemente se la hará a un lado.---------- ----- Como bien dice el maestro Philippe LE TOURNEAU, “el carácter abusivo de una cláusula y la sanción que resulta de él pueden provenir de dos fuentes. Sea un texto que enuncie una lista de diferentes cláusulas abusivas, sea que el carácter abusivo provenga de la aplicación de un criterio enunciado por una norma abierta. El derecho francés consagra ambos métodos” (LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Edit. Dalloz, París, 6ª edición, 2006, p. 330, Nº 1077).----------

------- Lo propio ocurre en el derecho argentino, donde la invalidez de una cláusula abusiva puede concluirse de su inclusión en un listado como el que contiene la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor o por su deducción a partir de una interpretación aguda de una norma abierta, como el art. 1071 o el art. 1198 del Código Civil.---------- Agudamente dicen los maestros TERRÉ, SIMLER Y LEQUETTE, “ el crecimiento del número de los contratos de adhesión junto a una conciencia crítica de los abusos que ellos pueden engendrar, ha conducido a dar nacimiento a nuevos remedios, los que la jurisprudencia ha deducido del derecho común de los contratos” (TERRÉ, François – SIMLER, Philippe- LEQUETTE, Yves, « Droit Civil. Les Obligations”, 6ª edición, Dalloz, París, 1996, p.. 160, Nº 195).---------- Existiendo serias dudas sobre la constitucionalidad de la norma que establece ese listado y pudiendo recurrirse a las normas abiertas, esta Sala se pronuncia a favor de la segunda opción, máxime cuando un listado de normas abusivas, siempre es incompleto, por definición, dado que la argucia para inventar estratagemas y abusos siempre

va un paso más allá que los mecanismos para su control.----------
---------- En tal situación, para arribar a la conclusión de la invalidez de la cláusula de prórroga de jurisdicción esta Sala A habrá de tener en cuenta diferentes elementos:

--- 1) La contratación base de autos es, a la luz del art. 1 de la ley 24.240 una cuestión que inequívocamente convoca a la aplicabilidad en esta causa de la legislación protectoria consumerista. El art. 1 de la ley 24240, modificado por ley 26361 edicta que *"La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.*----------
---------- *Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo".*----------
---------- La amplitud de la norma cobija sin esfuerzo al caso de autos, toda vez que en este caso se trata de la compra de una vivienda por parte de un consumidor para sí y su familia, lo que claramente lo transforma en un consumidor en los términos de la norma citada.----------
----

--- Por si alguna duda pudiera caber, que no cabe, es del caso señalar que la vinculación contractual existente entre las partes, se enmarca plenamente en el ámbito del derecho del consumidor en que, la masificación y despersonalización se presentan como notas características. Sostiene Lorenzetti que "La masividad, la organización empresarial que la sustenta, la abusividad y cautividad que presenta la modalidad, hace que deba ser estudiada dentro de las relaciones de consumo" (cfr. "El contrato de tiempo compartido", LL, 1999 -E-1097; Conclusiones de las Terceras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junin -1988- comentario de Highton, Smayevsky, también Di Filippo, María "`Tiempo compartido: Su actualización a la luz del derecho de daños", J.A. Suplemento del 5 de febrero de 2003 p. 13).----------

----

--- **2) Actor y demandado tienen su domicilio en jurisdicción de Trelew,** motivo por el cual la estipulación de una jurisdicción distinta a la del domicilio del actor-consumidor, en situaciones tales, no se aprecia cuál sería el fundamento y objetivo regular de tal estipulación, como no sea dificultarle al consumidor reclamar en justicia, al obligarlo a concurrir a una jurisdicción extraña, incrementando sus gastos y sus molestias.----------

---------- El actor ha deslizado en autos un muy fuerte fundamento en apoyo de su postura, al decir que “desde el aspecto parcial y práctico de la eficacia de la administración de justicia, expresó que la solución dada carece de sentido, al obligar a la consumidora damnificada a radicar una acción de conocimiento en Capital Federal, para luego tramitar la totalidad de las probanzas mediante el mecanismo establecido por el dec.-ley 22.172 en ésta Provincia”. La disfuncionalidad de la cláusula de prórroga en el seno de este contrato y la finalidad restrictiva de los derechos del consumidor que la anima surgen de toda evidencia a la luz de ese argumento,----------

---------- Y, además, ni el excepcionante ni la sentencia de grado se han hecho cargo de esta alegación, ni menos han conseguido desvirtuar su lógica profunda.---------- En tal situación debe verse la estipulación contractual de una jurisdicción ajena, extraña como una imposición gravosa de quien tenía un mayor poder contractual, en perjuicio de un consumidor urgido por la necesidad de contratar.----------

--- En este sentido se pronunció en un caso la Excma. CSJN, resolviendo que “si el contrato de prenda con registro fue celebrado, concluido y posteriormente inscripto en la Provincia de San Luis, tales circunstancias fácticas y el carácter genérico, ambiguo y contradictorio de la cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales nacionales, determinan que se declare competente al juez local para seguir conociendo en la ejecución prendaria promovida, en particular porque, frente a la imprecisión de la cláusula, la adquirente pudo no advertir su eventual sometimiento a litigar en extraña jurisdicción con la posible afectación a su defensa en juicio, en violación de los principios contenidos en el artículo 37, apartado b, de la ley 24.240” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/10/2006, “Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines

Determinados c. Giménez, Carmen Élida", en La Ley Online, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hiciera suyo).----------

--- **3) El contrato base de disputa en autos, conforme surge de la documentación reservada (cfr. fs. 13 y vta. de dicha documentación) es un contrato instrumentado en un formulario, encuadrable arquetípicamente dentro de los denominados "contratos de adhesión" o contratos con cláusulas predispuestas o condiciones generales negociales, en terminología más propia** (Cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Edit. Astrea, Bs. As., 1987).---------- El llamado "contrato de adhesión" según el propio creador de la terminología, el maestro Raymond SALEILLES, de "contrato solo tiene el nombre" (cfr. la posición de SALEILLES en su clásica obra "De la déclaration de volonté, contribution à l´etude de l´acte juridique dans le code civil allemand", París, 1909, pp. 229/230, n°s 89 y 90; ver asimismo un excelente comentario realizado por el maestro Christophe JAMIN, titulado "Plaidoyer pour le solidarisme contractuel", en "Etudes ofertes à J. Ghestin", LGDJ, París, 2001, pp. 450 y ss). Ello así, porque en este tipo de contrataciones, como dijera el eminente Prof. KOSCHAKER, "el adherente, suele tener sólo el derecho de decir Amén". Ello convence de que en contrataciones como la de autos no cabe la indiferencia del juez, sino que éste debe hacer uso de las herramientas de control y revisión de que lo dota el ordenamiento con una intensidad mayor que si se tratara de un contrato redactado por las partes, negociando en un pie de igualdad y sobre la base de concesiones recíprocas. ---------- El contrato paradigmático de nuestro Código Civil, el contrato suscripto entre partes libres e iguales, luego de un período de "forcejeo" o "tironeo" contractual, desde comienzos del siglo XX y cada vez con mayor intensidad va siendo reemplazado por una serie de prácticas contractuales o paracontractuales: el tráfico de ventanillas, la contratación electrónica, las cartas reversales y el llamado "contrato de adhesión" (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo, "Hacia la reconsideración de algunas ideas en materia de contratos" (Con referencia a las obligaciones contractuales fácticas, el tráfico de ventanillas y otros nuevos fenómenos paracontractuales"), Revista El Derecho T. 175, págs. 990 y ss.).---------- Por eso algunos

autores como DÍEZ PICAZO han hablado de la “fuga”, la “huída” o la “erosión” del contrato, es decir, la desaparición gradual del molde contractual clásico y su sustitución por prácticas que reducen la consensualidad del contrato y donde la participación de una de las partes suele limitarse a la aceptación de lo impuesto por la otra.---------- Así la negociación individual que caracterizó a los contratos típicos ha quedado sustituida en el caso -y en innumerables otros supuestos de la vida moderna- por la contratación de adhesión. El tratamiento de los contratos por adhesión adquiere significativa importancia en el derecho de consumo porque la aplicación lisa y llana de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación podría conducir a notables injusticias. ---------- Claro que, aún sin recurrir a la legislación consumerista, esto es, sin salirse del seno del Código Civil argentino, aún así existen herramientas que permiten evitar los abusos que pueden cometerse en este tipo de contratos. Esas herramientas son varias y están dispersas por el Código Civil: tales los arts. 953, 954, 1071, 1198 C.C.---------- La primera de ella, llamada la “cláusula” moral del ordenamiento jurídico argentino, repele aquellas cláusulas que sean inmorales o contrarias a la moral y buenas costumbres. Y no se requieren de grandes dotes para concluir que la reducción de las posibilidades de defensa en juicio de la parte débil de una relación convencional, al compás de una cláusula contractual que no se justifica si no fue introducida para limitar las posibilidades del consumidor, contraría la moral y buenas costumbres, vulnerando la regla moral, al menos en un sentido lato.---------- La norma del art. 954 CC contempla la rescisión por lesión, y verdaderamente podría considerarse lesiva una cláusula tal impuesta a un consumidor.---------- El art. 1071 CC consagra la veda del abuso del derecho. Y quien impone a otro una cláusula contractual, que no tiene otra función que limitar sus posibilidades de acceso a la justicia, cuando el contrato se va a cumplir en el domicilio del adherente además, implica un claro abuso del derecho.---------- Pero la norma más interesante a los efectos de la problemática que analizamos es, sin duda, el art. 1198 CC, que consagra el principio general de la buena fe en el ordenamiento jurídico

argentino. ---------- Bien se ha dicho que “el principio de la buena fe es aquel que encarna la idea de honestidad y en el cual se fundamenta la garantía de justicia y equidad. Santo Tomás sostuvo que la justicia es la propia rectitud que se constituye acerca de las cosas exteriores usadas por el hombre, las cuales son la materia de la justicia. Pero esa rectitud implica una ordenación hacia el fin debido y a la ley divina, que es la regla de la voluntad humana y es común a toda virtud. Ya en su tiempo, Platón se refería a la justicia "como la recta ordenación de todas las facultades y virtudes del hombre." Se trata en definitiva, de la honestidad llevada al terreno jurídico (honeste vivere)...” (LÓPEZ FIDANZA, Alberto J., El principio de la buena fe, en rev. La Ley del 24/8/04, p. 1).----------

--- **4) Los limites de la autonomía de la voluntad.**---------- El derecho argentino reconoce la autonomía de la voluntad de los contratantes, Y lo hace de un modo amplio y generoso en el art. 1197 C.C. Claro que inmediatamente luego, en el artículo siguiente sienta una norma que es eje de todo el ordenamiento jurídico argentino, el art. 1198 CC, que acoge el principio general de la buena fe. Así, las partes son dueñas de convenir lo que haga a sus intereses, mientras no afecten el principio general de la buena fe, la moral y buenas costumbres y el orden público, que esablecen otras normas tuitivas ya explicitadas. --- Bien ha dicho el maestro GHESTIN que “La autonomía de la voluntad debe ser entendida como el ejercicio de un poder soberano paralelo y concurrente a la ley… Puede entonces hablarse de una cierta autonomía de la voluntad, indisociable de una cierta libertad contractual. Pero la cuestión ahora es precisamente determinar cuales son los justos límites de esa autonomía y de la libertad contractual... debemos referirnos a los valores tradicionales y fundamentales y afirmar que el fundamento de la fuerza obligatoria reconocida al contrato por el derecho objetivo se deriva de su utilidad social y de su conformidad a la justicia contractual” (GHESTIN, Jacques, “La notion de contrat”, en Recueil Dalloz, t. 1990, sec. Chroniques, pp. 147 y ss).---------- En similar sentido, dice el maestro DÍEZ PICAZO que «La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto que a la dignidad de la persona le es debido. Ello

implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o ”autonomía de la voluntad”. El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad... La autonomía privada en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación...La libertad contractual no puede, obviamente, ser omnímoda... Existe, en primer lugar, un límite de la autonomía contractual privada que está constituido por las normas a las que el legislador dote de carácter imperativo...” (DÍEZ-PICAZO, Luis, “Fundamentos del derecho civil patrimonial”, Edit. Cívitas, Madrid, 1996, 5ª edic., T. I, p. 128).----------

--- En tal situación, la autonomía de las partes para pactar cláusulas en sus contratos tiene límites tangibles, legalmente establecidos. Uno de esos límites lo da el principio de la buena fe. Sólo los contratos que cumplen acabadamente con este principio puede ver mantenida la validez de sus cláusulas. En cambio, cuando se acredite la violación de este principio, la o las cláusulas que se demuestren violatorias de él serán anuladas.----------

--- Y, verdaderamente, no parece que se haya respetado la dignidad del contratante más débil de la relación ni el estipulante haya cumplido con su deber de actuar de buena fe al imponer una cláusula cuyo única finalidad es tornar más dificultoso y oneroso que se le reclame a él por un incumplimiento suyo o por un daño que él causare a su cocontratante. No parece el summun de la buena fe una norma así. Un criterio contrario pecaría de candidez.---------- **5) El principio general de la buena fe.** ----------

--- En nuestro sistema legal, el principio general de la buena fe es como un sol, que ilumina todos los sectores del ordenamiento jurídico, poseyendo un alcance absoluto e irradiando su influencia en todas las esferas, en todas las situciones, en todas las relaciones jurídicas (LÓPEZ MESA, Marcelo – ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia”, Editorial Reus, Madrid, 2005, Cap. 3).----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- El art. 1198, inc. 1º del Cód. Civil legisla la buena fe con contenido general, constituyendo una norma-eje de todo el sistema. Pero, contrariamente a lo que algunos simplistas parecen pensar, el principio general de la buena fe no puede ser utilizado para salvaguardar malos negocios o para reparar torpezas propias inexcusables. Tampoco para dejar de aplicar normas legales imperativas, saltando sobre ellas con absoluta facilidad.---------- ---------- El principio cardinal o deber general de actuar de buena fe tiene la función de colmar las inevitables lagunas del sistema legal; la ley, por cuidada y detallista que sea, no puede prever todas las situaciones posibles mediante normas concretas, ni todos los abusos que las partes pueden cometer la una en perjuicio de la otra. La ley sólo previene las situaciones más frecuentes, eliminando o prohibiendo los abusos más comunes; muchas conductas reprochables escaparían a las espesas redes de la normatividad, si debiera considerarse permitido o lícito cualquier comportamiento que la ley no prohibiera. Tampoco puede pretender regulárselo todo, prohibiendo con anterioridad conductas que imaginariamente podrían eventualmente realizarse; ello, cabe imaginar, provocaría la asfixia absoluta del tráfico o bien el desconocimiento de la ley. El principio general de la buena fe cierra el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se manifiestan en las cambiantes circunstancias de la vida social . Este principio general permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones no contenidas en la ley, por lo que es acertado decir, en alguna medida, que condiciona el ejercicio de ciertos derechos reconocidos legislativamente a los particulares (cfr. (LÓPEZ MESA, Marcelo – ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia”, Editorial Reus, Madrid, 2005, Cap. 3).----- La buena fe es la llave de corte que permite evitar la malicia en ciertos casos de ejercicio disfuncional de derechos o de maquinaciones tendientes a provocar daños a través del uso desviado de resortes legales, inicialmente legítimos. Es decir que constituye un freno a las posibilidades de ejercer los derechos, un valladar que no se puede traspasar en algunos casos o un sendero sin retorno, cuando se han creado expectativas en terceros, o se ha creado una apariencia de que se actuará de tal o cual manera en el futuro.---------- Y a tal fin, debe ser utilizada esta herramienta en el caso de autos.----------

--- El principio general de la buena fe ha adquirido una presencia insoslayable en el foro, estando llamado a acrecentar su importancia, como prisma de análisis de las relaciones jurídicas, pudiendo hablarse hoy con asidero de un efecto expansivo de la buena fe (cfr. REZZÓNICO, Juan Carlos, "Efecto expansivo de la buena fe", en LL 1991-C-516).----------

---------- El principio de buena fe exige en los sujetos una positiva actitud de cooperación y generación de confianza en las propias declaraciones, manteniendo la palabra empeñada y operando como límite a los derechos subjetivos .----------

--- Por ello, la buena fe detenta una notable aptitud jurígena, es decir que permite extraer a partir de ciertos postulados fundamentales, materiales para ir ampliando su esfera de aplicación a las situaciones nuevas que se presentan.----------

---------- Claro que, como bien dijo el maestro AUBERT, “debe evitarse la profunda desestabilización del contrato que produciría la masiva ingerencia de los jueces en ellos.----------

---

--- La buena fe no puede ser esgrimida como argumento para modificar contratos no convenientes para una parte, pero tampoco ruinosos ni leoninos. Los contratantes son los jueces de su conveniencia; el juez lo es sólo del abuso de la lesión o de la mala fe, no de la conveniencia contractual” (AUBERT, Jean-Luc, Détermination des clauses abusives par le juge, Recueil Dalloz, t. 1991, Sommaires commentés, p. 320).----------

---

--- En un agudo precedente la Cámara Civil de Neuquén resolvió hace años que la ineficacia de las cláusulas predispuestas de un contrato sería procedente cuando éstas significaran en su conjunto una irrazonable dureza para el adherente, proveniente, no de un mal negocio sino del dictado unilateral y abusivo del predisponente (Cám. CC Neuquén, Sala 1ª, 12/4/96, “Banco del Sud S.A. s/ Revisión”, en Juba sum. Q0000076).----------

---

--- En el caso que nos ocupa, no existe óbice alguno para que esta Sala analice el contenido del contrato, toda vez que lo que se cuestiona no son sus términos económicos, sino una cláusula accesoria al mismo, que establece una

jurisdicción para actuar en justicia ante su incumplimiento, lo que aleja de este caso el fantasma de pretender revertir malos negocios en sede judicial.----------

--- Y una cláusula de prórroga de la jurisdicción en un contrato como el de autos, donde ella no tiene otra función que atar las manos del actor o, al menos, dificultar su reclamo debe juzgarse gravosa y abusiva, desde el hontanar de la buena fe.------

---Llegado este punto es menester recordar dos precedentes que resultan de aplicación a este caso. En un interesante caso judicial se resolvió que “los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe, prefiriendo la solución que más convenga a su naturaleza, a fin de evitar que aspectos marginales o secundarios sirvan de pretexto para desligarse de la palabra comprometida y frustrar la finalidad acordada (CNFed. CC, Sala II, 6/2/03, “Locutel S.A. c. Telefónica de Argentina S.A.”, LL 2003-E, 6529.----------

--- Y en otro precedente se indicó que “el deber de buena fe -inherente a todo contratante- es más riguroso respecto del predisponente que del adherente, pues éste último carece de facultades para introducir cambios en las cláusulas pactadas” (CNFed. Contadm., Sala II, 22/8/00, “Lloyds Bank Ltd. c. S.C. eI.”, LL 2001-A, 479, RCyS, 2001, 666 y DJ 2001-2-606).---------- La pregunta entonces surge nítida en autos: ¿el contrato predispuesto de autos cumple las exigencias de la buena fe, en lo tocante a la prórroga de jurisdicción? Ya anticipamos una respuesta negativa al interrogante. Seguidamente ampliaremos el fundamento de tal solución.----------

--- **6) El concepto de cláusula abusiva.**----------

--- Con su galano decir y su precisión reconocida el eminente maestro galo Philippe LE TOURNEAU ha definido a la cláusula abusiva como aquella “que tiene por objeto o por efecto crear, en detrimento de un no profesional o un consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes de un contrato” (LE TOURNEAU, Philippe, « Droit de la responsabilité et des contrats », Edit. Dalloz, París, 6ª edición, 2006, p. 332, Nº 1080).---------- A tenor de esa definición surge claro que la cláusula que

en autos pacta la prórroga de jurisdicción tiene por objeto crear, en detrimento de un consumidor, un desequilibrio significativo de sus obligaciones y derechos, al limitársele arteramente la posibilidad de reclamar en justicia el cumplimiento de sus derechos. Es más, a la luz del precedente del caso “Locutel”, surge claro que si se interpreta a la luz del principio general de la buena fe la cláusula contractual analizada, la solución que mejor conviene a la naturaleza del contrato, es declarar nula la cláusula de prórroga de jurisdicción que se impusiera al adherente, máxime cuando con esta tesitura se evita que aspectos marginales o secundarios sirvan de pretexto al estipulante para desligarse de la palabra comprometida y frustrar la finalidad acordada (CNFed. CC, Sala II, 6/2/03, “Locutel S.A. c. Telefónica de Argentina S.A.”, LL 2003-E, 6529.----------

--- **7) El encuadramiento de la cláusula pactada en autos como cláusula abusiva en la jurisprudencia nacional.** ----------

---Diversos precedentes nacionales han declarado la nulidad de cláusulas de prórroga de jurisdicción. En uno se dijo que era procedente el rechazo de la excepción de incompetencia dispuesta por el a quo con fundamento en el carácter abusivo de la prorroga de jurisdicción pactada en el contrato de compraventa de un inmueble, conforme lo establecido por la ley 24.240 y el art. 1071 del Código Civil, puesto que el recurrente no logra desvirtuar los motivos dados en aquella en orden a que el convenio sería un contrato de adhesión, importando la cláusula invocada una seria limitación al derecho de defensa del actor (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala II, 20/4/06, “Laub, Carlos A. c. Sindic. de Trabaj. Munic. de Rosario y/o D.P.V. y U.”, en La Ley Litoral 2006, p. 1456).---------- ---------- En otro caso se dijo que “corresponde considerar como no escrita la cláusula inserta en un contrato de adhesión -en el caso, de naturaleza financiera- por la cual se prorroga la competencia, sometiendo al usuario a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente, pues ello viola el derecho de defensa en juicio, en tanto litigar fuera del domicilio puede significar para aquél, por razones económicas y de distancia, una renuncia anticipada al derecho a la jurisdicción que la ley no tolera”

(Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala II, 1/4/03, “Giantomasi, Juan Alberto c. Compañía Financiera Arg. S.A.”, LLBA 2003-1255).----------

En otro pronunciamiento se indicó que debía tenerse por no convenida en los términos del art. 37, inc. b), de la ley 24.240 la prórroga de jurisdicción realizada en un contrato de adhesión al programa de propiedad participada de una empresa telefónica privatizada cuando las circunstancias del caso -los adherentes aceptaban todas las cláusulas o quedaban fuera del sistema- permiten concluir que ello importa una renuncia anticipada al derecho constitucional a la jurisdicción (Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes, 15/5/01, “Wandelow, Zulema y otros c. Estado nacional y/u otro”, LLLitoral 2001- 922).----------

--- En otro caso se declaró que en los contratos de adhesión no son válidas las cláusulas sobre prórroga de jurisdicción, salvo que dicha cláusula se encuentre específicamente aprobada por el adherente (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contenciosoadministrativo de San Francisco, 23/8/99, “La Piamontesa de Averaldo Giacosa y Cía S. A. c. Lemos, Eduardo R.”, LLC 2000- 994).----------

---------- Por último, en otro caso se dijo que “la cláusula de prórroga de jurisdicción inserta en los contratos de adhesión en virtud de cual el consumidor o usuario se somete a la jurisdicción que le impone la empresa predisponente renunciando al propio fuero viola la defensa en juicio, toda vez que es sabido lo costoso que resulta litigar fuera del lugar de su propio domicilio, y convierte en abusiva la cláusula predispuesta, la que debe declararse nula” (Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 20/11/97, “Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre”, LLBA 1998-511).----------

--- También esta Sala ha declarado con anterioridad que “...carece de relevancia la invocación de la existencia de prórroga de la competencia, en virtud de que la tipificación de la contratación como adhesiva dentro de las relaciones de consumo autoriza el encuadre de la cláusula como abusiva, la que en consecuencia ha de ser tenida como no convenida (confr.: C.A.S., Sala “B”, S.I.C. 179/07, ídem, Sala “A”, S.I.C. 138/03). ----------
---

--- **8) La cláusula de prórroga de jurisdicción a la luz del art. 37 de la ley 24.240.**----------

--- La cláusula que se analiza aquí también vulnera el art. 37 inc. b) de la ley 24.240. Dicha norma establece que *”Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;*----------

--- *b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;*----------

--- *c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*---------- *La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa....”*---------- *Ello así, toda vez que la cláusula de prórroga restringe los derechos del consumidor limitando su acceso a la justicia en tutela de sus derechos (en igual sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 18/10/2006, “Plan Óvalo S.A. de Ahorro para Fines Determinados c. Giménez, Carmen Élida”, en La Ley Online, dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hiciera suyo).*----------

--- En esta línea se dijo en otro fallo que la cláusula de prórroga de jurisdicción incluida en un contrato de adhesión por la que se obliga al adherente a litigar en extraña jurisdicción, debe ser tenida por no escrita en tanto importa una restricción o renuncia de los derechos del consumidor (art.37, inc.2º, ley 24.240 de defensa del consumidor)- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 20/4/01, “Mussio, Liliana c. Círculo de Inversores S. A. Ahorro para fines determinados”, LL Litoral, 2002-130).----------

--- En este orden de ideas, al examinar dentro de los aspectos procesales de las ley 24.240, lo relativo a la competencia, se ha señalado que "de acuerdo con la télesis de la ley 24.240 y en virtud de la naturaleza tuitiva para el consumidor o

usuario, tales cláusulas de prórroga de la competencia territorial deben ser enmarcadas dentro de una presunción de abuso, siendo facultativo para el consumidor o usuario presentar su pretensión por ante el juez con competencia originaria o ante el de la competencia prorrogada. Así se invierte la carga de la prueba y queda a cargo de los proveedores de bienes y servicios (art. 2 de la ley 24.240) la demostración de que la prórroga de marras no constituye cláusula abusiva" (Cfr. Rambaldo, Juan "Apuntes analíticos sobre la ley 24240 y sus aspectos procesales", Suplemento J.A. Número especial -6191- "Tutela del consumidor y del usuario", 26 de abril de 2000, p. 43). ---------- Desde ya, en la especie, el excepcionante no ha acreditado tal extremo, máxime en el caso en el que tanto el domicilio de las partes en el juicio como el lugar de cumplimiento del contrato son en la Provincia del Chubut. De tal modo es este otro argumento para disponer la invalidez de tal cláusula y revocar la resolución apelada, que la convalida.----------

--- **9) El solidarismo contractual.** ----------

--- Por último, queda otro argumento más para disponer la nulidad de la cláusula de prórroga jurisdiccional cuestionada. En los últimos años ha renacido en el derecho francés y europeo una posición que había nacido en el siglo XIX y luego languidecido; el solidarismo contractual. La concepción solidarista, casi un siglo después de sus orígenes, volvió en Francia, lo que el maestro Denis MAZEAUD ha llamdo “un nuevo orden contractual” (MAZEAUD, Denis, “Le nouvel ordre contractuel”, Edit. Revue des contrats, París, 2003, Nro. 1, p. 295). Esta posición permite crear un lazo entre las manifestaciones del principio de la buena fe y su realidad actual (cfr. BERNAL FANDIÑO, Mariana, “El solidarismo contractual – especial referencia al Derecho francés-, en revista jurídica “Universitas”, Bogotá, 2007, Nro. 114, p. 18).---------- Uno de los deberes de conducta de los contratantes que el solidarismo postula como esencial es el llamado “deber de lealtad”; a través de él se busca evitar las conductas excesivas de los contratantes y, en general, los actos que dificulten voluntariamente la carga contractual del otro” (cfr. POISSON, Elise, “Bonne foi et loyauté”, en Revista “Le droit de savoir”, 2006, en http:

//www.laverydebilly.com/pdf/Bulletins/061001f.pdf).----------
------- --- No parece muy leal una cláusula impuesta en un contrato de adhesión con el sólo fin de restringir o dificultar las posibilidades del adherente de actuar en justicia en reclamo de sus derechos. Y dable es recordar que el excepcionante no ha esclarecido qué otro objetivo legítimo pudo tener la inclusión de tal cláusula en el contrato.----------
---

---Todos los fundamentos anteriores militan en pro de la declaración de nulidad parcial del contrato base de autos, debiendo tenerse por no escrita la cláusula de prórroga de la jurisdicción obrante en el contrato de adhesión de fs. 13 de la documentación reservada y debiendo revocarse la resolución de grado, motivo por el cual declárase la competencia del Juzgado Civil nº 1 de Trelew para entender en autos.----------
---------- IV.- Toda vez que en razón de la forma en que se resuelve se habrán de adecuar los honorarios regulados, la apelación de estipendios que se dedujo a fs. 86 devino abstracta y no será tratada. ----------
---------- Dada la forma en que se resuelve, se adecuarán las costas de la instancia anterior, que se impondrán al demandado vencido (artículos 69 y 279 del C.P.C.C.).----------
---------- Teniendo en cuenta el resultado obtenido, importancia y eficacia de las labores desarrolladas, carácter con el que actuaran y demás pautas legales, corresponde asimismo adecuar los honorarios de primera instancia los que se fijan: al Dr. C. I. J. en el 2 % del monto del proceso y al Dr. P. O. A. en el 1,60 % del mismo monto, en todos los casos con más el I.V.A. pertinente (arts. 6, 7, 9, 33, y concs. del dec.-ley 2.200).----------
---------- Las costas de Alzada quedarán también a cargo del demandado derrotado (artículo 69 C.P.C.C.).----------
---------- En razón de las pautas enunciadas se regulan los honorarios por su labor ante esta instancia, al Dr. C. I. J. en el 0,70 % del monto del proceso y al Dr. P. O. A. en el 0,40 % del mismo monto, con más el I.V.A. pertinente en ambos casos (arts. cits. y 14 del arancel). ----------
-------- Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew; **RESUELVE**: ----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

---------- 1) REVOCAR la resolución de fs. 83/84 vta. y desestimar la excepción de incompetencia interpuesta por el demandado, declarando la competencia del Juzgado en lo Civil Nº 1 de Trelew para entender en autos. ---------- 2) DECLARAR abstracta la apelación de honorarios de fs. 86. ---------- 3) IMPONER las costas de ambas instancias al demandado. ---------- 4) FIJAR los honorarios de primera instancia, al Dr. C. I. J. en el 2 % del monto del proceso y al Dr. P. O. A. en el 1,60 % del mismo monto, en todos los casos con más el I.V.A. pertinente. ---------- 5) REGULAR los honorarios por su labor ante la Alzada, del al Dr. C. I. J. en el 0,70 % del monto del proceso y al Dr. P. O. A. en el 0,40 % del mismo monto, con más el I.V.A. pertinente en ambos casos ---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – CARLOS DANTE FERRARI – MARCELO J. LOPEZ MESA

REGISTRADA BAJO EL Nº 115 DE 2008- SIC.- CONSTE.-

c.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA