

BREITCHMITT ERIC GEORGES Y OTRA C/ DIGSER S.A. S/ ORDINARIO
EXPTE. 26144; JUZG. CIVIL I

Cipolletti, 24 de febrero de 2014.

VISTAS: las presentes actuaciones caratuladas "BREITCHMITT ERIC GEORGES Y OTRA C/ DIGSER S.A. S/ ORDINARIO" (EXPTE. N° 26144-I-06) para dictar sentencia definitiva, de las cuales

RESULTA:

I. A fs. 131/135 se presentan los Sres. Eric Georges Breitchmitt y Lidia Fredes, por intermedio de sus apoderados, promoviendo demanda de daños y perjuicios -derivados de la resolución contractual- y de nulidad contra la firma DIGSER S.A., solicitando se condene a la firma mencionada a pagar la suma de pesos \$7.009,96 con más intereses desde la rescisión contractual, gastos y costas del juicio y se declare la nulidad de la cláusula séptima del contrato de cesión de uso y goce suscripto con la empresa demandada.

Manifiestan que el día 14 de noviembre de 2005, se encontraban paseando en la ciudad de Neuquén, cuando les ofrecieron participar de un juego en virtud del cual ganaron un premio consistente en dos vouchers válidos cada uno para una semana de estadía en San Martín de Los Andes o Puerto Madryn, a elección de los ganadores. Que al momento de acercarse a las oficinas de la demandada a retirar el premio, les ofrecieron el servicio de tiempo compartido en el complejo Villa Piren de San Martín de los Andes, así como suscribirse a la cadena RCI para así acceder al intercambio con otros complejos turísticos de todo el país y de todo el mundo. Que pese a sentirse "apabullados" por la oferta, los actores tomaron algunos recaudos que fueron consultados al vendedor. Uno de los puntos decisivos fue que el Sr. Breischmitt trabajaba en una empresa petrolera y, en principio trabaja 20 días por 20 días de descanso, variando muchas veces este sistema de turnos. Concretamente, quería tener certeza de que si planificaba sus vacaciones para cierta semana del mes de enero, en cualquier parte del mundo, bastaba

con que realizara la operación de reserva del lugar con no más de un mes de antelación. El vendedor dio por descontado que eso era así. Los actores solicitaron un tiempo para pensar, pero ello implicaba perder una gran oportunidad, puesto que, a partir del día siguiente, el precio subiría un 30%. En consecuencia, suscribieron el contrato el 14/11/2005, en la ciudad de Neuquén y no en Comodoro Rivadavia como expresa el contrato, de cesión de derecho de uso y goce de una unidad de vivienda turística en temporada alta "C" y en la cadena de intercambios RCI en la temporada roja (alta) por el término de una semana y durante 30 años. Que el precio del contrato era de \$ 9.748 y los actores dejaron en ese acto los cupones de la tarjeta de crédito American Express por el total del precio del contrato e incluso por el canon de \$160 para acceder a la cadena de intercambio de RCI. Explican que los descuentos se realizarían por la tarjeta que el Sr. Breischmitt operaba. Aducen que el alta en el sistema demoró 10 días; pero que luego comenzaron a comunicarse con la empresa para solicitar sus vacaciones para la tercer semana de enero de 2006 en cualquier lugar de la costa bonaerense. La empresa tardó quince días aproximadamente en responder a los actores que para la fecha solicitada no quedaban vacantes, pero que si lo deseaban tenían su reserva para la tercer semana de enero del 2007. Como consecuencia de ello, los demandantes se sintieron estafados, tanto económica como moralmente, y procedieron a resolver el contrato mediante CD N° 748423183 de fecha 14/12/2005. La demandada aceptó la rescisión del contrato pero a condición de que se abonara el 50% del mismo, es decir, la suma de \$ 4875; que ya habían abonado al momento de suscribir el contrato. A pesar de la resolución del contrato, la firma demandada continuó realizando los descuentos de la tarjeta de crédito hasta el mes de mayo de 2.006 inclusive, por lo que la empresa demandada habría cobrado la suma de \$ 6.009,96. Que ante esta situación los actores formularon la denuncia ante la Defensoría del Consumidor, no llegando a ningún tipo de acuerdo. Describen y cuantifican los daños cuya reparación pretenden, plantean la nulidad de la cláusula séptima del contrato de cesión. Ofrecen prueba.

II. Corrido el pertinente traslado, a fs. 149/156 se presenta la firma DIGSER S.A., por intermedio de su apoderada, contestando la demanda y solicitando su rechazo. Luego de negar los hechos, se allana parcialmente a la pretensión de la actora y da en pago la suma de \$ 960 que surge de la diferencia entre el monto efectivamente percibido por DIGSER S.A., el cual asciende a la suma de \$ 5.835 y lo pactado, esto es la suma de \$ 4.875. Pone a disposición de la parte actora un voucher equivalente a semanas de vacaciones, en las próximas temporadas medias y bajas, en cumplimiento con lo

dispuesto en la cláusula octava, último párrafo del contrato de cesión. Seguidamente, sostiene que los actores voluntariamente decidieron sujetarse a una obligación comercial con DIGSER S.A., convencidos de la propuesta turística y hotelera que ofrecía la misma. Manifiesta que, una vez consumado el contrato, los actores decidieron rescindir el mismo, enviando a tal fin una comunicación fehaciente y objetando cláusulas que ellos aceptaron al momento de la suscripción del instrumento privado. Que en ocasión de firmar el contrato, se instruyó a los actores de todas las disposiciones establecidas en el instrumento objeto de análisis, y fueron invitados a leer detenidamente el mismo y su copia, todo lo cual se hizo, conforme los usos comerciales ante una situación de esta naturaleza. Resalta la cláusula séptima del contrato. Sostiene que, de dicha cláusula, los accionantes se comprometieron a abonar en concepto de anticipo la suma de \$ 4.875, la cual fue efectivamente percibida por DIGSER S.A.. Los actores entregaron cupones correspondientes a su tarjeta de crédito por el monto total de \$ 9.910, de los cuales, \$ 4.875 se imputarían al anticipo y el resto al saldo. Una vez comunicada la rescisión, se retiene el pago del anticipo y por un error administrativo, se percibieron \$ 960 por sobre el monto pactado como anticipo. Rechaza el pedido de nulidad de la cláusula séptima del contrato. A todo evento, plantea la inconstitucionalidad del art. 32 del decreto 1798. Ofrece prueba. Hace reserva del caso federal.

III.- A fs. 164 se da traslado del allanamiento parcial y dación en pago.

IV.- A fs. 166 la parte actora contesta el traslado. Acepta la suma dada en pago “a cuenta de capital reclamado”. Resalta la poca claridad del ofrecimiento respecto de los vouchers al no indicar cantidad de semanas, importando dicho ofrecimiento un reconocimiento de la razón que le asiste a los actores.

V.- A fs. 169 la demandada ratifica los términos de la contestación de la demanda y se opone al retiro de las sumas dadas en pago, en concepto de pago a cuenta.

VI.- A fs. 174 se fijó audiencia preliminar para el día 20/09/2007, la que luego fue prorrogada para el 25/09/2007 y fue celebrada ese mismo día, según consta del acta agregada a fs. 182. No arribando las partes a ningún acuerdo, se procedió a proveer la prueba. Producida la prueba ofrecida por las partes, según certificado de fs. 283, se declaró la clausura del período probatorio, y agregado el alegato de la parte actora a fs. 288/290, a fs. 291 se llamó autos para dictar sentencia, providencia que se encuentra firme y consentida.

Y CONSIDERANDO:

I.- En principio corresponde realizar un encuadre de la relación habida entre la actora y la demandada. Si bien la parte demandada aboga que las partes se han vinculado comercialmente, resulta innegable que estamos frente a una relación de consumo.

En efecto, el art.1 de la ley 24240 define al consumidor de la siguiente manera: “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 modalidad más conocida y difundida del contrato de tiempo compartido, es la utilizada en el alojamiento vacacional (conf. Puerta de Chacón, Alicia, "Tiempo compartido ¿un producto turístico?", '\turismo, derecho y economía regional\ ', ed. Rubinzal Culzoni, santa fe, p. 129), “cuyo objeto es el uso en forma exclusiva, por un periodo determinado, de una unidad habitacional de un inmueble ubicado en una zona turística, mas los bienes muebles que integran la unidad habitacional, los espacios comunes del Inmueble y los servicios que en el se proporcionan al usuario; es un contrato Comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista, quien asume los riesgos jurídicos y económicos De su actividad (ccom: 8-5°) y, es indudablemente un contrato de consumo, siéndole, por ende, aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor” (ley 24240 y Cc.; Lorenzetti, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", tº. II ed. Rubinzal Culzoni, santa Fe, p. 461); ello así, a la interpretación de este tipo de contratos le resulta de aplicación el principio in dubio pro consumidor (ley 24240: 3). MORGANTI, ALBERTO C/ CLUB HOUSE SAN BERNARDO SA S/ ORDINARIO. 15/02/07. CÁMARA COMERCIAL, Sala A.

Sentado ello, corresponde tratar el reclamo de los daños y perjuicios derivados del distracto, valorar las pruebas producidas y los extremos que han quedado acreditados.

Los actores aducen que una vez firmado el contrato de “tiempo compartido” comenzaron a comunicarse con la empresa demandada para solicitar sus vacaciones para la tercer semana de enero de 2006 en cualquier lugar de la costa bonaerense. Que la

empresa tardó quince días aproximadamente en responder a los actores que para la fecha solicitada no quedaban vacantes, pero que si lo deseaban tenían su reserva para la tercer semana de enero del 2007. Que como consecuencia de ello, los demandantes se sintieron estafados tanto económica como moralmente y procedieron a “resolver” el contrato mediante CD N° 748423183 de fecha 14/12/2007. La demandada aceptó la rescisión del contrato pero a condición de que se abonara el 50% del contrato, es decir la suma de \$ 4.875, que ya había sido abonada, luego de lo cual y previo al inicio de la presente causa, los actores iniciaron un reclamo ante la Defensoría del Consumidor.

La demandada se allana parcialmente a la pretensión de la actora, reconociendo únicamente haber cobrado de más, la suma de \$ 960 (fs 159). Dicha suma es dada en pago en concepto de la diferencia que debió percibir y lo efectivamente percibido en concepto de anticipo. La actora rechaza la imputación de lo dado en pago. En lo demás, la demandada sostiene que los actores voluntariamente celebraron el contrato y conocían los términos del mismo y niega expresamente que los actores se hubiesen comunicado a la empresa solicitando sus vacaciones y que no hubiese disponibilidad si no hasta enero de 2007. En definitiva, niega incumplimiento contractual alguno.

Corresponde detenerme en la terminología utilizada en el contrato. Si bien muchas veces se utilizan los términos “rescisión” y “resolución” como sinónimos, tal como lo hace la actora en el objeto de la demanda, debemos concluir que no los son.

Conforme surge de la carta documento obrante a fs.57, los actores rescindieron el contrato; no lo resolvieron.

La rescisión se produce cuando los mismos contratantes, de común acuerdo, deciden extinguir el contrato; el mismo acuerdo de voluntades que le dio origen, es el que le pone fin al vínculo contractual; podemos decir que en lugar de contrato (voluntad de contratar), hay distracto (voluntad de poner fin al contrato).

En cambio, en la resolución, quien pone fin al contrato es una sola de las partes, y lo hace con motivo del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra parte. La facultad de resolver un contrato por una de las partes en caso de incumplimiento por parte de la otra, generalmente, en la mayoría de las legislaciones, es un derecho implícito; cuando la facultad para resolver debe ser pactada expresamente, porque así lo impone la ley civil, a dicha cláusula se la denomina "pacto comisorio".

No deben igualarse las figuras, pues la resolución conlleva responsabilidad del culpable y la rescisión importa la facultad de arrepentimiento.

Ahora bien, tal confusión no impide a la parte reclamar los eventuales daños y

perjuicios que hubiera sufrido la parte actora con motivo del distracto. Sin embargo, en autos no ha quedado acreditado el perjuicio alegado.

En efecto, de las pruebas producidas en autos surge que la parte actora si bien se comunicó reiteradas veces con la firma demandada en las siguientes fechas: 07/12/2005 y 12/12/2005 (fs.268) y luego inició un reclamo ante la Defensoría del Consumidor, no produjo prueba tendiente a acreditar que los actores efectivamente se vieron impedidos de utilizar el servicio contratado en las condiciones pactadas por culpa de la empresa, ni que en la fecha solicitada para tomar sus vacaciones, les hubiesen informado que no contaban con disponibilidad.

Es decir, no ha quedado acreditado incumplimiento alguno por parte de la firma demandada.

Tampoco ha quedado acreditado que la firma accionada hubiese garantizado que jamás se producirían inconvenientes vinculados a la disponibilidad, ni que la modalidad de trabajo de uno de los actores hubiese sido condicionante para la contratación del servicio.

Cabe destacar que los actores, en la prueba confesional, reconocieron que contrataron voluntariamente con la demandada y que, si bien no leyeron detenidamente el contrato, les explicaron sobre las condiciones y alcances de la contratación, pagando voluntariamente el precio.

En materia contractual se encuentran vigentes los principios clásicos: *actori incumbit probatio* (al demandante incumbe la carga de la prueba) y *resu in excipiendo fit actor* (el demandado representa el papel de actor cada vez que invoca una excepción). De allí se extrae el principio máximo: la prueba incumbe a quien alega la realidad de un hecho. En consecuencia, a quien alega la existencia de un contrato y el incumplimiento de una o más obligaciones de él nacidas, le pesa la carga de la prueba; y el demandado que reconoce la vigencia de la relación pero afirma que el incumplimiento no le es imputable o que se encuentra liberado, debe demostrar los hechos en que se funda. (Conf. GONZALEZ, J. TINTI, G. CALDERON, M. RIBA, M., *Teoría general de los contratos*, Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 200.).

En autos, la demandada reconoció el vínculo obligacional preexistente que lo unía con la actora. Pero la actora no acreditó el incumplimiento o “estafa” alegada.

La prueba del incumplimiento se vincula estrechamente con la prueba del factor de atribución. En el caso, incumbía a los actores probar que no pudieron acceder a los beneficios del contrato por culpa de la firma demandada.

En consecuencia, el reclamo por los daños y perjuicios por incumplimiento no puede prosperar.

II.- Ahora bien, seguidamente, la actora solicita se declare la nulidad de la cláusula séptima del contrato de cesión -cuya existencia fue reconocida expresamente por la demandada- que dispone la posibilidad de rescindir el contrato a los 5 días de la fecha de celebración. La cláusula textualmente dice: “...El CESIONARIO, si así lo deseara, podrá rescindir el presente contrato dentro de los 5 días posteriores a la firma del mismo, plazo dentro del cual deberá comunicarlo en forma fehaciente al CEDENTE, en dicho supuesto el CESIONARIO, solo quedará obligado al pago de las sumas abonadas y/o comprometidas a abonar en concepto de anticipo, por su parte las sumas que el CESIONARIO haya abonado y/o se hubiese comprometido a abonar, en concepto de anticipo, podrán ser compensadas por e CEDENTE, en noches de alojamiento hotelero en el complejo VILLA PIREN Club de Vacaciones, dentro d ellas próximas temporadas medias y bajas...”.

La cláusula séptima contiene una causal de rescisión unilateral, en virtud de la cual los contratantes acuerdan, a favor del cesionario, la posibilidad de dejar sin efecto el contrato, debiendo comunicar dicha decisión al co-contratante dentro de un plazo determinado (cinco días) y en forma fehaciente.

La parte actora cuestiona dicho plazo por exiguo y contrario a la buena fe, entendiendo que atenta contra la libertad de contratar, pues una vez firmado el convenio, las partes quedan cautivas del mismo.

Cierto es que, con relación al plazo, la ley 24240, en su artículo 34 dispone que “En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.”

Asimismo, recordemos que el art. 37 de la ley 24240 dispone: “ Interpretación. 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.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.”.

Teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas citadas, evidentemente el plazo otorgado por la demandada a los actores para que ejerzan su derecho a arrepentirse resulta insuficiente y contrario a las disposiciones que protegen al consumidor; ello así, sin perjuicio de que la demandada, mediante CD N 751049466, aceptó la rescisión efectuada por los actores fuera del plazo estipulado.

Sumado a ello, tampoco corresponde estipular responsabilidad o consecuencia alguna para el consumidor como resultado de la revocación, resultando los eventuales gastos a cargo del vendedor, pues el consumidor no tiene por qué soportar consecuencias económicas de su legítimo arrepentimiento.

Se trata de una cláusula irrazonable, dado que genera excesivos beneficios para una de las partes (la firma demandada), quien estaría recibiendo un pago sin causa justificada, configurándose un verdadero enriquecimiento sin causa. Consecuentemente, la cláusula contractual antes citada resulta abusiva y corresponde declararla nula.

Ahora bien, es cierto que los actores no incluyeron en su demanda en forma expresa la pretensión de que les sea restituido lo dado pago en virtud de la cláusula cuestionada, más allá que lo reclamaran como daño patrimonial, sin embargo, como regla, nuestro sistema parte de la premisa que en la ineficacia de los contratos o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste como en este caso- exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido y evitar así que de los mismos se deriven efectos, de acuerdo con la regla clásica “quod nullum est nullum effectum producitur” (lo que es nulo no produce ningún efecto).

Así lo dispone el art. 1.303 del Código Civil "...declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...".

En consecuencia, corresponde que las cosas entregadas o prestaciones realizadas con fundamento en la cláusula anulada, se restituyan, debiendo en este caso, la firma accionada restituir la suma abonada por los actores en concepto de anticipo, con más sus intereses desde que la suma fue entregada (art. 1054 del C.C.). Para el cálculo de los mismos deberá utilizarse la tasa Mix del Banco de la Nación Argentina, desde la fecha del pago efectuado, hasta el 27 de mayo de 2010, y a partir de allí se continuará utilizando la tasa activa del mismo banco, hasta la fecha de la restitución de la suma abonada por los actores.

III.- Atento a como ha sido resuelta la causa, el planteo de inconstitucionalidad ha devenido abstracto.

Por todo lo expuesto FALLO:

I. Hacer lugar parcialmente a la demandada y declarar la nulidad de la cláusula séptima del contrato de cesión de derecho de uso y goce de fecha 14/11/2005, condenando a la firma demandada restituir a los actores, en el término de 10 días de notificada la presente, la suma de \$ 5835 con más sus intereses desde que la suma fue entregada a la accionada, y que se calcularán en la forma prevista en los considerandos.

II. Rechazar la acción de daños y perjuicios intentada por la parte actora.

III. Atento a como ha sido resuelta la causa, imponer a la actora las costas en un 25 % y a la demandada en un 75%.

IV.-Regular los honorarios de los letrados apoderados del actor, Dres. Cecilia Saraceni y Mariano Rossi, en su doble carácter, en la suma de PESOS CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y CINCO (\$ 4.175) (10 ius / 3 etapas, la primera etapa /2 + 2da y 3ra etapa) y PESOS OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO (\$ 835) (10 IUS / 3 etapas /2 por su participación en la primer etapa conjuntamente con la Dra. Saraceni) respectivamente, los de la letrada apoderada de la demandada, Dra. Mafalda R. Balboa, en la suma de PESOS UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS (\$ 1.432) y los de su letrado patrocinante, Dra. Ana Montero, en la suma de PESOS TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA (\$ 3.580) (10 IUS), dejándose constancia que para efectuar tales regulaciones se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de las tareas cumplidas en autos por los beneficiarios (conf. Arts. 6, 8, 9, 10, 40 y conc. de la L.A.) (MB \$ 7.009,96).

Notifíquese por Secretaría.

Regístrese.