

## **Siendo el contrato de agencia calificable como atípico a la fecha de la contratación, su interpretación debe efectuarse a la luz del principio de autonomía de la voluntad.**

1.-Los jueces tienen la función, es decir la facultad y el deber de procurar con prudente arbitrio y equidad que los convenios se cumplan del modo que acordaron las partes y con buena fe. Por ello, para interpretar sus alcances no debemos limitarnos tan sólo a lo fundamentalmente expresado, sino que resulta menester tomar en consideración las consecuencias que del propio accionar de las partes derivan (CCiv. 1197 y 1998 y, CCom. 218 ).

2.-La interpretación de los contratos no debe ceñirse tan sólo al texto escrito ni prescindir del esclarecimiento del fin que han querido los contratantes, siendo menester -por el contrario- valorarlo debidamente en su integridad.

3.-La función de las reglas de interpretación y de integración de toda convención, es la de establecer el genuino sentido del consentimiento contractual. Para ello habrá que interpretársela siguiendo el standard jurídico de la buena fe y sin apartarse de las directivas de verosimilitud, previsibilidad y diligencia, conforme con los usos, según los hechos antecedentes, coetáneos y aún sobrevinientes de las partes y relativas a lo convenido por ellas. Sólo así la interpretación contractual desempeñará su función de poner en evidencia la voluntad real de los contratantes a través de su declaración.

4.-En tanto no se encontraba incorporado en el derecho positivo vigente el contrato de agencia al tiempo de su celebración (actualmente legislado a través del CCivCom. arts. 1479/1501 ), debe considerarse que el vínculo habido entre las partes debe enrolarse dentro de los contratos 'atípicos', razón por la cual en la labor interpretativa adquiere relevancia el rol de la autonomía de la voluntad, donde el régimen debe buscarse en la propia voluntad de las partes expresada en la convención y en los principios generales de los contratos.

5.-El carácter de cooperación o colaboración comercial que poseen, la tipicidad social que han adquirido y la conducta de las partes, elementos que al tiempo que fijan los límites, permiten conocer el contenido de la relación, habida cuenta que si bien nuestro ordenamiento jurídico positivo consagra la libertad de los contratantes para regular el alcance de los pactos que realizan, lo cierto es que tal facultad queda circunscripta dentro de los límites propios del principio de la autonomía de la voluntad que, como es sabido lo definen, la Ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

6.-Cuando la natural competencia produce una rebaja en los precios, los contratos deben ser adecuados a la reducción de las pretensiones económicas de la empresa licenciataria, ya sea mediante una reducción directa de precios o una modificación en los planes de servicios (...) atendiendo a lo que es usual y corriente en el mercado, particularmente en la industria de las telecomunicaciones, donde la competencia y las nuevas tecnologías -abocadas al desarrollo de los productos inteligentes- muestran una tendencia de precios a la baja.

7.-Desde una perspectiva económica, no corresponde interpretar el contrato de agencia como un convenio individual entre las partes sino como un acuerdo múltiple entre ellos y las demás agencias quienes forman un frente común, precisando la adopción de una postura que en conjunto responda a las exigencias del mercado y a las pujas de la competencia.

8.-Los contratos por adhesión no son cuestionables por la sola circunstancia de haberse impedido a la parte adherente la discusión particularizada de cada una de sus estipulaciones. Responden a una necesidad del tráfico mercantil y, en los supuestos de los contratos destinados a integrarse a una red de comercialización, aseguran un trato igualitario para todos los agentes, distribuidores, concesionarios, etc. En todo caso, estos tipos de contratos deben ser interpretados considerando la posición comercial desigual que ha existido desde el origen y, sobre todo, el modo en que se pretenden ejercer los respectivos derechos regulados en aquél.

9.-Tampoco el carácter de 'dominante' de la proponente implica en sí un obrar antijurídico, pues en todo contrato de colaboración se evidencia una subordinación vertical en la cual le es exigible a la parte dominante mantener el equilibrio para evitar perjudicar al más débil de la relación, pues si bien el ordenamiento jurídico positivo consagra la libertad de los contratantes para regular el alcance y contenido de los pactos que realizan, tal facultad queda circunscripta dentro de los límites propios del principio de la autonomía de la voluntad que, como es sabido, lo definen la ley, el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

10.-En materia de interpretación de los contratos de adhesión, lo dirimente no es la determinación del contratante que propuso formalmente las condiciones, ni tampoco quien de ellos las impuso en los hechos -si es que medió tal imposición-. Lo fundamental es, en rigor, si ello conformó conducta abusiva; pues aún frente a la hipótesis de que por la posición dominante una de las partes pueda imponer condiciones, está claro que ello no es -por sí sólo- revelador del abuso sancionado por la Ley.

11.-Detentar una posición dominante en una relación contractual no implica de suyo obrar abusivo, que requiere una actuación deliberada a través de cláusulas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contra parte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de la otra.

12.-Aun aceptando que una de las partes tuviera una posición más fuerte en la vinculación y haya impuesto las condiciones contractuales, ello no es causal que invalide per se lo pactado; pues además de la alegada asimetría económica, lo que debe probarse es que medió abuso -no abuso en cualquier grado sino uno desestabilizante del adecuado equilibrio del negocio mercantil anudado- en la utilización de esa posición para causar daño, de modo que pueda calificarse a su conducta de ejercicio disfuncional del derecho en los términos del CCiv. 1071 .

13.-La ausencia de vicio derivado exclusivamente de la forma de celebrarse el convenio o de la desigual posición para discutir las cláusulas del contrato se patentiza todavía más cuando el adherente no es un consumidor sino un comerciante profesional que tiene la posibilidad de evaluar antes de suscribir el contrato si, tal como se le presenta, el negocio podría ser beneficioso para sus intereses o no. No puede equipararse, por ejemplo, la situación de un usuario de telefonía celular que si pretende acceder a este servicio -hoy por hoy universal y popular- está compelido a adherir a los contratos que las distintas compañías telefónicas predisponen, con la de una sociedad comercial que lo que busca es encarar un negocio lucrativo y que, por ende, además de tener muchos más recursos para asesorarse, analizar y comparar, siempre puede decidir no encarar ese proyecto, sino otro.

14.-Cuando el vínculo asociativo es de 'colaboración', todas las partes deben tender al beneficio común e individual de cada uno, sobre todo la parte dominante que tiene la misión de generar condiciones comerciales para toda la red que,

por un lado le permitan competir en el mercado y, por el otro, la generación de ganancias a todos los integrantes de la cadena en condiciones similares. En otras palabras: la asunción de los riesgos y el reparto de beneficios debe alcanzar de manera equilibrada a todos los integrantes del sistema, incluso a la 'dueña' del negocio.

15.-Si bien una vez concertada la convención, ambos contrayentes deben sujetarse fundamentalmente a lo prescripto, erigiéndose la 'intangibilidad' y la 'fuerza normativa' del contrato en principios rectores determinantes en su ejecución así como en su conclusión, no es dable que ninguno se parapete detrás del pacta sunt servanda, para negar la colaboración que leal y recíprocamente debe a la contraria en virtud de la naturaleza esencial del contrato en cuestión.

16.-La buena fe consiste en actuar de modo tal que se respete a lo largo de la ejecución del contrato el interés manifestado por las partes al contratar, que los riesgos que pesan sobre cada parte contratante no sean transferidos a la otra, que las decisiones de ambos contratantes persigan la cooperación, que se permita a cada parte percibir los beneficios naturales resultantes del negocio subyacente al acuerdo firmado, y que los derechos y obligaciones resultantes del sinalagma se cumplan sin entorpecer la causa misma del contrato.

17.-Por aplicación del principio de confianza, que cobra vital importancia en el marco de las relaciones jurídicas patrimoniales y encuentra recepción legislativa en el espectro de la pauta rectora concebida en el art. 1198 del CCiv., se impone a quienes participan en el tráfico el deber de honrar las expectativas despertadas en los demás en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la celebración del contrato como en su desarrollo y extinción.

18.-Es principio receptado en el estudio y la teoría de las nulidades procesales que resulta inútil admitir su declaración cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía del recurso de apelación, en el que se encuentra insito el de nulidad. Cuando los defectos que constituyen el fundamento del recurso de nulidad se han introducido liminarmente y luego como agravios del de apelación, queda evidenciada la aceptación de la propia recurrente, en el sentido de que los errores in procedendo pueden obtener una adecuada reparación a través de la apelación. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Fallo:

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de marzo de dos mil dieciocho, reunidas las señoras juezas de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por "CELLCOM S.A. C/ CTI PCS S.A. Y OTROS S/ ORDINARIO" (Expte. 40740/2008), en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debía votarse en el siguiente orden: Vocalías N° 5, N° 6 y N° 4. Dado que la N° 5 se halla actualmente vacante, intervendrán las Doctoras Matilde E. Ballerini y María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero (art. 109 RJN).

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Juez de Cámara Doctora Matilde E. Ballerini dijo:

I. La Causa:

Cellcom S.A. demandó por los daños y perjuicios a CTI PCS S.A. y Compañía de Teléfonos del Interior S. A. (en adelante conjuntamente "CTI").

Alegó acorralamiento financiero y abuso de posición dominante y reclamó pesos cinco millones novecientos veintitrés mil doscientos cincuenta y nueve con 99/00 (\$ 5.923.259,99) por compensación sustitutiva de preaviso o lucro cesante; pesos veintiún mil cuatrocientos cuarenta y dos con 90/00 (\$ 21.442,90) por comisiones residuales; valor llave por pesos seis millones (\$ 6.000.000) y pesos dos millones doscientos veintiún mil doscientos veintidós en concepto de clientela; montos resultantes de subsidios y comisiones pendientes y descuentos retroactivos de comisiones o el monto mayor o menor que resulte de la prueba, con más intereses y costas. También solicitó la nulidad de las Cláusulas 3.3. y 4.2 último párrafo y 5.8.

Refirió ser sucesora de Telecomunicaciones y Servicios S.R.L. que el 13/12/1999 suscribió un contrato de agencia con "CTI".

Relató que por CD el 20/11/2006, reclamó a "CTI" por los incumplimientos contractuales que allí detalló y los que fueron rechazados en su mayoría.

El 01/12/2006 mediante intimación notarial, reiteró los términos de la mencionada misiva y declaró rescindido el contrato a partir del 02/01/2007.

"CTI" luego de desconocer los reclamos de la actora invocó la Cláusula 15.4 que facultaba a la actora para declarar resuelto el contrato (inc. a) o exigir su cumplimiento (inc. b), y en ambos casos reclamar la indemnización tarifada establecida en la Cláusula 15.5.

En relación a los restantes hechos expuestos, me remito a la sentencia dictada de fs. 5210/5224 en orden a evitar estériles reiteraciones.

## II. La Sentencia de Primera Instancia:

El sentenciante admitió parcialmente la demanda, condenando a "CTI" a pagar pesos un millón ciento ochenta y seis mil seiscientos cincuenta (\$ 1.186.650), con más intereses desde el 02/01/2007 fecha de constitución en mora hasta su efectivo pago; e impuso las costas a la accionada.

Luego, el 29/03/2017 mediante resolución aclaratoria incrementó la condena a pesos dos millones seiscientos noventa y cinco mil ochocientos setenta y cinco (\$ 2.695.875) con más intereses y costas, con sustento en cierta omisión en la base de cálculo.

## III. Los Recursos:

Ambos contendientes quedaron disconformes con el acto jurisdiccional y lo apelaron a fs. 5229 "CTI" y a fs. 5237 la actora; sostuvieron sus recursos con las expresiones de agravios de fs. 5308/5352 y fs. 5295/5306 contestadas a fs. 5374/5382 y fs. 5354/5372 respectivamente.

La defendida impetra la nulidad del pronunciamiento apelado con fundamento en el CPr. 253 al entender que mediante la aclaratoria el Juez a quo alteró significativamente el monto de la condena en violación del CPr. 166. Subsidiariamente objeta) la existencia de abuso de posición dominante que no se verifica en el caso; ii) la distribución de la carga probatoria y la incorrecta valoración de las constancias de autos; iii) la falta de respuesta de los reclamos de la actora por parte de "CTI" que no fue tal; iv) la interpretación errónea de la deuda que la actora mantenía con la defendida; v) la inadecuada valoración de la conducta de "CTI" (CPr. 163:5); vi) la desmesura de la reparación reconocida en los términos del CPr. 165 in fine; vii) la aplicación de intereses a la cláusula penal; y viii) la imposición de costas.

La accionante considera que: i) la cláusula penal es inaplicable porque el dolo no puede dispensarse anticipadamente (Cód. Civ. 507 derogado pero aplicable al caso); ii) el contrato de cláusulas predisuestas no debe ser interpretado en su contra y debe reconocerse la totalidad del daño reclamado. Subsidiariamente, para el caso que la cláusula penal se torne aplicable alega arbitrariedad en el cálculo de la condena.

#### IV. La decisión:

Dirigió la defensa su embate contra la sentencia en crisis alegando existencia de nulidad en el acto jurisdiccional atacado, planteo que resulta el punto de partida para el esclarecimiento del conflicto, por un elemental criterio metodológico; pues de su resultado dependerá la suerte de los restantes agravios.

Fundamentó dicha parte la nulidad planteada en considerar que la resolución aclaratoria (que integró la sentencia), lejos de enmendar algún concepto oscuro o error material del decisorio directamente consistió su modificación incrementando sustancialmente la condena.

Es principio receptado en el estudio y la teoría de las nulidades procesales que resulta inútil admitir su declaración cuando se trata de vicios o defectos reparables por vía del recurso de apelación, en el que se encuentra ínsito el de nulidad. Cuando los defectos que constituyen el fundamento del recurso de nulidad se han introducido liminarmente y luego como agravios del de apelación, queda evidenciada la aceptación de la propia recurrente, en el sentido de que los errores in procedendo pueden obtener una adecuada reparación a través de la apelación. Recuérdese también lo especialmente establecido en el CPr. 253 (en similar sentido: Podetti, Ramiro, "Derecho Procesal Civil y Comercial. Tratado de los actos procesales", T. II, pág. 488, Ediar Bs. As. 1955; ídem: "Tratado de los recursos", pág. 17, Bs. As. 1952; Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", T. II, pág. 630, Ediar, Bs. As. 1961; Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", T. IV., pág. 168; Calamandrei, Piero, "Derecho Procesal Civil", T. III pág. 301, Ejea 1962; CNCom., esta Sala, mis votos in re "Vázquez Iglesias S.A. c/ Basterrechea S.A." del 19/03/1990, íd. "Labaronie Víctor c/ Caputo Luis y otro" del 10/09/1991, íd. "Moisés Eduardo Salem Ini c/ José Salem INI y Fortonata INI de Salem" del 07/11/2003; íd. "Espinoza Claudio Aníbal c/ Sol Petróleo S. A. y otro s/ ordinario", del 23/12/2014, entre otros).

Ponderado que fue el contenido del planteo, la posición asumida por la recurrente, con base en los fundamentos ya vertidos he de propiciar la solución a través de la apelación. Con tal alcance rechazaré la petición de nulidad.

Consecuentemente corresponde examinar los agravios vertidos por las partes.

Es de señalar que razones de elemental orden lógico impondrían tratar prioritariamente los agravios expresados por la accionada, en tanto a través de ellos se procura la inversión del resultado del pleito. El hipotético acogimiento de sus quejas tornaría innecesario el tratamiento de las restantes impugnaciones.

De todos modos, dado que existen varios agravios cuyo contenido coincide -bien que con sentido contrario-, atenderé todas las quejas vinculadas y conjuntamente los argumentos que hubieran sido expresadas por cada contendiente.

Las partes se vincularon mediante un contrato de agencia (aportado por la demandante en fs. 1207/1218 y por la accionada en fs. 2832/2842) celebrado el 13/12/99 y cedido a Cellcom S.A. por Telecomunicaciones y Servicios Legales S.A. el 01/06/2001. La cesión fue aceptada mediante carta documento y el 02/01/07 la actora lo dio por resuelto alegando culpa de la demandada (v. fs. 482).

Para ingresar en el examen de la cuestión recuerdo que la actora imputó a la accionada distintos incumplimientos y la realización varios actos lesivos, como causantes de la caída abrupta de su rentabilidad y, en definitiva, justificantes de la resolución contractual por culpa de "CTI": (1) falta de pago de subsidios en la venta de equipos celulares; (2) comisiones adeudadas por legajos "rechazados";

(3) descuento retroactivo de comisiones; (4) baja de comisión residual prepaga y cuenta segura; (5) baja de comisiones de tarjetas prepagas (TPP); (6) reducción del límite de crédito para Maverick; (7) modificación en la financiación de una porción del valor facial de las TPP; (8) reducción del límite de compra de TPP y; (9) modificación de la base de cálculo para la liquidación de comisiones sobre consumo prepago.

Para alcanzar la adecuada solución, deberé interpretar el contenido del contrato y así desentrañar sus verdaderos alcances.

He sostenido reiteradamente que los Jueces tenemos la función, es decir la facultad y el deber de procurar con prudente arbitrio y equidad que los convenios se cumplan del modo que acordaron las partes y con buena fe.

Por ello, para interpretar sus alcances no debemos limitarnos tan sólo a lo fundamentalmente expresado, sino que resulta menester tomar en consideración las consecuencias que del propio accionar de las partes derivan (CCiv. 1197 y 1998 y, CCom. 218).

Por tal motivo, no debe la interpretación ceñirse tan sólo al texto escrito ni prescindir del esclarecimiento del fin que han querido los contratantes, siendo menester -por el contrario- valorarlo debidamente en su integridad (Fontanarrosa, Rodolfo, "Revista de Derecho Comercial Argentino", T. II, pág. 153, Bs. As., 1969).

Es decir, que la función de las reglas de interpretación y de integración de toda convención, es la de establecer el genuino sentido del consentimiento contractual. Para ello habrá que interpretársela siguiendo el standard jurídico de la buena fe y sin apartarse de las directivas de verosimilitud, previsibilidad y diligencia, conforme con los usos, según los hechos antecedentes, coetáneos y aún sobrevinientes de las partes y relativas a lo convenido por ellas. Sólo así la interpretación contractual desempeñará su función de poner en evidencia la voluntad real de los contratantes a través de su declaración.

Asimismo, subrayo que en tanto no se encontraba incorporado en el derecho positivo vigente este tipo de contratación al tiempo de su celebración (actualmente legislado a través del CCCN. arts. 1479/1501), considero que el vínculo habido entre las partes debe enrolarse dentro de los contratos "atípicos", razón por la cual en la labor interpretativa adquiere relevancia el rol de la autonomía de la voluntad, donde el régimen debe buscarse en la propia voluntad de las partes expresada en la convención y en los principios generales de los contratos (CSJN, in re, "Automóviles Saavedra S.A.c/ Fiat Argentina S.A.", del 04/08/88, DJ, 1988-2, 692).

A ello debe sumarse el carácter de cooperación o colaboración comercial que poseen, la tipicidad social que han adquirido y la conducta de las partes, elementos que al tiempo que fijan los límites, permiten conocer el contenido de la relación, habida cuenta que si bien nuestro ordenamiento jurídico positivo consagra la libertad de los contratantes para regular el alcance de los pactos que realizan, lo cierto es que tal facultad queda circunscripta dentro de los límites propios del principio de la autonomía de la voluntad que, como es sabido, lo definen, la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Sentadas tales premisas me adentraré en el examen de las particularidades derivadas del contrato que motivara la contienda.

La cláusula cuarta determinó los términos de la retribución de la agencia. Su inc. 4.1. Estableció que "La AGENCIA percibirá de CTI la comisión que se establece en ANEXO VI que forma parte del presente", el inc. 4.7. que "CTI podrá, a su exclusiva discreción, modificar la comisión de la AGENCIA, notificándolo por escrito con una anticipación no mayor a treinta (30) días. En caso que ello no fuera aceptado por la AGENCIA esta podrá dar por terminado este convenio, sin derecho de su parte a indemnización de ninguna naturaleza".

La cláusula décimo cuarta definió la configuración de la mora de las partes y clasificó casos especiales de incumplimiento por parte de la agencia. En el inc. 14.1. se estableció "La mora de EL AGENTE se producirá por el solo incumplimiento de una cualesquiera de sus obligaciones, sin necesidad de interpelación previa" y el inc. 14.2. "CTI incumplirá con sus obligaciones si, una vez intimada por LA AGENCIA y transcurridos 30 días, no haya subsanado su incumplimiento".

La cláusula décimo quinta determinó los efectos derivados de aquellos incumplimientos precisando que " En caso de incumplimiento de LA AGENCIA, CTI podrá optar entre: a) dar por rescindido este convenio por culpa de LA AGENCIA y reclamar la indemnización de los daños y perjuicios, o b) exigir su cumplimiento con más los daños y perjuicios ocasionados" (inc. 15.1.).

Luego determina "En caso que LA AGENCIA rescinda el convenio, CTI podrá reclamar de LA AGENCIA, como cláusula penal expresa, un pago equivalente a la suma percibida por EL AGENTE en concepto de comisión en los seis meses anteriores a la fecha de rescisión, con más los daños y perjuicios ocasionados" (inc. 15.3.), asimismo, "En caso de incumplimiento de CTI, LA AGENCIA podrá optar entre: a) dar por resuelto el convenio y reclamar el pago de la indemnización prevista en el punto 15.5 siguiente; o b) exigir su cumplimiento con más la indemnización prevista" (inc. 15.4.); y, "La indemnización por daños y perjuicios indicada en el punto 15.4 anterior será el monto resultante de la sumatoria de las comisiones percibidas por LA AGENCIA en los seis meses anteriores a la rescisión, lo cual las partes así acuerdan y LA AGENCIA expresamente acepta. Esta será la única indemnización que LA AGENCIA podrá reclamar a CTI" (inc. 15.5.).

Expuesto el contenido y contexto de la relación comercial, su evolución temporal y las particularidades contractuales que delimitaron el vínculo entre las partes, corresponde adentrarse en los términos en que las partes sustentaron sus críticas respecto de la sentencia recurrida.

Mientras la parte actora sostuvo sus agravios en los acusados múltiples y diversos incumplimientos de la demandada, dos de ellos evidencian la deliberada intención de perjudicarla económicamente como consecuencia de sus quejas y reclamos, a saber:(i) la reducción injustificada de la línea de crédito en el sistema Maverick; y (ii) la reducción igualmente injustificada del límite de comercialización de tarjetas prepagas, determinantes en la configuración del abuso de su posición dominante en la contratación; la demandada, resistió el embate sosteniendo que todas las decisiones de política comercial que se adoptaron fueron ecuanímes para todos los agentes que componen la red comercial, que no se ha configurado ninguno de los elementos de procedencia de la indemnización reclamada y que el contrato suscripto resulta válido, que no hubo incumplimiento de su parte ni actitud dolosa e invocó subsidiariamente la existencia de la cláusula penal pactada y aplicada por el Sr. Juez a quo en su sentencia.

Evaluaré las pruebas aportadas, es decir, los elementos con que cuento para desentrañar la verdad de lo acontecido, no sin antes subrayar algunas premisas de las que partiré para decidir la cuestión.

Sabido es que en materia probatoria, el hecho de que el sentenciante prefiera una entre otras no configura arbitrariedad (CSJN, in re: "Ciam S.A.C.I.F.I. c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cumplimiento de contrato", del 16/05/91) y, al ser su finalidad producir en el ánimo del juzgador convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados, no tiene el deber de ponderar cada acreditación de manera singular y exhaustiva, pues basta que lo haga respecto de las que estime conducentes y decisivas para resolver el caso sujeto a decisión (CSJN, 14/03/93, JA, 1994-II, pág. 222).

Ergo, la prueba debe ser examinada de acuerdo con el principio de la sana crítica (Alsina, Hugo, Derecho Procesal, T. IV, pág. 303, ed. Ediar, 1961), que combina reglas lógicas y máximas de la experiencia del sentenciante a quien corresponde, con exclusividad, la actividad valorativa de la prueba (Devis Echandía, Hernando, Teoría Gral. de la prueba judicial, T. I, pág. 302, ed. Víctor P.de Zavalia).

Desconocidos que fueron los hechos invocados por la parte demandante, correspondió a ésta la acreditación de su existencia. Ello, desde que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho que se intenta hacer valer en juicio, recae sobre quien pretende una declaración del órgano jurisdiccional que así lo decida, en tanto que aquél contra

quien se dirija la acción tendrá a su cargo los atinentes a los hechos impeditivos, extintivos o modificatorios que hagan a su defensa.

En el contexto indicado, correspondió a la accionante la acreditación de los incumplimientos invocados y, a los fines de la obtención de la reparación integral con prescindencia de la indemnización tarifada acordada, el accionar doloso atribuido a la accionada; y, por parte de ésta que los incumplimientos no fueron tales y que su conducta se ajustó a los términos contractualmente pactados.

Los incumplimientos alegados:

(1) Falta de pago de subsidios en la venta de equipos celulares:

Explicó la actora que como el equipo de telefonía celular constituía una suerte de barrera tecnológica para la comercialización de líneas, si el potencial usuario no lo tenía no podía adquirir una línea. Que en dicho contexto, como el negocio de "CTI" no era la venta de aparatos sino de líneas telefónicas, subsidiaba los aparatos para facilitar su compra y así posibilitar el acceso a la línea.

Agregó que su precio de lista era sustancialmente superior al que se le ofrecía al público, razón por lo cual debían lograr activarlos dentro de los 60 días desde que le eran entregados en consignación caso contrario le eran facturados por CTI al precio de lista; diferencia subsidiada que le era reintegrada mediante acreditación en cuenta corriente cuando lograba vender el aparato (v. fs.2471/2472).

El planteo fue resistido por la demandada quien sostuvo que los agentes tenían la libertad de adquirir los equipos de cualquier proveedor por que podía obtenerlos directamente de sus fabricantes, importarlos o adquirirlos de "CTI".

Si decidía adquirirlos de "CTI", se le otorgaba como beneficio el subsidiar el costo. Agregando que nunca demoró en el pago de ellos, siendo los importes acreditados en la cuenta que denominó simple o de gestión.

A todo evento, cuestionó el monto reclamado y afirmó que de acuerdo a la planilla Excel acompañada por la actora la suma es de \$ 6.025,68.

Surge del informe pericial contable que del examen de las 62 NIM (modo de identificación de los legajos correspondientes a cada cliente) incluidas en el reclamo, la demandada suministró información proveniente del sistema de cuenta de gestión 8001 (correspondiente al agente Cellcom S.A.), con el siguiente resultado: a) 46 NIM por un total de \$ 12.168,63 no fueron abonados ni acreditados sus importes, b) 7 NIM por un total de \$ 3.040,40 trataba de equipos HOMO (homologados), al respecto se informó que son equipos que pasaron a ser propiedad de Celcom S.A. por no haber sido vendidos dentro del plazo de 60 días de facturados, c) 2 NIM por un total de \$ 480,41 correspondieron a equipos por los que se generó la respectiva NC Nota de crédito, d) y 7 NIM por un total de \$ 2.118,12 no pudieron ser ubicadas en tabla, al respecto la demandada informó que no posee información que demuestre su pago o acreditación. En definitiva, la demandada no ha podido demostrar que haya abonado o acreditado los subsidios de 53 NIM por un total de \$ 14.286,75 (v. respuesta IV.A) 2., fs.3841/2).

No desconozco que el informe pericial fue impugnado, pero tampoco me pasa desapercibido que varios de los puntos periciales (of recidos por la propia accionada) no pudieron ser contestados por el experto en atención a la conducta "renuente" de la parte demandada, así calificada por el Juez a quo a fs. 4895 para ser ponderada al momento del dictado de la sentencia.

Recuérdese que la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de acreditación. La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la justificación de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica asumir las consecuencias de que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal el material probatorio incorporado, surte todos sus efectos, quienquiera que lo haya suministrado (Devis Echandía, Hernando, "Teoría general de la prueba judicial", T. I, pág. 426/7, ed. Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1976; Sentís Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso", T. III, pág.200, Buenos Aires, 1956).

Desde tal óptica tengo por configurado el incumplimiento por parte de la accionada en el pago de los referidos subsidios acordados con la actora, sin que aquélla haya aportado elemento alguno en sustento de su postura desestimatoria que esgrime.

Agrego, que la defensa articulada por "CTI" en el sentido de que la actora no se encontraba obligada contractualmente para adquirir de ella los equipos que luego vendía no resulta atendible.

El subsidio a la compra de los equipos, se trata de una estipulación a favor del agente que no puede ser desconocida por la defensa.

Consecuentemente, obtener los equipos subsidiados resultaba a todas luces un derecho cuyo ejercicio constituye seguramente la decisión empresarial más adecuada, y al hacer uso de la compra subsidiada la demandada proveedora no puede desatender el pedido ya que incumpliría con los términos en que la estipulación fuera acordada en favor de la sociedad actora.

Por lo expuesto se hace lugar al agravio con el efecto de reconocer a favor de la actora la suma de \$ 14.286,75 en concepto de subsidios impagos, la que devengará intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha en que la actora cursara el reclamo sobre su reintegro constituyendo a la demandada en mora, determinación que se sugiere diferir para la etapa de ejecución.

(2) Comisiones adeudadas por legajos rechazados:

La actora describió la operatoria relativa a las comisiones derivadas de la activación de líneas. Explicó que luego de activar la línea remitía a "CTI" un legajo conteniendo cierta información y documentación para su examen y aprobación. Otorgada, procedía el pago de la comisión.

El incumplimiento acusado se sustenta en que la demandada había comenzado a rechazar injustificadamente legajos de clientes, para luego comprobar que la mayoría de los que le eran descontados pertenecían a líneas que fueron finalmente activadas por "CTI" sin pagarle la comisión (v. fs. 2472).

La accionada resistió el planteo sosteniendo que las observaciones efectuadas a los legajos tenían sustento en el cumplimiento de normas regulatorias; que en muchas oportunidades se le permitió a la actora subsanar los errores a los fines de percibir la comisión y que, en la práctica, sólo descontaba la comisión "up front" (que era la que se pagaba por la activación de la línea) y no la "comisión residual" (que era la que se liquidaba por una determinada cantidad de meses durante los cuales el cliente se mantuvo activo).

El experto contable para evacuar el punto pericial propuesto a los fines de acreditar la falta de pago de comisiones por activación de líneas con sustento en legajos observados, explicó que al efectuarse las activaciones mediante el sistema Maverick no se generan constancias documentales, debiendo partirse de una base informática, para luego sí, poder cotejar su procedencia con constancias documentales tales como facturas por abonos de líneas (v. fs. 4400), y agregó que ante la falta de aporte de documentación y/o información específica por parte de la demandada, no podía determinar si cada una de las 1855 líneas cuyas comisiones fueron reclamadas por la actora se encontraban activas. Consecuentemente, a los efectos de su valoración ponderaré la conducta asumida por "CTI" en la producción de esta prueba la revierte en contra de su propia defensa.

Sin perjuicio de ello, advierto que en la causa penal recibida como prueba instrumental y que tengo en este acto a la vista, obra el dictamen pericial contable producido por la Superintendencia de investigaciones federales de la Policía Federal Argentina (fs. 282/289 de la causa "CTI s/ estafa" exp. 39742/2008).

En dicho informe consta que existió un descuento por legajos observados de \$ 65.542,19, pues al monto de \$75.213 se le detrajeron los reversos por \$ 9.671,50 (v. fs.288/289), y es con tales alcances que encuentro configurado el incumplimiento de "CTI" en el pago de las comisiones acordadas por la activaciones de las líneas objeto del reclamo.

Agréguese como elementos corroborantes que la actora acreditó haber formulado reclamos relativos a la falta de pago de dichas comisiones mientras que la demandada no aportó elemento alguno tendiente a demostrar la pertinencia de las observaciones, ni la alegada falta de documentación en algunos legajos y que el experto contable no fue munido de la documentación ni de la información necesaria para dar respuesta a los puntos periciales propuestos.

Por lo expuesto se hace lugar el agravio con el efecto de reconocer a favor de la actora la suma de \$ 65.542,19 en concepto de descuentos por legajos observados, la que devengará intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha en que la actora cursara el reclamo vinculado a la aplicación de los descuentos constituyendo a la demandada en mora, determinación que se difiere para la etapa de ejecución.

(3) descuento retroactivo de comisiones:

El presente reclamo se refiere al descuento aplicado en el mes de octubre de 2005 y que la actora calificó como retroactivo, unilateral y sin previo aviso, y que afectó las comisiones correspondientes a los meses de enero, febrero,

marzo, abril y mayo de ese año y ejecutado por la demandada mediante un débito en cuenta corriente. Agregó que a instancia de la demandada debió expedir una nota de crédito a su favor.

Afirmó que las comisiones venían siendo liquidadas conforme los términos acordados y que no existió ningún error en los cálculos.

La demandada resistió el reclamo sosteniendo que existió mala fe por parte de la actora ya que el cambio en el cuadro de comisiones había sido comunicado a toda la red, reconociendo su error al no concretarlo. Explicó que para amortiguar el impacto de su aplicación otorgó a los agentes un plan de cuotas para la devolución de los importes mal liquidados.

A fs. 2843 "CTI" acompañó la nota a través de la cual comunicó que ".se procederá. al ajuste de las comisiones que se han pagado en exceso durante los meses de Enero, Febrero, Marzo, Abril y Mayo de 2005, el cálculo del descuento se aplica según las comisiones comunicadas en el mes de Diciembre y por temas de nuestros sistemas internos no se hicieron efectivas oportunamente. Los descuentos se realizarán en un plan de cuotas de acuerdo al monto resultante, tanto el importe como las cuotas serán comunicadas por el Gte de Cta. de la Agencia."

La accionante invocó que dicho descuento fue incorrectamente aplicado; de su lado la demandada resistió el reclamo afirmando que las modificaciones al cuadro comisional habían sido comunicada en diciembre de 2004 y por un error no fueron aplicadas en su oportunidad.

La accionada no demostró haber comunicado en diciembre de 2004 la modificación del cuadro comisional, elemento ineludible a los fines sustentar la procedencia del descuento aplicado mediante la nota cursada en octubre de 2005.

Véase que el perito ingeniero informático al responder el punto 10 afirmó que ".recibió de parte de la demandada, un documento Word, conteniendo la que sería la carta de fecha 21 de octubre de 2005, que el perito adjunta impresa en el ANEXO 10 - II, sin haber podido determinar si notificó a su red de agentes el contenido de la misma. Cabe señalar que la carta está fechada en Octubre de 2005 y los ajustes se refieren a modificaciones que se habrían efectuado en Enero de 2005, asimismo, de la lectura de esa carta se desprende que el aviso de los ajustes a los agentes fue realizado en forma verbal." (v. fs. 3804). El contrato establecía expresamente que las modificaciones debían comunicarse por escrito.

Asimismo, la efectiva aplicación de tales descuentos de modo retroactivo fue comprobada a través de la prueba pericial contable (v. respuesta al pto. III. 5. -fs. 4401-) y de las declaraciones testimoniales (v. testigo Gustavo F. Sánchez -respuesta a la pregunta 8, fs. 3494/3501-; testigo Gustavo A. Miraglia - respuesta a la pregunta 10, fs. 3520/3523-, testigo Daniel Porcelli -respuesta a la primer repregunta, fs. 3597/3604-).

Dichos elementos me aportan la convicción necesaria para tener por configurado el incumplimiento de "CTI" por ausencia de la oportuna y necesaria comunicación de las modificaciones tal como lo disponía el contrato (Cláusula cuarta, pto. 4.7.) y en consecuencia la improcedencia de los descuentos efectuados.

A tenor de lo hasta aquí expuesto juzgo que acreditada la configuración de los incumplimientos referidos dio sustento a la decisión de la actora de rescindir el contrato por culpa de "CTI" y consecuentemente, tornar operativa la cláusula décimo quinta pactada.

Por ello se hace lugar al recurso con el efecto de admitir la condena por la suma resultante de los descuentos aplicados retroactivamente, la cual devengará intereses a la tasa de descuento que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha en que los mismos se aplicaron con la emisión de las notas de crédito por el agente, cuya determinación se difiere para la etapa de ejecución y estará a cargo del perito contador interviniente.

(4) Los restantes incumplimientos invocados por la actora refieren a modificaciones de los términos del contrato, aplicados a su entender, con el fin de provocarle ahogo financiero en una estrategia de " apropiación de la riqueza" ejercitando abusivamente su posición dominante en la relación negocial.

Las modificaciones de los términos originalmente pactados se configuraron según "Cellcom" con: a) baja de comisión residual prepaga y cuenta segura; b) baja de comisiones de tarjetas prepagas (TPP); c) reducción del límite de crédito para Maverick; d) modificación en la financiación de una porción del valor facial de las TPP; e) reducción del límite de compra de TPP; y f) modificación de la base de cálculo para la liquidación de comisiones sobre consumo prepago.

Recuerdo que esta Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en una contienda cuyos hechos guardan considerable similitud con los de la presente.

Allí se destacó que ".cabe atender a los fines económicos perseguidos por las partes al contratar, y al mercado en el que se desenvolverá tal vínculo como marco referencial del contrato celebrado".

Asimismo se expresó que ".el desarrollo operado en materia de comunicaciones en los últimos años, particularmente en el área satelital, ha facilitado la creación de un mercado de consumo global. En ese contexto, es razonable pensar que si bien hasta no hace mucho tiempo todo producto introducido en el mercado tenía una etapa de vida, madurez, posicionamiento y consecuente flujo de ingresos positivos para la empresa, lo cierto es que las nuevas condiciones del mercado obstaculizaron el normal desarrollo de este proceso como consecuencia de la "aceleración" de los tiempos.

En vistas a dicha realidad, se ha señalado que la tendencia empresarial de los últimos tiempos consiste en la creación de los llamados productos inteligentes, en los que se procura una constante re significación simbólica a efectos de alcanzar un mayor plazo de permanencia del producto en el mercado (.).

En tal sentido, lo que se intenta es lograr el reposicionamiento continuo del producto dirigiéndolo hacia otro mercado target, intentando el empresario satisfacer deseos y/o necesidades de un nuevo grupo de consumidores, con un conjunto de atributos determinado, o bien crear nuevos centros de interés aptos para suscitar la convicción de nuevas necesidades en los consumidores. De este modo el producto inteligente, por un lado, se reposiciona en la mente de los consumidores actuales y, por otro, se posiciona en la mente de los nuevos consumidores, generándose una nueva propuesta de valor en el mercado (.).

Es en esa esfera donde la renovación de las estrategias de venta utilizadas por las empresas prestadoras de los servicios de telefonía móvil permite generar una contratación masiva, que beneficia tanto a ésta como a las agencias que intervienen en la operatoria (.) la prestadora del servicio intentaría captar al potencial cliente proponiéndole mayores beneficios económicos y servicios que los ofrecidos por las demás empresas competidoras.

Bajo esa luz, es razonable prever la posibilidad de introducir modificaciones en lo referente a la forma de comercialización siempre que ello implique una adecuación a las condiciones de la competencia, puesto que en estos contratos está insito lo que en la jerga se denomina "costo de adquisición del cliente" (afrentados por todos los intervinientes en la concreción de la operatoria) (.).

En tal sentido, cuando la natural competencia produce una rebaja en los precios, los contratos deben ser adecuados a la reducción de las pretensiones económicas de la empresa licenciataria, ya sea mediante una reducción directa de precios o una modificación en los planes de servicios (.) atendiendo a lo que es usual y corriente en el mercado, particularmente en la industria de las telecomunicaciones, donde la competencia y las nuevas tecnologías -abocadas al desarrollo de los productos inteligentes- muestran una tendencia de precios a la baja." (CNCom., Sala A, in re "Ingaramo y Morgade SA c/ CTI Cía.de Teléfonos del Interior y otros s/ ordinario", del 16/12/08).

Es que desde una perspectiva económica, no corresponde interpretar este contrato como un convenio individual entre las partes sino como un acuerdo múltiple entre ellos y las demás agencias quienes forman un frente común, precisando la adopción de una postura que en conjunto responda a las exigencias del mercado y a las pujas de la competencia (CNCom., esta Sala, in re "PCS Net S.A. c/ AMX Argentina S.A. s ordinario" del 24/11/2011).

Como todo contrato de colaboración empresaria de este tipo, el acuerdo fue celebrado sobre la base de cláusulas predispuestas por "CTI", iguales para todos los agentes de la red.

La aquí accionante planteó la nulidad de algunas de esas cláusulas y además denunció ejercicio abusivo del derecho de la parte "fuerte" del contrato frente a la falta de libertad de la agencia.

Los contratos por adhesión no son cuestionables por la sola circunstancia de haberse impedido a la parte adherente la discusión particularizada de cada una de sus estipulaciones. Responden a una necesidad del tráfico mercantil y, en los supuestos de los contratos destinados a integrarse a una red de comercialización, aseguran un trato igualitario para todos los agentes, distribuidores, concesionarios, etc. En todo caso, estos tipos de contratos deben ser interpretados considerando la posición negocial desigual que ha existido desde el origen y, sobre todo, el modo en que se pretenden ejercer los respectivos derechos regulados en aquél.

Tampoco el carácter de "dominante" de la proponente implica en sí un obrar antijurídico."En todo contrato de colaboración se evidencia una subordinación vertical en la cual le es exigible a la parte dominante mantener el equilibrio para evitar perjudicar al más débil de la relación, pues si bien el ordenamiento jurídico positivo consagra la libertad de los contratantes para regular el alcance y contenido de los pactos que realizan, tal facultad queda circunscripta dentro de los límites propios del principio de la autonomía de la voluntad que, como es sabido, lo definen la ley, el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (Cód. Civ. arts. 21, 502, 953, 1071, 1198; CNCom., esta Sala, in re "Ardis Guillermo c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario", del 19/08/08).

En ese contexto, lo dirimente no es la determinación del contratante que propuso formalmente las

condiciones, ni tampoco quien de ellos las impuso en los hechos -si es que medió tal imposición-. Lo fundamental es, en rigor, si ello conformó conducta abusiva; pues aún frente a la hipótesis de que por la posición dominante una de las partes pueda imponer condiciones, está claro que ello no es -por sí sólo- revelador del abuso sancionado por la ley.

Dicho en otros términos, detentar una posición dominante en una relación contractual no implica de suyo obrar abusivo, que requiere una actuación deliberada a través de cláusulas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contra parte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de la otra (CNCom., Sala E, "Cono sud S.A. c/ Refinerías de Maíz S.A.s/ ordinario", del 28/11/08).

En definitiva, aun aceptando que una de las partes tuviera una posición más fuerte en la vinculación y haya impuesto las condiciones contractuales, ello no es causal que invalide per se lo pactado; pues además de la alegada asimetría económica, lo que debe probarse es que medió abuso -no abuso en cualquier grado sino uno desestabilizante del adecuado equilibrio del negocio mercantil anudado- en la utilización de esa posición para causar daño, de modo que pueda calificarse a su conducta de ejercicio disfuncional del derecho en los términos del CCiv. 1071 (CNCom., esta Sala, "Miyazaki Mitsumasa c/ Telecom Personal S.A. s/ Ordinario", del 28/04/09; íd, Sala E, "Palma Comunicaciones S.R.L. c/ Telecom Personal S.A. s/ Ordinario", del 19/10/10).

La ausencia de vicio derivado exclusivamente de la forma de celebrarse el convenio o de la desigual posición para discutir las cláusulas del contrato se patentiza todavía más cuando el adherente no es un consumidor sino un comerciante profesional que tiene la posibilidad de evaluar antes de suscribir el contrato si, tal como se le presenta, el negocio podría ser beneficioso para sus intereses o no. No puede equipararse, por ejemplo, la situación de un usuario de telefonía celular que si pretende acceder a este servicio -hoy por hoy universal y popular- está compelido a adherir a los contratos que las distintas compañías telefónicas predisponen, con la de una sociedad comercial que lo que busca es encarar un negocio lucrativo y que, por ende, además de tener muchos más recursos para asesorarse, analizar y comparar, siempre puede decidir no encarar ese proyecto, sino otro.

De ahí que, como fuera dicho en el precedente de la Sala D de ésta Cámara in re "To Talk S.A. c/ Miniphone S.A.s/ ordinario" del 11/09/02, (según fundamentos de la jueza de grado recogidos por la Sala), no puede colegirse que inicialmente existiera un vicio en el consentimiento de la agencia, vinculado con la falta de libertad al contratar.

Sin embargo, sí es necesario examinar lo que aconteció durante la etapa de ejecución del contrato, porque una vez en marcha la empresa que se desempeñó como agente (con dedicación exclusiva a esa actividad esa libertad inicial pudo verse seriamente comprometida, considerando que la extinción del contrato importaría la pérdida del negocio, de las inversiones que se habían efectuado para ponerlo en marcha y de muchos puestos de trabajo.

Y es aquí donde cobra relevancia la posición "dominante" que ostentó "CTI" en la relación, porque, como se verá, tuvo la facultad de modificar a su solo arbitrio las estipulaciones contractuales más básicas, como a modo de ejemplo, aquéllas que se vinculaban directa o indirectamente con la retribución del agente, previa comunicación expresa por escrito dentro del plazo máximo de 30 días tal como lo disponía el contrato (v. cláusula cuarta).

En ese estudio de la cuestión, es cierto, debe ponderarse que "CTI" tenía la responsabilidad por el éxito de toda la red de comercialización, en un mercado sumamente competitivo y dinámico tal como referenció

precedentemente.

Pero también es fundamental considerar que el vínculo asociativo es de "colaboración"; vale decir, todas las partes deben tender al beneficio común e individual de cada uno, sobre todo la parte dominante que tiene la misión de generar condiciones comerciales para toda la red que, por un lado le permitan competir en el mercado y, por el otro, la generación de ganancias a todos los integrantes de la cadena en condiciones similares. En otras palabras: la asunción de los riesgos y el reparto de beneficios debe alcanzar de manera equilibrada a todos los integrantes del sistema, incluso a la "dueña" del negocio.

Así, si bien una vez concertada la convención, ambos contrayentes deben sujetarse fundamentalmente a lo prescripto, erigiéndose la "intangibilidad" y la "fuerza normativa" del contrato en principios rectores determinantes en su ejecución así como en su conclusión, no es dable que ninguno se parapete detrás del *pacta sunt servanda*, para negar la colaboración que leal y recíprocamente debe a la contraria en virtud de la naturaleza esencial del contrato en cuestión (CNCom., Sala A, in re "Tommasi Automotores S.A. c/ Ciadea S.A. y otro s/ ordinario", del 14/12/07).

En ese sentido cabe destacar que la buena fe consiste en actuar de modo tal que se respete a lo largo de la ejecución del contrato el interés manifestado por las partes al contratar, que los riesgos que pesan sobre cada parte contratante no sean transferidos a la otra, que las decisiones de ambos contratantes persigan la cooperación, que se permita a cada parte percibir los beneficios naturales resultantes del negocio subyacente al acuerdo firmado, y que los derechos y obligaciones resultantes del sinalagma se cumplan sin entorpecer la causa misma del contrato (Gowland, Santiago, "Contratos de distribución comercial independiente", ED, 168-552).

Además, por aplicación del principio de confianza, que cobra vital importancia en el marco de las relaciones jurídicas patrimoniales y encuentra recepción legislativa en el espectro de la pauta rectora concebida en el art. 1198 del Código Civil, se impone a quienes participan en el tráfico el deber de honrar las expectativas despertadas en los demás en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la celebración del contrato como en su desarrollo y extinción (Rezzónico, Luís María, "Principios fundamentales de los contratos", ed. Astrea, 1999, pág.376 N° 238).

El contrato objeto de este pleito contenía cláusulas que permitían "CTI" modificar unilateral e inconsultamente prácticamente todas las estipulaciones, incluso el esquema comisional de la agencia, quedándole a esta última la opción de aceptar esas alteraciones o dar por finalizado el contrato sin derecho a indemnización alguna.

Como se adelantó, lo que corresponde verificar es si dicha prerrogativa fue utilizada regularmente, o si, por el contrario existió abuso del derecho que asistía a la parte dominante, sin posibilidad de resistencia por parte de la agencia.

Entre sus argumentos la actora alegó que de los nueve incumplimientos acusados, han existido dos que ponen en evidencia la deliberada intención de perjudicarla económicamente como consecuencia de sus quejas y reclamos, a saber: (i) la reducción injustificada de la línea de crédito en el sistema Maveric; y (ii) la reducción igualmente injustificada del límite de comercialización de tarjetas prepagas (fs. 5302).

Asimismo sostuvo que se encuentra reconocida la existencia de dolo y por ende ante la presencia de un tipo de responsabilidad de carácter extracontractual que justifica el apartamiento del cálculo establecido en la cláusula penal, y que no fueron meros incumplimientos aislados sino que configuraron una única estrategia de acorralamiento financiero de apropiación ilegítima de la riqueza.

Finalmente calificó como anecdótica la existencia misma del contrato y que aquél fue ".nada más que un instrumento del que se valió CTI para perpetrar su maniobra delictual" (v. fs. 5302 vta.).

De las pruebas aportadas en la causa pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Las modificaciones en los cuadros comisiones eran aplicadas para todos los agentes de la red (v. declaración del testigo Gustavo A. Miraglia, respuestas a las preguntas octava y novena -fs. 3521-; testigo Horacio Alvarellos respuesta a la pregunta segunda -fs. 3542-; testigo Daniel Porcelli respuesta a la primer repregunta -fs. 3603/4).

El testimonio aportado por la Sra. Julia Patricia Najmias, quien fuera dependiente de la actora, estuvo conteste con dichas declaraciones al expresar en la respuesta a la séptima repregunta donde se le preguntó "A que agentes se les aplicaba las modificaciones en el pago de las comisiones", respondió que ".Cuando había modificaciones en el pago de las comisiones, tiene entendido que se aplicaba para toda(o)s los agentes." (v. fs. 3512).

Recuerdo que fue cuestionada la idoneidad de los testigos (v. fs. 3524, fs. 3572, fs. 3610) en los términos esbozados y que se fundó sustancialmente en el carácter de dependientes de ambas partes.

Cierto es que el hecho de que los testigos sean dependientes de una de las partes no afecta ab initio su credibilidad ya que su relación con la parte, les permite conocer en forma directa los hechos sobre los cuales declaran.

Pero no es menos cierto, que deben ser analizados con rigor atento la vinculación con la parte que los propone. Esto es, tales atestaciones no resultan concluyentes y por si solas son insuficientes para decidir la procedencia de la demanda, porque no existen otras probanzas con las que compongan un cuadro convictivo adecuado para admitir la acción (CNCom., esta Sala, in re, "Bodegas Tres Blasones S.R.L. c/ Kapusta Manuel", del 02/04/90 entre otros).

La actora reconoció que ciertas modificaciones le fueron comunicadas en cumplimiento con lo acordado en la cláusula cuarta, ello claro está con excepción de la referida a la reducción retroactiva del cuadro comisional notificación expresamente desconocida.

La demandada sostuvo que las reducciones en los límites de financiación (tanto en el sistema Maverick como para la adquisición de tarjetas prepagas) se debió a la existencia de saldos deudores en las cuentas de la actora, dicha afirmación mereció cierta comprobación a través del informe pericial contable producido a partir de los libros de la actora donde el experto informó que poseía una deuda de \$ 773.378, 81 (v. fs.3848).

Tal prueba desvirtúa lo manifestado por la actora en la oportunidad de contestar los agravios de la demandada, ocasión en la que afirmó que al momento de dar por rescindido el contrato no existía deuda alguna a cargo de su mandante.

Dicha afirmación no sólo no mereció adecuada justificación por cuanto no se aportó ningún elemento que acredite que de modo previo a la rescisión del contrato la actora había cancelado el saldo correspondiente a la denominada "cuenta corriente", sino que conforme la dinámica de la operatoria no parecería lógico que así hubiera ocurrido.

Lo expuesto coadyuva a la situación expuesta. Asimismo insisto en que nada más aportó a la causa en tanto la demandada no formuló reconvencción al respecto, ni reclamo de otra índole.

En tal contexto y con sustento en los argumentos expuestos por esta Sala, in re, "PCS c/ AMX" cit., concluyo que las modificaciones aplicadas por la demandada no fueron medidas adoptadas exclusivamente en detrimento de la actora, sino que respondieron a una "readecuación" al nuevo sistema de ventas impuesto por el dinamismo del mercado, y en atención a que dichos ajustes a los términos contractuales preexistentes podrían haberse visto compensados con una mayor cantidad de operaciones que beneficiarían a ambas partes.

Consecuentemente no encuentro acreditado que la defensa haya incurrido en un abuso de derecho mediante una conducta tendiente a causar los daños alegados por la pretendiente, por lo que se impone el rechazo del recurso por ella impetrado.

Corolario.

Por haber incumplido la demandada con el pago de subsidios por venta de equipos celulares y de comisiones relativas a legajos de clientes por activación de líneas, con la imposición retroactiva de modificaciones en el cuadro comisional, y ante la decisión de la actora de dar por rescindido el contrato, se torna operativa la cláusula décimo quinta -pto.15.5- con los alcances en ella acordados; es decir, el monto resultante de la sumatoria de las comisiones percibidas por la agencia en los seis meses anteriores a la rescisión.

En consecuencia, propiciaré modificar parcialmente la sentencia con los siguientes alcances: a) admitir los reclamos relativos a la falta de pago de subsidios en la venta de equipos celulares, comisiones adeudadas por legajos rechazados, y descuento retroactivo de comisiones, y b) reconocer a favor de la actora la indemnización prevista en la cláusula 15 del contrato (pto. 15.5).

Diferir para la etapa de ejecución de sentencia la determinación del monto de condena, el cual resultará de la liquidación que efectuará el perito contador actuante teniendo en consideración el reconocimiento de los "subsidios" pendientes de pago, las comisiones adeudadas por legajos rechazados y el resultante de los descuentos aplicados sobre las liquidaciones emitidas correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2005; y, la de la cláusula penal contractualmente pactada que se conformará con la sumatoria de todas las comisiones percibidas por la agencia en los seis meses anteriores a la rescisión. Ello con más los réditos sugeridos en los considerandos anteriores.

Finalmente corresponde pronunciarse en torno a los intereses referidos a la cláusula penal, que mereciera la queja de la demandada.

Sostuvo el apelante que al haber sido establecido el monto de condena en base a parámetros subjetivos y arbitrarios resultaba evidente que fue estimado a valores actuales, es decir, al momento del dictado de la sentencia y como resarcimiento integral y comprensivo de todos los daños, incluidos eventuales intereses.

Adelanto que la apelación será rechazada aunque por los fundamentos que seguidamente expondré.

Los intereses moratorios reconocidos respecto a la indemnización tarifada en el apartado 15.5 del contrato tienen el alcance de resarcir la demora en su pago y no la reparación por el retardo en el cumplimiento de la obligación principal.

Así se desmoronan los argumentos desplegados respecto que dentro de la indemnización pautada se encuentran contenidos los intereses, ello por el simple hecho de que éstos se devengaron una vez operada la mora, lo que sella la suerte adversa del recurso.

V. Costas.

Respecto de los gastos causídicos considero que deben ser soportadas exclusivamente por la demandada, solución que entiendo compatible con el criterio objetivo del vencimiento del CPr. 68, 1er. párrafo.

El hecho de que algún pedido indemnizatorio no fuese admitido no obsta a dicha conclusión, toda vez que, en los reclamos por daños y perjuicios -como se da el caso en el sub lite-, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom., esta Sala in re "Telecel S.R.L. c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario", del 28/06/07, id. "Ardis Guillermo c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario", del 19/08/08, entre otros).

Consecuentemente y no dándose ningún supuesto de excepción que justifique el apartamiento de tal solución sugiero que sea soportado por la demandada que ha resultado sustancialmente vencida.

Sin perjuicio de ello, estimo conveniente aclarar expresamente que las costas que soportará la accionada se calcularán sobre el monto de condena que surgirá de la liquidación que aquí se sugiere practicar.

VI. Conclusión.

Como consecuencia de todo lo expuesto propongo a mi distinguida colega: 1) acoger parcialmente la apelación interpuesta por la actora y en consecuencia, modificar la sentencia de fs.5210/5224 con el efecto de a) admitir los reclamos relativos a la falta de pago de subsidios en la venta de equipos celulares, comisiones adeudadas por legajos rechazados, y descuento retroactivo de comisiones, lo cual devengará intereses a la tasa de descuento que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha de mora indicada en los considerandos precedentes, cuya determinación se difiere para la etapa de ejecución y estará a cargo del perito contador interviniente; b) reconocer a favor de la actora la indemnización prevista en la cláusula 15 del contrato (pto. 15.5) con más intereses desde la mora; c) rechazar la apelación en las restantes cuestiones que fueran materia de

agravio; 2) rechazar la apelación de "CTI" a quien se le imponen las costas en su condición de vencida las que se calcularán sobre el monto de condena.

He concluido.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron las señoras Jueces de Cámara, Matilde Ballerini y María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.

Es copia fiel del original que corre a fs. 1807/828 del Libro de Acuerdos Comerciales. Sala B.

RUTH OVADIA

SECRETARIA DE CÁMARA

Buenos Aires, 14 de marzo de 2018.

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve: 1) acoger parcialmente la apelación interpuesta por la actora y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 5210/5224 con el efecto de a) admitir los reclamos relativos a la falta de pago de subsidios en la venta de equipos celulares, comisiones adeudadas por legajos rechazados, y descuento retroactivo de comisiones, lo cual devengará intereses a la tasa de descuento que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde la fecha de mora indicada en los considerandos precedentes, cuya determinación se difiere para la etapa de ejecución y estará a cargo del perito contador interviniente; b) reconocer a favor de la actora la indemnización prevista en la cláusula 15 del contrato (pto. 15.5) con más intereses desde la mora; c) rechazar la apelación en las restantes cuestiones que fueran materia de agravio; 2) rechazar la apelación de "CTI" a quien se le imponen las costas en su condición de vencida las que se calcularán sobre el monto de condena. Notifíquese por Secretaría, conforme Acordadas N° 31/11 y 38/13 CSJN.

Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada n° 15/13 CSJN y, devuélvase al Juzgado de origen.

MATILDE E. BALLERINI

MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO

**Fuente: Microjuris.com**