

# "PCS Net S.A. c/AMX Argentina S.A. s/ordinario" –

CNCOM – SALA B – 24/11/2011

En Buenos Aires, a los 24 días del mes de noviembre de dos mil once, reunidas las señoras Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por "**PCS NET S.A.**" contra "**AMX ARGENTINA S.A.**" sobre **ORDINARIO**, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras Piaggi, Ballerini y Díaz Cordero.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:  
¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La Señora Juez de Cámara Doctora Piaggi dijo:

## I. ANTECEDENTES FACTICIALES DEL PROCESO

1. El 6-2-08 (fs. 79/86)) PCS NET S.A. demandó a CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A. y a CTI PCS S.A. por \$ **2.750.000** (pesos dos millones setecientos cincuenta mil) o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse, en concepto de los **daños que le produjo las abusivas y arbitrarias modificaciones efectuadas por las demandadas durante la relación contractual que las vinculó y, por la resolución contractual por culpa** de aquéllas.

Sostuvo que en 1999 las accionadas le propusieron ser agente oficial para la venta de teléfonos celulares y negocios conexos, afirmándole que elegirían únicamente a 8 agencias para el mercado de Capital Federal y Gran Buenos Aires, con el objetivo de asegurarles a las agencias un mercado donde desarrollar la actividad que justificara la importante inversión que implicaba y, les permitiera brindar un buen servicio a los clientes. Luego de presentar toda la documentación requerida vinculada a la sociedad y efectuados los estudios ambientales y de antecedentes (económicos y personales) de aquélla como así también de sus integrantes, en enero de 2000 fue elegida como agencia oficial, presentándoles las accionadas un **contrato de adhesión** que, como tal, sólo podía aceptarlo o rechazarlo.

Afirmó que si bien numerosas las cláusulas otorgaban cuestionables facultades a las demandadas, **lo suscribió confiando que aquéllas serían ejercidas en forma razonable sin afectar la ecuación económico-financiera del contrato, por lo que en abril de 2000 contrató a 45 empleados, elevándose a los pocos meses el personal en relación de dependencia a 80, distribuidos en 14 puestos de venta.**

Refirió que en el esquema inicialmente propuesto y en cuyo marco prestó conformidad, tenía derecho a percibir en forma inmediata una **comisión fija por cada venta de \$ 100 y, transcurridos 120 días desde la activación de la línea -si el cliente no la hubiera dado de baja con anterioridad-, tendría derecho a una comisión diferida variable entre \$ 50 y \$ 425.** Sin embargo, lo que había sido presentado como un buen negocio se frustró por el abuso de las demandadas al ejercer las facultades que se habían reservado (modificación de las comisiones pactadas e imposición de nuevas condiciones), lo que llevó a que de **la comisión original promedio de \$ 230 se redujera, a la finalización de la relación contractual, en más del 90% (\$ 60),** variando constantemente por estar sujeta a extremos que no dependían de su parte y no podía verificar (por ejemplo, el uso que se hacía del teléfono).

Manifestó que **el abuso de las demandadas consistió, además, en trasladar nuevos riesgos y costos a su parte, al imponerle la obligación de vender los equipos en un determinado período, dejar de asumir el costo del seguro hasta su entrega a los clientes, crear un tortuoso régimen de legajos y negarse a instalar un sistema de autorización on line para las ventas con tarjeta de crédito.**

**Aseveró que desde el comienzo de la relación contractual evidenció su disconformidad con las modificaciones introducidas por las demandadas, remitiéndoles en diciembre de 2000 la CD por la que rechazó las nuevas condiciones generales para la liquidación de comisiones. Empero, sus intentos por modificar tal actitud fueron vanas y, en mérito a la inversión que había realizado su parte, no tenía como verdadera opción la posibilidad de negarse a aceptarlas, evidenciándose así la clara posición dominante de las contrarias.**

Alegó que en 2002, en respuesta a sus objeciones por las variaciones contractuales unilateralmente impuestas por las defendidas, se le entregó una suma de dinero como adelanto especial para compensar el perjuicio financiero que sufría por algunas de las medidas tomadas por aquéllas, que debió devolver en 5 cuotas mensuales con más el 36% de interés compensatorio anual; y en 2004, se le subarrendó un inmueble con un canon locativo mensual de \$ 1.600, más IVA y gastos.

Si bien creyó que luego de la crisis de 2001 iban a mejorar las ventas, advirtió que por mucho que se esforzara y mejoraran aquéllas nunca lograría que fuera un buen negocio, pues las demandadas continuaban forzándola a asumir las consecuencias de nuevos regímenes de comercialización a **precios**

**promocionales (establecidos para el beneficio propio de aquéllas) a costa de su parte.** Y, aún cuando la participación en esas promociones no fuera obligatoria en muchos casos, le resultaba imposible lograr activar alguna línea a un precio mayor del que las defendidas ofrecían al público.

Señaló que en su mejor mes de ventas (octubre de 2004) activó 2.298 líneas, resultando -en moneda estable- menores sus ingresos a los obtenidos en junio de 2000, en que sólo activó 670 líneas. Ante ese insostenible panorama y la evidencia que de continuar en esa situación la llevaría a concluir con su actividad comercial (pues sólo le quedaban 8 de los 80 empleados que tuvo), les **envió a las accionadas una carta donde les efectuó graves imputaciones y las intimó a recomponer la ecuación económica del contrato unilateralmente modificada por aquéllas, en un claro abuso de su posición dominante.** Al permanecer incontestada tal misiva, **reiteró la intimación por CD bajo apercibimiento de resolver el contrato,** la que tampoco mereció respuesta, por lo que **en diciembre de 2006 dio por terminada la relación contractual por culpa de las demandadas.**

Expresó que el abuso de las contrarias le causó los siguientes daños: a) menores comisiones percibidas durante la relación contractual; b) mayores gastos que debió asumir por las modificaciones contractuales introducidas por las accionadas; y, c) **gastos vinculados a la resolución contractual por culpa de las demandadas (resolución anticipada de los contratos de locación, indemnizaciones laborales, etc.).**

2. El 18-3-08 (fs. 705/734) AMX Argentina S.A. (actual denominación de CTI Compañía de Teléfonos del Interior S.A. y, su absorbida, CTI PCS S.A.), en adelante "CTI", respondió la acción requiriendo su rechazo. Luego de negar la mayoría de los hechos expuestos por la actora y sintetizar los inicios del emprendimiento comercial, señaló que su accionar -como empresa principal del emprendimiento riesgoso- se orientó a introducir en las relaciones con sus agentes los cambios que el negocio de la telefonía celular exigían, adaptando la modalidad de venta tradicional a fin de lograr una mayor inserción de su producto en un mercado con constantes promociones de venta, compensándose la reducción del precio con la mayor cantidad de clientes que, a través de los agentes de venta, accedían al servicio de telefonía celular de "CTI". Expuso que el contrato que unió a las partes data del 28-1-00 y fue suscripto por la actora libremente y con pleno conocimiento de la totalidad de las cláusulas contractuales que la vincularían con "CTI", por lo que la rescisión contractual efectuada por aquélla el 7-12-06, resulta incausada, al no haber existido ningún abuso ni incumplimiento que pueda atribuírsele.

Arguyó que no cabe descalificar al convenio por ser de adhesión, pues este tipo de contrato se justifica ante la necesidad de estandarizar la relación del principal con los agentes, resultando un mecanismo unificador que permite organizar una red de distribución indirecta que abarca todo el país e involucra alrededor de 474 puntos de venta.

Agregó que si bien el principio *contra proferentem* aplicable a tales convenciones es válido, su aplicación debe limitarse a la hipótesis en que esa duda sea razonable, de buena fe, lícita para el hombre corriente y, la interpretación extensiva no pugne con la economía del contrato; la actora como comerciante y empresaria que es, evaluó o tuvo que haber evaluado todos y cada uno de los riesgos mencionados y otros que habrá considerado oportuno analizar y luego, consciente de todas sus limitaciones y riesgos, asumió libremente el contrato que se le proponía.

Explicó que la incorporación de una empresa a una red de distribución determinada y el respeto y acatamiento a las normas propias que a dicha red le ha impuesto el principal y de lo cual deriva la eficacia del sistema, impone cierta limitación, libremente aceptada, a la independencia comercial de las firmas involucradas, requisito esencial de dicha organización ya que caso contrario el sistema perdería eficacia y se tornaría caótico.

Adicionó que durante la vigencia del contrato tomó todas las medidas necesarias tendientes a llevar adelante el negocio y ninguna de ellas estuvo destinada a perjudicar a la actora en beneficio de "CTI", lo que se prueba con el hecho que ésta sigue manteniendo intacta su red de agentes y que la actora prorrogó la relación contractual durante casi 7 años sin denunciar el contrato ni impugnar las liquidaciones que mensualmente le envió y en base a las cuales emitió las facturas canceladas oportunamente por "CTI", invocando recién al momento de rescindir el contrato, que aquélla habría actuado abusivamente durante todos los años que duró el vínculo contractual.

Aludió que la propia accionante reconoce que era opcional para el agente vender líneas de telefonía celular mediante las distintas promociones que salían al mercado, por lo que no puede imputársele que la implementación de aquéllas fuera un ejercicio abusivo de la cláusula 4.2. del convenio que facultaba a "CTI" a modificar los anexos del contrato, al no ser dichas promociones obligatorias para el agente; tampoco le resultó perjudicial, porque le permitió efectuar una mayor cantidad de activaciones al otorgársele a los clientes un menor costo en la adquisición de la línea telefónica.

Resaltó que el punto 3 del anexo 6 prevé expresamente la posibilidad de "CTI" de lanzar al mercado planes promocionales y promociones especiales con diferentes grupos de afinidad, con una comisión especial distinta a la originariamente pactada y, que ésta lo era para la activación de líneas regulares o post-pagas,

en las cuales el cliente paga a fin de mes lo que consume.

Precisó que recién en 2003 la pretensora comenzó a comercializar líneas prepagas y que dadas las características particulares de este tipo de líneas telefónicas -variables en su uso al no tener un abono prefijado de antemano, lo que hace que la utilidad para "CTI" sea menor- la comisión que se pactó fue inferior a la prevista originariamente para las líneas post-pagos.

Sintetizó la operatoria respecto a las comisiones abonadas a la actora en los siguientes términos: *i)* cuando activó una línea regular o post-paga a través del canal de comercialización estándar, se mantuvo la comisión originariamente pactada; *ii)* si la activación era de una línea promocionada, la comisión abonada fue la prevista en dicha promoción; y, *iii)* si la activación era de líneas prepagas, la comisión correspondiente necesariamente difería de la convenida originalmente. De allí que -concluyó- no se redujo la comisión establecida en el contrato original, como sostiene la accionante.

Enfatizó que las promociones de venta que se sucedieron durante todos los años en que el contrato se ejecutó les permitió a ambas partes continuar compitiendo en la venta de telefonía celular, mas no sustituyeron la operatoria normal, dado que el agente podía seguir activando líneas telefónicas bajo dicha modalidad y "CTI" le seguía abonando la comisión original prevista. Además, los ingresos obtenidos por la actora durante toda la vigencia del contrato resultaron parejos, por lo que resulta infundado que luego de rescindirlo sostenga que las promociones la perjudicaron.

Esgrimió, en orden a la aludida imposición de vender equipos en un determinado período de tiempo, que "CTI" los entregaba -al principio- en consignación a sus agentes, pero debido a las constantes devoluciones extemporáneas, con roturas, etc., el 1-2-03 acordaron firmar una *addenda* al contrato original de agencia, otorgando un plazo de 30 días para que el agente devolviera el *stock* de teléfonos no vendidos y, si en 60 días no comercializaba los equipos ya entregados, se lo facturarían en la liquidación del mes siguiente (abril de 2003). En tanto que si "CTI" modificaba la oferta comercial de un equipo determinado en más del 15% de su valor en dólares estadounidenses, el agente tenía la facultad de devolver el equipo.

En relación al régimen de legajos, refirió que la obligación contractual del agente de acompañar toda la documentación era, según el anexo del contrato que regula el pago de las comisiones, de 7 días; sin embargo, "CTI" concedía a sus agentes desde 30 a 60 días de gracia para cumplir con dicha obligación; transcurrido ese plazo sin que el agente acompañase la documental, no se le abonaba la comisión, por ser ésta la única manera que tenía "CTI" de conminar a sus agentes a cumplir correctamente con una obligación necesaria para el desenvolvimiento de todo el sistema.

Atinente al sistema de venta *on line* o mediante *posnet*, explicó que es el propio agente quien debe instalar la terminal correspondiente en su negocio, a fin de que la entidad administradora de la tarjeta de crédito autorice o no la venta, por lo que la pretensa negativa que se le atribuye no se relaciona con el abuso de derecho que se le imputa.

Destacó, en relación al adelanto especial que efectuó en enero de 2002, que "CTI" no tenía obligación legal ni contractual de efectuarlo, resultando injusto que la actora cuestione la decisión de prestarle el dinero que solicitó a la tasa consignada en el documento, en un momento del país en que no se conseguía ningún tipo de financiamiento, menos aún a la tasa prestada. Asimismo, que aquél no fue el único préstamo que le efectuó, pues el 13-6-01 le adelantó u\$s 16.000, sin fijar ninguna tasa de interés.

Expuso que los perjuicios que pueda haber sufrido la accionante por la incausada resolución del contrato que decidió deben ser soportados por ella, en mérito a que los términos de la CD que remitió no se ajusta a lo previsto en el art. 216, CCom., por cuanto las abstractas, vagas e imprecisas imputaciones de incumplimiento que se le formularon no estaban destinadas a evitar la resolución del contrato, sino que encubrió la decisión de la actora de resolverlo por causas distintas a las que invocó y por las cuales "CTI" no debe responder.

Refutó la indemnización requerida por no haber existido por parte de "CTI" ningún incumplimiento a las obligaciones que asumió por el contrato de agencia que la vinculó a la actora y, porque los cambios referidos fueron en realidad distintas promociones de venta lanzadas al mercado gracias a las cuales vendió teléfonos de "CTI" sin que le causara ningún perjuicio, habiendo sido cada una de ellas libremente aceptada por la accionante por lo que no puede exigir una indemnización de las características de la que solicita.

Sin perjuicio de ello, destacó que el contrato previó un plazo de duración de 3 años con renovación automática, con lo cual es evidente que si la actora suscribió el contrato fue porque consideró que en dicho lapso podía amortizar la inversión y obtener ganancia; por lo tanto, habiéndose ejecutado aquél por casi 7 años, su reclamo por inversiones no amortizadas carece de sustento.

## II. EL DECISORIO RECURRIDO

La sentencia definitiva de primera instancia dictada el 23-2-11 (fs. 1093/1097) -precedida de la certificación requerida por el art. 112 del Reglamento del Fuero- **rechazó la demanda** e impuso las costas a la actora vencida (art. 68, CPCCN).

Para así decidir el *a quo* meritó que: **a)** las partes están contestes en que se vincularon mediante un contrato de agencia, que se distingue porque una parte -comitente- encarga a otra -agente- la promoción de negocios por su cuenta y orden, resultando este último independiente del primero; **b)** el agente de comercio desenvuelve su actividad con plena autonomía, debiendo soportar el riesgo de su negocio; **c)** si luego de celebrado un contrato de agencia que responde a las características de un "contrato de adhesión", la predisponente introdujo modificaciones que reducen el monto de las comisiones a pagar al agente y éste reclama judicialmente resarcimiento a causa de tal proceder, aquélla debe justificar y demostrar la procedencia de ese descuento; **d)** existió una variación en el modo de comercialización de los teléfonos celulares -las alegadas promociones- que llevó a modificar las comisiones que la actora percibía; **e)** tales promociones no eran obligatorias y tampoco sustituían la operatoria normal del contrato, pudiendo la actora seguir activando líneas telefónicas en la forma en que lo venía haciendo; **f)** la actora toleró la reducción de las comisiones por ser un modo de comercialización que no afectaba el principal método de venta que integraba el nexo contractual; **g)** la reclamante no habría sufrido perjuicio, porque los egresos indicados por el perito contador son los necesarios de su giro comercial; y, **h)** los acuerdos indemnizatorios firmados en 2001 se amortizaron con las ganancias que obtuvo en 2004 y 2005.

### III. EL RECURSO

La actora apeló el decisorio el 4-3-11 (fs. 1099), su recurso fue concedido el 10-3-11 (fs. 1100), fundado el 9-5-11 (fs. 1108/1124) y respondido por la contraparte el 24-5-11 (fs. 1126/1152). Encontrándose firme la providencia de fs. 1156, corresponde abocarse al conocimiento de las cuestiones traídas a resolver.

### IV. CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN RECURSIVA

La recurrente tachó de arbitraria y contradictoria la sentencia atacada, agravándose porque el *a quo* rechazó la acción: **a)** luego de reconocer que la demandada debió justificar y demostrar la procedencia de los descuentos aplicados por la baja de las comisiones; **b)** sin meritar que antes de la implementación del sistema pre-pago la defendida ya había efectuado, al menos, seis cambios en el régimen comisional; **c)** acotando su decisión a las modificaciones en las comisiones por venta, cuando se demandó la revisión de toda la estructura del negocio unilateralmente modificado por la demandada; **d)** sosteniendo que "*la prueba pericial contable en pleito entre comerciantes tiene particular eficacia probatoria*" y luego se aparta de tal principio para determinar la ganancia que habría obtenido la actora deduciendo de la facturación únicamente los alquileres; **e)** aplicando un instituto del derecho civil no alegado por las partes, resultando inválidos los argumentos expuestos para revertir el abuso ejercido por la dominante, porque es en tal supuesto cuando existe imposibilidad de actuar libremente; **f)** soslayando que la variación unilateral de las condiciones contractuales en forma abusiva y discrecional constituye una conducta antijurídica, lo que fue acreditado -así como su relación de causalidad con el daño sufrido- con el informe pericial contable; **g)** por las ganancias que obtuvo durante 2004 y 2005, sin un correcto análisis del informe contable y desconociendo que ello no priva al agente de su derecho a resolver el contrato cuando la predisponente altera unilateralmente las condiciones originales de contratación, en razón que lo sustancial en tal caso es la alteración del margen de ganancia; y, **h)** sin un debido análisis del *iter* rescisorio y omitiendo que "CTI" respondió las intimaciones cursadas luego de cinco meses de rescindido el contrato por su exclusiva culpa.

### V. PRELIMINAR

Sólo trataré las argumentaciones susceptibles de incidir en la decisión final del pleito, prescindiendo de planteos inconducentes a tal fin (Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros); y, las pruebas producidas que estime apropiadas para resolver el conflicto (Fallos 274:113 (2); 280:3201; 144:611), razón por la cual me inclinaré por las jurídicamente relevantes o singularmente trascendentes, analizándolas de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386, CPCC).

Lo anterior, porque no es deber de los jueces analizar en sus fallos todas las pruebas producidas, sino aquellas que estime conducentes para resolver el conflicto (Fallos 274:113 -2-; 280:3201; 144:611).

### VI. LA DECISIÓN PROPUESTA

El *sub lite* guarda sustancial relación con lo resuelto por esta ponente el 28-6-07 en la causa "Telecel S.R.L. c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario" y, con lo decidido por el Dr. Bargalló en los autos "Miyazaki, Mitsumasa c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario", del 28-4-09 (al que la suscripta adhirió), por lo

que necesariamente debo reiterar aquí los conceptos allí vertidos.

## 1. Arbitrariedad de la sentencia

Como sostuvo la CSJN, la tacha de arbitrariedad requiere la invocación y demostración de vicios graves en el pronunciamiento, razonamientos lógicos, o contradictorios, o aparentes y apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, ya que lo contrario importaría extender la jurisdicción de la Corte para revisar todos los pronunciamientos que se dicten en el país, con menoscabo de los límites establecidos por la Constitución y las leyes (cfr. esta Sala, "Guerriero, Blas c/ Riva S.A. s/ ordinario", 15-8-06; y sus citas). Acorde a tal doctrina, a mi criterio **le asiste razón a la quejosa, por cuanto el fallo recurrido no encuentra respaldo en la normativa aplicable al caso**, ni en las probanzas de la causa apreciadas en su conjunto (confr. CSJN, A. 317 XXXIII, "Alba de González María Esther Ada c/ Línea ochenta y cuatro S.A.C.I. y otro", 4-11-97, ED 5-6-98; ídem, "Asencio Eduardo M. c/ Chincul S.A.", 1-4-97, LL 18-8-98; *bis* ídem, "Scattolini Lidia c/ Caja Nacional de Previsión", DJ 1997-A-1010, entre otros), ya que se realizó un examen fragmentario y parcializado de la prueba producida sin concatenarlas con las reglas legales correspondientes; se prescindió así, de elementos conducentes para determinar la verdad jurídica objetiva exponiendo razones contradictorias para sustentarlo; y, el criterio de análisis empleado no se ajustó a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones.

## 2. Contrato de agencia

Son elementos esenciales y tipificantes del contrato de agencia: **i)** la calidad de promotor de negocios que caracteriza al agente comercial, que cumple una función de intermediación entre el principal y la clientela, la que no se encuentra desnaturalizada aún cuando adicionalmente tenga facultades representativas contratando a nombre de éste; **ii)** la independencia y autonomía con que el agente desarrolla su actividad, entendida como ausencia de subordinación o dependencia toda vez que este contrato no se inserta dentro del marco laboral; **iii)** la unilateralidad en la gestión del agente, en el sentido de que su acción promotora de negocios se realiza a favor de una sola de las partes y no de ambas; y, **iv)** estabilidad, la relación que une al agente con su principal o proponente es de carácter estable, pues ambas partes están unidas por un contrato con duración establecida.

En el contrato de agencia el principal comercializa sus productos por medio de un tercero, el agente negocia y eventualmente concluye el negocio por cuenta y orden del comitente, factura en nombre de éste y ejerce un mandato en interés común; constituyendo su retribución un porcentaje sobre el precio de venta. Y, es susceptible de revocación por cualquiera de los contratantes, porque no resulta admisible que alguien quede vinculado *sine die* contractualmente a otro; el contrato no puede durar *ad infinitum*. Ninguna de las partes puede ser obligada, ni aún judicialmente, a continuar con la relación por tiempo indeterminado cuando ésta no le ofrezca ya utilidad.

Como otros contratos de colaboración, presupone que su régimen jurídico se rija por lo acordado en la relación contractual concreta; de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de pactos consagrados por nuestro ordenamiento de fondo (CNCom., esta Sala, "P. Campanario S.A.I.C. c/ Plan Ovalo SA de ahorro para fines determinados s. ordinario", 24-9-98), razón por la cual en la labor interpretativa, adquiere relevancia el rol de la voluntad de las partes expresadas en la convención y, en los principios generales de los contratos (CSJN, "Automóviles Saavedra S.A. c/ Fiat Argentina S.A.", 4-8-88). Según esta preopinante, a lo anterior debe adicionarse el carácter de cooperación comercial que posee, el fin económico perseguido, la tipicidad social adquirida, los usos y costumbres de la actividad y la conducta de las partes (art. 218, CCom.), elementos que al tiempo que fijan los límites, permiten conocer el contenido de la relación. De ahí que los jueces tenemos la facultad-deber, de promover 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 sólo a lo expresado, sino también a las consecuencias que del accionar de las partes derivan (arts. 1197, 1198 y ccdtes., CCiv. y, 218 CCom.; Betti, "Teoría general del negocio jurídico", pág. 125; Danz, E., "La interpretación de los negocios jurídicos", pgs. 44 y sgtes. y 123, Madrid, 1926; Colmo, Alfredo, "La justicia", pg. 81).

**El carácter de "dominante" de la defendida no implica en sí obrar antijurídico. En todo contrato de colaboración -como el que vinculó a los contendientes-, 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: arts. 21, 502, 953, 1071**

y 1198, CCiv. (CNCom., esta Sala "Ardis, Guillermo c/ Telecom Personal S.A.", 19-8-08).

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. Lo fundamental es, en rigor, si ello conformó conducta abusiva; pues aun 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, porque para ello se requiere una actuación deliberada a través de cláusulas destinadas a perjudicar al contrario, establecer relaciones desiguales o inequitativas, inducir a error a la contraparte con la intención de obtener un beneficio desmedido a expensas o en perjuicio de la otra (CNCom., Sala E, "Conosud S.A. c/ Refinerías de Maíz S.A.I.C.", 28-11-08).

En definitiva y tal como sostuve precedentemente, **aun aceptando que la parte demandada 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 art. 1071, CCiv.**

### 3. Actuar de las partes

3.1. Sabido es que lo pactado debe cumplirse (art. 1197 CCivil); **la autorresponsabilidad implica hacerse cargo de lo convenido libremente.** Ello exhibe estrecha vinculación con la confianza que, como principio de contenido ético, impone a las partes el **deber de honrar las expectativas creadas**, lo que cobra mayor virtualidad en supuestos como el de autos, donde la capacidad negocial fue notoriamente desigual, pues "CTI" redactó las condiciones generales y las impuso en un contrato pre-redactado al que adhirió la accionante (CNCom. esta Sala, "Del Giovannino, Luis Gerardo c/ Banco del Buen Ayre SA", 1-11-00; ED y LL, diarios del 12-12-00).

Ergo, la ley busca mantener en debido equilibrio los acuerdos de voluntades, lo que le impone a la accionada el deber de **evitar todo lo que pueda frustrar el fin de la convención o perjudicar excesivamente a la otra parte o, incurrir en abuso de derecho, por cuanto en su patrimonio debe entenderse incorporado el derecho consagrado en el contrato, aunque con las limitaciones apuntadas.** De tal modo, si el móvil perseguido por la parte dominante al ejercer sus atribuciones contractuales carece de buena fe (sea en lo relativo a la celebración y al cumplimiento del contrato como en lo referente al ejercicio de las facultades) provoca una disociación entre el derecho subjetivo y el precitado principio; así, la norma del art. 1071 del Cód. Civil permite poner en quicio las prerrogativas individuales (CNCom., esta Sala, "La Central de Tres Arroyos c/ Manufactura de Tabaco V/F. Greco S.A. s. ordinario", 30-6-83).

3.2. Por tratarse de hecho notorio, es cierto -como sostiene "CTI"- que las características y **competencia del mercado de la telefonía celular se fue modificando sustancialmente en la década anterior, lo que generó -entre otras consecuencias- disminución del promedio de consumo de cada cliente** y la necesidad de ofrecer diversos planes promocionales para intentar la mayor captación de clientes.

Considero que en la inteligencia de que **la crisis afectaba, en principio, a ambas partes, un obrar prudente y acorde al principio de buena fe** que debe primar en este tipo de relaciones (art. 1198, CCiv.), **aconsejaba que la predisponente negociara con su contraria el ajuste de las comisiones;** sin embargo, la demandada procedió unilateralmente y, su actuación fue arbitraria y perjudicial para su cocontratante.

En tal contexto, la prueba producida permite inferir que **el *ius variandi* de las condiciones contractuales que llevó a cabo "CTI" fue ejercido de manera irregular, pues la necesidad de adoptar las medidas de reacomodamiento fue realizado afectando principal y sustancialmente los intereses del agente, cuando el deber de buena fe imponía que los riesgos propios de aquella situación derivados de la coyuntura económica, fuesen equitativamente distribuidos entre las partes.**

3.3. Asiste razón a la demandada en referencia a que la actora tuvo libertad para decidir si celebraba o no el aludido contrato; mas acoto que esa libertad desapareció cuando ya en marcha la empresa que hubo de montar para poder cumplir con el convenio celebrado, éste sufrió constantes modificaciones a escasos meses de comenzar a regir la relación comercial entre las partes. Y digo que esa libertad desapareció, porque en contratos de naturaleza asociativa como el de la especie, su finalización importa -o puede importar- la extinción de la propia empresa, de cuya subsistencia suele depender la subsistencia del mismo agente (Sala D, "To Talk S.A. c/ Miniphone S.A.", 11-9-02).

Acorde lo anterior, el estudio integral de la causa me permite concluir que la situación de "PCS" fue variando sustancial y negativamente desde que adhirió al contrato predispuesto por "CTI", en virtud de las modificaciones a las condiciones contractuales que ésta efectuó desde fines de 2000, cuando ya la agente tenía la empresa montada, en marcha y operando comercialmente, de modo que su libertad se encontró constreñida a aceptar las nuevas condiciones, pues era la única forma de preservar su subsistencia. Se sometió así a las exigencias de la concedente, mas sólo hasta que pudo soportarlas operativa, financiera y económicamente (Sala D, "To Talk S.A. c/ Miniphone S.A.", 11-9-02).

Y aún cuando es cierto que la agente aceptó las nuevas modalidades impuestas por la parte dominante en la relación convencional, recuerdo que es justamente en protección de la parte débil del contrato -y también en protección de otras empresas competidoras de la concedente, del público y del mercado en general- que el Derecho elaboró -como ya se dejara sentado en el punto precedente- una específica doctrina referida a los contratos por adhesión.

#### 4. Las modificaciones del contrato original

Estimo prudente recordar que el tratamiento de los agravios interpuestos por las partes tiene como límite lo previsto en el art. 277, CPCCN. Por ello y a fin de no incurrir en la tacha que tuvo la sentencia de primer grado, procederé a reseñar las principales modificaciones efectuadas por la demandada que alteró el vínculo contractual anudado en enero de 2000, en tanto se relacionen con lo reclamado por la actora en su escrito de demanda.

##### 4.1. Contrato primigenio

En el anexo VI (fs. 109/112) del contrato suscripto el 28-1-00 (v. fs. 711 vta.) que comenzó a regir en abril de 2000 (v. fs. 79 vta.), consta que la comisión aplicable a líneas regulares PCS para la categoría B a la cual pertenecía la actora (lo que se deduce de lo expuesto por ésta a fs. 79 vta.) se componía de:

**4.1.1.** Un monto fijo de \$ 100,00 (comisión *up front*) a abonarse dentro de los 20 días siguientes a la finalización del "período de comisión" (punto 1.1.) y, *b*) una comisión diferida que se liquidaba a los 120 días posteriores a la activación y se cancelaba dentro de los 20 días posteriores al período de comisión (ap. A, punto 2.2.).

Se estableció que si durante los primeros 4 meses contados a partir de la fecha de activación del servicio, "CTI" migrara al cliente a la modalidad prepaga, la comisión *up front* se reajustaría a los valores fijados para tal modalidad, al finalizarse el período de comisión en el que se efectuó la migración (ap. A, punto 3). Y, si en el mismo lapso el cliente cambiaba de plan de precios, ambas comisiones (*up front* y diferida) se reajustarían al finalizarse el período de comisión en el que se efectuó el cambio, de acuerdo a la comisión correspondiente al nuevo plan de precios (ap. A, punto 4).

La comisión diferida no sería abonada al agente cuando el cliente no continuara activo en el servicio durante los primeros 120 días consecutivos o "CTI" no recibiera del agente toda la documentación considerada necesaria para dicha activación (ap. A, punto 5).

**4.1.2.** Las sumas que la demandada debía abonar al agente categoría B por la venta del servicio "pcs" de líneas regulares, estaban divididas en:

<u>Segmento Masivo</u>			<u>Segmento Corporativo</u>		
<u>Plan</u>	<u>Com.</u>	<u>Comisión up front</u>	<u>Plan</u>	<u>Com.</u>	<u>Comisión up front</u>
Premium	\$ 150	\$ 100	Premium	\$ 180	\$ 100
Bronce	\$ 195	\$ 100	Bronce	\$ 230	\$ 100
Plata	\$ 240	\$ 100	Plata	\$ 290	\$ 100
Oro	\$ 360	\$ 100	Oro	\$ 420	\$ 100
Platino	\$ 450	\$ 100	Platino	\$ 525	\$ 100

**4.1.3.** En tanto que las condiciones para la provisión y venta de equipos para el referido servicio consta en el anexo IX (fs. 115/117), donde se estipuló que la agencia, previa autorización escrita de la accionada, podría "*vender teléfonos celulares... de los que fuere propietario provistos por un tercero, bajo los términos y condiciones que oportunamente CTI... establezca, o... provisto de CTI... o... entregar a los Clientes establecidos por CTI... EQUIPOS de propiedad de... (ésta)...en comodato, conforme a las modalidades y condiciones que CTI... determine*" (punto 2.).

Los equipos propiedad de la accionada debían ser vendidos por el agente "*...por cuenta y orden de CTI... debiendo instrumentar el pago que efectúe el cliente a CTI... única y exclusivamente a través de los mecanismos que CTI... oportunamente le comunique*" (punto 2.1.1.), "*al precio*

que... (aquella) ...establezca" (punto 2.1.2.) y, sin derecho a percibir ninguna "comisión... por la venta de EQUIPOS de propiedad de CTI..." (punto 2.1.5.), reservándose la demandada el "derecho a establecer y modificar periódicamente los procedimientos pautas generales a las que se ajustará la provisión y venta del EQUIPO, que el AGENTE se compromete a cumplir (punto 4.)

#### 4.2. Modificaciones introducidas durante la relación convencional

Varias fueron las modificaciones introducidas por "CTI" a partir de noviembre de 2000, conforme surge de la documental por ella aportada a la causa.

**4.2.1.** Mediante nota del 24-11-00, la demandada informó que "a partir del 26-11-00 comenzarán a regir nuevos planes... en el área de Capital y GBA..., como así también... a partir del 1-1-01 regirán modificaciones al esquema comisional vigente... (modificándose) ...el anexo VI del contrato de Agencia a partir del 1ero. de enero de 2001..." (fs. 198). De la fotocopia incompleta del anexo VI aportada por "CTI" (v. fs. 200/201), surgen las nuevas condiciones generales para la liquidación de comisiones del servicio en la región de AMBA por aquélla fijadas:

**a)** se amplió el período de *chargeback* a 180 días (ap. A, punto 4) y, el pago de la comisión *up front* y la cancelación de la comisión diferida a 30 días (ap. B, puntos 1.1. y 1.2);  
**b)** si "durante el Período de Chargeback, CTI migre la Línea Regular... al Servicio Prepago... suspenda dicha línea o... (la)...cancele... y la misma -al momento de la migración...- cuente con la primera factura paga, CTI reconocerá en concepto de COMISIÓN, única y exclusivamente, la suma de \$ 40...", en tanto que si "...la primera factura... (estaba) ....impaga, CTI no reconocerá a la AGENCIA comisión alguna por dicha activación... (porque) ...al finalizar el Período de Comisión en el que se efectuó la migración/suspensión... (procedería a reajustar o descontar el) ...total de la COMISIÓN UP FRONT..." (punto 2.1.).

**4.2.2.** Por nota del 1-1-01 la demandada informó nuevos cambios en el procedimiento requerido para la presentación de legajos del cliente, que se tornarían operativos a partir de abril de 2001. Acompañó a tal efecto, la "nueva disposición que sustituye a la actualmente vigente respecto a la forma y plazos en que CTI... penalizará económicamente aquellos casos en los que el Agente... no presente, o presente en forma incompleta, la documentación que conforma el Legajo de cada uno de los Clientes del servicio o dicho Legajo resulte rechazado u observado" (fs. 208), siendo obligación del agente "cumplir con la entrega de todos y cada uno de los documentos indicados en el **Manual de Documentación Mínima**" (lo resaltado pertenece al original).

La copia del indicado "manual" obra a fs. 378/407.

**4.2.3.** En la misma fecha (1-1-01) "CTI" anunció el "...aumento de comisiones que se operará en las activaciones de Planes Corporativos realizadas por vuestra agencia partir del 1 de enero de 2001 y las modificaciones que se realizarán en la COMISIÓN RESIDUAL (apartado D) 4 del anexo VI vigente)..." (fs. 217), acompañando la *addenda* donde constan los cambios realizados al anexo VI vigente a dicha época, que reemplazó los apartados D) 1 y D) 4 de aquél (fs. 219/220).

En el nuevo apartado D) 1, referido a las sumas que debían abonarse al agente por la venta del servicio "pcs" de líneas regulares y líneas prepagas en la región de AMBA, consta que se reemplazaron para el segmento masivo los primigenios 5 planes por 7 abonos:

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Comisión up-Front Agente Categ. B</u>
\$ 20	\$ 120	\$ 60
\$ 29	\$ 130	\$ 100
\$ 39	\$ 150	\$ 100
\$ 59	\$ 195	\$ 100

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Comisión up-Front Agente Categ. B</u>
\$ 89	\$ 240	\$ 100
\$ 139	\$ 360	\$ 100
\$ 199	\$ 450	\$ 100

Se establecieron además, nuevos segmentos: **a)** masivo-planes tiempo libre, que comenzaría a regir el 1-4-01, cuyas comisiones *up front* para el agente categoría B era de \$ 60 (para las líneas con abonos de \$ 19 y \$ 20) y \$ 75 (para los abonos de \$ 29 y 39); y, **b)** Pyme corporativo - oferta estándar, fijándose la comisión indicada para el agente señalado, en \$ 100 para los cinco planes de abonos (\$ 29 a \$ 199).



Y, se incorporó la oferta especial *one rate* para el segmento corporativo grandes empresas (esquema básico):

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categoría B</u>
\$ 25	\$ 100	\$ 60
\$ 35	\$ 130	\$ 100
\$ 45	\$ 165	\$ 100
\$ 69	\$ 215	\$ 100
\$ 99	\$ 264	\$ 100

**4.2.4.** A través de la nota del 28-2-01 la accionada formalizó "los cambios... al esquema comisional comunicado... (el) ... 1 de diciembre del 2000, que rige a partir del 1 del mes de enero del , a la vez que informó el lanzamiento de "una serie de planes nuevos... (que) ...se acompaña con modificaciones a los valores comisionales..." (fs. 221), los cuales surgen de la planilla obrante a fs. 222/223:

a) Segmento Masivo Esquema Básico

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
Prepago	\$ 80	\$ 60
\$ 19 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 120	\$ 60
\$ 20	\$ 120	\$ 60
\$ 29	\$ 130	\$ 100
\$ 39	\$ 150	\$ 100
\$ 59	\$ 195	\$ 100
\$ 89	\$ 240	\$ 100
\$ 139 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 360	\$ 100
\$ 199 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 450	\$ 100

b) Segmento Masivo planes tiempo libre -Vigencia hasta el 31-3-01

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 19 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 120	\$ 60
\$ 20	\$ 120	\$ 60
\$ 29	\$ 130	\$ 100
\$ 39	\$ 150	\$ 100

c) Segmento Masivo planes tiempo libre -Vigencia desde el 1-4-01

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 19 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 90	\$ 60
\$ 20	\$ 90	\$ 60
\$ 29	\$ 98	\$ 75
\$ 39	\$ 113	\$ 75

d) Segmento Pyme/Corporativo - oferta estándar

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 19 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 120	\$ 60
\$ 29	\$ 130	\$ 100
\$ 39	\$ 165	\$ 100
\$ 59	\$ 215	\$ 100
\$ 89 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 264	\$ 100
\$ 139 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 396	\$ 100
\$ 199 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 495	\$ 100

e) Segmento Pyme/Corporativo - oferta especial one rate - válida hasta el 31-3

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 16 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 100	\$ 60
\$ 22 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 120	\$ 60
\$ 35	\$ 150	\$ 100
\$ 45	\$ 195	\$ 100
\$ 69	\$ 240	\$ 100
\$ 99	\$ 360	\$ 100
\$ 149	\$ 450	\$ 100
\$ 199 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 450	\$ 100

f) Segmento Pyme/Corporativo - oferta especial no one rate - válida hasta el 31-3

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 16 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 100	\$ 60
\$ 22 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 120	\$ 60
\$ 32	\$ 150	\$ 100
\$ 42	\$ 195	\$ 100
\$ 52 (plan vigente hasta el 28-2-01)	\$ 240	\$ 100
\$ 55	\$ 240	\$ 100

g) Segmento corporativo grandes empresas-oferta especial one rate

<u>Abono</u>	<u>Com.</u>	<u>Com. up front - Agente categ. B</u>
\$ 25	\$ 100	\$ 60
\$ 35	\$ 130	\$ 100
\$ 45	\$ 165	\$ 100
\$ 69	\$ 215	\$ 100
\$ 99	\$ 264	\$ 100

Se indicó que a partir de enero de 2001 la comisión residual se calcularía y liquidaría "en forma mensual... sobre la cantidad de líneas regulares del AGENTE que permanezcan activos al momento del cálculo cuya activación se hubiera producido durante los dos años anteriores al inicio del Período de Charge-back. La base del cálculo del monto a abonar estará dado por el 11% de la sumatoria de los abonos que la línea haya generado durante el mes en análisis..." (fs. 223).

Se aclaró que "al modificarse el Período de Chargeback de 120 a 180 días, los abonos generados durante el mes en análisis, de activaciones que se hubieran realizado a partir del 1 de enero del 2001, serán computables en la base de cálculo del residual que será liquidado a partir... de julio de (fs. 224).

**4.2.5.** El 1-4-01 "CTI" dispuso el "nuevo sistema comisional que regirá a partir del primero de mayo de (fs. 226), acompañando a fs. 227/233 un nuevo anexo VI en sustitución del anterior. De la lectura del mismo surge que se modificó lo atinente a la comisión residual aplicable a líneas regulares, en los siguientes aspectos:

**a)** "se abonará en forma mensual, única y exclusivamente, durante los veintitrés... meses posteriores al Período de Comisión, en la medida que el presente acuerdo de Agencia se mantenga vigente. En el caso que el presente contrato se resuelva, el derecho al devengamiento de la COMISIÓN RESIDUAL caducará en forma indefectible y automática (punto 1.2.1.);

**b)** "se determinará sobre un porcentaje a aplicar sobre el Consumo Regular que la Línea Regular activa al momento del cálculo haya generado durante el período en análisis..." (punto 1.2.2); y,

**c)** "A fin de devengarse el derecho a cobro... (las líneas) ...deberán encontrarse activas al momento del cálculo en un plan de precios regular" (punto 1.2.1.3).

También varió el importe a abonarle al agente en caso de migración de la línea regular, por cuanto si "durante el Período Chargeback, CTI migre la Línea Regular activada por LA AGENCIA al Servicio Prepago, o... suspenda dicha línea o cancele la misma... y... al momento de la migración...cuente con la primera factura paga, CTI reconocerá en concepto de COMISIÓN UP FRONT, única y exclusivamente la suma de veinticinco pesos..." (fs. 228, punto 1.4.1.).

Dispuso además, que "no abonará a la AGENCIA la COMISIÓN UP FRONT o, en caso de haber sido

abonada... será descontada, de aquellas activaciones cuyo legajo no hubiera sido presentado o hubiera sido rechazado por CTI, conforme a lo definido en el Procedimiento de Control Documental y, sólo reconocerá el cincuenta por ciento... de la COMISIÓN UPFRONT de aquellas activaciones cuyo legajo se encuentre observado o incompleto..." (punto 1.4.4).

Asimismo, modificó lo previsto en relación a la cancelación o suspensión del servicio "por los conceptos de fraude o irregularidad.. (de acuerdo a) ...los procedimientos y definiciones internas de CTI para tales conceptos... (en cuyo caso)...tendrá derecho a debitarle a la AGENCIA... aquellas comisiones abonadas... con más el consumo y cargos del Servicio (facturas emitidas por CTI) y el valor de mercado de los equipos entregados por CTI (incluido el subsidio otorgado), como así también una sanción de acuerdo a la gravedad de la falta incurrida..." (punto 3.1).

Surge de fs. 231 que las comisiones que debería abonar "CTI" al agente por la venta del servicio de líneas regulares, se dividieron en tres clases (fs. 231):

<u>Tipo de Planes</u>	<u>Up front</u>
Abonos Bajos	\$ 70
Abonos Altos/Medios	\$ 115
Planes de retención (no disponible en la oferta comercial)	\$ 40

Si el agente no cumplía con los indicadores mínimos de venta establecidos por "CTI", aquéllas eran penalizadas reduciéndolas a \$ 40 para los planes abonos bajos y, \$ 70 para los planes abonos medios/altos (fs. 231); constando a fs. 232 que tales indicadores mínimos de calidad se dividían en *churn* (cancelación) y morosidad (suspensión por falta de pago y migraciones automáticas) de las líneas regulares producidas dentro del período de *chargeback*.

**4.2.6.** La oferta comercial y comisiones fueron una vez más modificadas a partir del 1-2-02 por nota del 28-12-01 (fs. 257), acompañándose a fs. 259 las comisiones que se abonarían a los agentes categoría B, por la activación de líneas regulares con equipos de stock distribuido u homologado:

Masivos Oferta Estándar Regular	<u>Abono</u>	<u>Up Front</u>
	\$ 20	\$ 48
	\$ 29	\$ 84
	\$ 39	\$ 88
	\$ 49	\$ 88
	\$ 69	\$ 88
	\$ 99	\$ 88
	\$ 189	\$ 88
Masivos Oferta Estándar Cuenta Segura	\$ 20	\$ 40
	\$ 29	\$ 48
	\$ 39	\$ 84
Masivos Oferta Planes CTI Nacional y Tiempo Libre	\$ 20	\$ 48
	\$ 29	\$ 84
	\$ 39	\$ 88
	\$ 49	\$ 88
	\$ 69	\$ 88
	\$ 99	\$ 92
	\$ 189	\$ 92

Se redujo a \$ 8 la comisión *up front*, en caso que "CTI" migrara la línea regular activada por la agencia "durante el Período de Chargeback... al Servicio Prepago o... suspenda en forma intermedia o total dicha línea o cancele la misma por falta de pago... y la misma -al momento de la migración al Servicio Prepago o de la suspensión- cuente con la primera factura paga..." (punto 4).

**4.2.7.** Una nueva variación del contrato originario efectuó la demandada el 31-1-02, al informar "los cambios... (que)...regirán a partir del 1... de marzo de , en virtud del lanzamiento de "una serie de nuevos planes del segmento Corporativo... (que) ...se acompaña con modificaciones a los valores comisionales de los planes vigentes", procediendo a detallar "los planes... que regirán a partir del mes de febrero... (sic) ...de 2002 con los respectivos valores comisionales"(fs. 262).

A fs. 264/265 constan las comisiones que se le abonarían a los agentes categoría B, por la activación de líneas regulares con equipos de stock distribuido u homologado:

	<u>Abono</u>	<u>Up Front</u>	<u>Diferido</u>
Oferta Planes Corporativos Regulares	\$ 22	\$ 70	\$ 20
	\$ 32	\$ 95	\$ 20
	\$ 52	\$ 105	\$ 20
	\$ 82	\$ 105	\$ 20
Oferta Planes Corporativos Cuenta Segura	\$ 32	\$ 70	\$ 20
	\$ 52	\$ 95	\$ 20
Oferta Planes PYMES Regulares	\$ 25	\$ 70	\$
20	\$ 35	\$ 95	\$ 20
	\$ 55	\$ 105	\$ 20
	\$ 85	\$ 105	\$ 20
Oferta Planes PYMES Cuenta Segura	\$ 35	\$ 70	\$ 20
	\$ 55	\$ 95	\$ 20

**4.2.8.** El 19-6-03 "CTI" comunicó "ciertas modificaciones que se realizarán en el esquema comisional a partir del primero de junio de 2003... las comisiones UP Front de todos los planes y en todas las formas de venta de AMBA e interior sufrirán un incremento de \$ 15... la cifra que se abonará por comisión Up Front y Diferida en el caso que una línea se Cancele o Suspenda en forma total o intermedia por falta de pago será de \$ 40..." (fs. 276), acompañando a esos fines, la addendadonde constan los cambios realizados al anexo VI (fs. 277).

Para "el caso que, durante el Período de Chargeback, CTI migre la Línea Regular activada por la AGENCIA al Servicio Prepago... suspenda... o cancele... y la misma -al momento de la migración...- cuente con la primera factura paga, CTI reconocerá en concepto de COMISIÓN UP FRONT y COMISIÓN DIFERIDA, única y exclusivamente la suma de cuarenta pesos... Si... cuenta con la primera factura impaga, CTI no reconocerá a la AGENCIA comisión UP FRONT ni COMISIÓN DIFERIDA por dicha activación. En consecuencia, al finalizar el Período de Comisión en el que se efectuó la migración/suspensión, CTI procederá al reajuste o descuento total de la COMISIÓN UP FRONT y COMISIÓN DIFERIDA..."(punto 1.4.1).

Estableció además, las comisiones estándar-masiva que se abonarían a partir de junio de 2003 en la región AMBA, tanto para las líneas regulares como las prepagas

	<u>REG</u>	<u>CS</u>	<u>REG</u>	<u>CS</u>	<u>REG</u>	<u>CS</u>	<u>REG</u>	<u>CS</u>	<u>REG</u>	<u>CS</u>	<u>REG</u>	<u>REG</u>	<u>REG</u>	<u>REG</u>	<u>REG</u>	<u>REG</u>
													<u>Esp</u>	<u>Esp</u>	<u>Esp</u>	
Abono	25	29	29	35	35	45	45	55	55	75	110	220	25	29	35	
Cat.Comisional	GA	GA	GB	GB	GC	GC	GD	GD	GD	GD	GE	GE	GJ	GA	GB	
Up Front		85	85	95	95	115	115	125	125	125	125	130	130	75	85	95
Diferido	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Total	85	85	95	95	115	115	125	125	125	125	130	130	75	85	95	

**4.2.9.** Mediante addenda del 1-2-03 también modificó el procedimiento aplicable a "la provisión y venta de equipos entregados por CTI a la Agencia para la venta del Servicio, en adelante 'Stock Distribuido'..." (fs. 319), en los siguientes términos:

- "...a partir del primero de febrero de 2003 y sólo por un lapso de 30... días contados a partir de dicha fecha, la Agenciapodrá devolver a CTI, el Stock Distribuido que no utilice para la venta del Servicio que surja del inventario físico realizado en... noviembre de (cláus. 1a.);
- "...el Stock Distribuido que no sea vendido en un período de 60... días, contados a partir del primero de enero del 2003 (para Stock Distribuido entregado con anterioridad a dicha fecha) o contados a partir de su entrega (para Stock Distribuido entregado con posterioridad al 1 de febrero de 2003) será facturado por CTI

a la Agencia en la liquidación siguiente a dicho período, al costo de reposición de los mismos según registros contables de la compañía..." (cláus. 2a.);

**c)** "Excepcionalmente, en... caso que CTI modificara la oferta comercial de un equipo en particular en más del 15% de su valor en dólares estadounidenses... la Agencia se encontrará facultada a devolver a CTI dicho equipo" (cláus. 3a.).

**4.2.10.** La última de las variaciones -en lo que interesa a la dilucidación de esta *litis*- que la defendida trajo a la causa, data del 1-7-03. En dicha fecha le ofreció a la actora comercializar el "servicio prepago bajo los términos y condiciones que se detallan en el Anexo I..." (fs. 279), "por un plazo... de tres meses contado a partir del 14 de julio de 2003... (que) ...se prorrogará en forma automática por períodos iguales salvo que CTI comunique a la Agencia su voluntad en contrario..." (fs. 289).

Consta en la *addenda* al anexo VI (fs. 281/284), que "la comisión por venta de Líneas Prepagas activadas por la AGENCIA estará conformada por una COMISIÓN UP FRONT y una COMISION RESIDUAL" (punto 1), abonándose la primera "dentro de los treinta... días siguientes a la finalización del Período de Comisión... condicionada al cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente anexo y a los procedimientos de activación y control documental aplicables" (punto 1.1.); en tanto que la residual "se abonará en forma mensual, única y exclusivamente, durante los 180 días posteriores al Período de Comisión en la medida que el presente acuerdo de Agencia se mantenga vigente. En el caso que el presente acuerdo se resuelva el derecho al devengamiento de la COMISIÓN RESIDUAL caducará en forma indefectible y automática" (punto 2.2.1.).

Para que la agencia tuviera derecho al cobro de la comisión por la activación de las líneas prepagas, el cliente que adhería al servicio debía cumplir tres condiciones: **a)** acreditar "en su línea mediante una TPC u otra forma que CTI determine..., contemporáneamente con la activación, la suma que CTI determine conforme a las condiciones comerciales vigentes"; **b)** efectuar "la primera llamada saliente con cargo"; y, **c)** declarar "sus datos personales conforme al mecanismo establecido por CT". Efectivizado lo anterior y "cumplido el Procedimiento establecido por CTI se generará el derecho a cobro de la comisión por parte de la AGENCIA" (punto 2.3.). Empero, si al "segundo mes posterior al Período de Comisión... (no se cargaba la línea con) ...tarjetas con un mínimo de diez pesos... CTI no reconocerá a la AGENCIA comisión alguna por dicha activación. En consecuencia, al finalizarse el Período de Comisión, CTI procederá al descuento total de la COMISIÓN UP FRONT que se hubiera abonado" (punto 2.4.).

### **4.3. Corolario de los principales cambios introducidos por la demandada**

**4.3.1.** Como surge de la síntesis efectuada en 4.1. y 4.2., las comisiones que la agencia debía percibir fueron efectivamente reducidas por "CTI", no sólo por los nuevos planes (promocionales o no) que fue implementando a lo largo de la relación contractual o la ampliación de los plazos establecidos para su pago o la aplicación de diversas penalidades impuestas con posterioridad a objetivarse la relación negocial, pues de la comisión total pactada originalmente (mínimo de \$ 150 y máximo de \$ 525) para la categoría en que revestía la actora, se llegó en junio de 2003 a un mínimo de \$ 75 y un máximo de \$ 130..

**4.3.2.** El plazo inicial de 20 días en que debía abonarse la comisión se elevó a 30 y el período de *chargeback* pasó de 120 a 180.

**4.3.3.** La comisión residual (o diferida) pasó de ser un monto fijo a un porcentaje sobre la sumatoria de las líneas regulares activas al momento del cálculo, que se abonaría sólo durante 23 meses si continuaba vigente el acuerdo de agencia, hasta su anulación en junio de 2003.

**4.3.4.** Se reajustaban las comisiones en caso de migración o cambio de plan de precios durante los primeros 4 meses de activado el servicio y la diferida no se abonaba si el cliente no continuaba activo en el servicio durante los primeros 120 días consecutivos o "CTI" no recibiera del agente toda la documentación considerada necesaria para dicha activación.

Luego dejado sin efecto al reconocerse una comisión total de \$ 40,00 siempre que la primera factura se encontrara paga, importe que se redujo en dos oportunidades (a \$ 25,00 en 2001 y \$ 8,00 en 2002), retornando a \$ 40,00 en junio de 2003.

**4.3.5.** Los planes existentes al iniciar las partes su vínculo contractual eran cinco, posteriormente reemplazados por 7 "abonos" (para el segmento masivo), estableciéndose nuevos segmentos (masivo-planes tiempo libre, Pyme corporativo - oferta estándar) e incorporándose la oferta especial *one rate* para el segmento corporativo grandes empresas. Dichos cambios, si bien se alega que comenzaron a regir el 1-1-01, fueron formalizados el 28-2-01 con la lógica incongruencia que varios de ellos caducaron en esa misma

fecha, lo que implicó que a partir de allí la comisión total a abonarse al agente inserto en la categoría de la actora, para el segmento masivo (esquema básico) partía de un mínimo de \$ 120,00 a un máximo de \$ 240,00.

A escasos dos meses de de lo expuesto precedentemente (1-4-01) se dividió la oferta del servicio en 3 planes, aunque en la práctica se redujo a dos pues el tercero no se encontraba "disponible en la oferta comercial", fijándose la comisión *up front* a abonar al agente por la venta del servicio de líneas regulares, en \$ 70,00 y \$ 115,00, las cuales a su vez podrían reducirse a \$ 40,00 y \$ 70,00 (respectivamente) si el agente no cumplía con los indicadores mínimos de venta establecidos por "CTI".

Una nueva reducción en las comisiones por la activación de líneas regulares operó a partir de febrero de 2002, pasando la *up front* a un mínimo de \$ 48,00 y un máximo de \$ 88,00. En tanto que las correspondientes al segmento corporativo se modificaron a partir de marzo de dicho año, con un mínimo de \$ 90,00 y un máximo de \$ 125,00.

Y en junio de 2003 se eliminó las comisiones diferidas, estableciéndose las *up front* entre \$ 75,00 y \$ 130,00.

**4.3.6.** En enero de 2001 "CTI" varió el procedimiento para la presentación de legajos del cliente, fijando la forma y plazos en que se penalizaría económicamente al agente por la falta de presentación, presentación incompleta, rechazo u observación del legajo correspondiente.

Así, dispuso que no se le abonaría a la agencia la comisión *up front* de las líneas activadas si el legajo no hubiese sido presentado o fuera rechazado, reconociendo sólo el 50% de la comisión aludida para el caso de las líneas activadas con legajo observado o incompleto.

**4.3.7.** En cuanto a la cancelación o suspensión del servicio por fraude o irregularidad, a partir de abril de 2001 "CTI" se reservó el derecho a debitarle al agente no sólo las comisiones abonadas sino también "*el consumo y cargos del Servicio (facturas emitidas por CTI) y el valor de mercado de los equipos entregados por CTI (incluido el subsidio otorgado)*".

**4.3.8.** El derecho a cobro de la comisión por el servicio prepago que le fuera ofrecido a la actora en julio de 2003, estaba acotado al cumplimiento de los tres requisitos a cargo del cliente y si al "*segundo mes posterior al Período de Comisión...*(no se cargaba la línea con) *...tarjetas con un mínimo de diez pesos...*(no se le reconocería ninguna comisión y "CTI" procedería) *...al finalizarse el Período de Comisión... al descuento total de la COMISIÓN UP FRONT que se hubiera abonado*" (punto 2.4).

## **5. Abuso de la dominante**

**5.1.** De la lectura de los extremos de la causa advierto que el contrato nació desequilibrado en cuanto a las facultades y obligaciones de las partes, por cuanto mientras el agente no tenía alternativas de negociar las cláusulas contractuales, "CTI" podía hacerlo siempre y en cualquier momento (Juzg. Nac. de 1a. inst. en lo Com. N° 20, "Ideas Celular Argentina S.A. c/ Telecom Personal S.A. s/ ordinario", 19-9-06), tal como surge del análisis que *supra* realicé de las cláusulas más importantes que, a mi criterio, reflejan el desequilibrio en la contratación. Con la síntesis de los aludidos cambios de comercialización efectuados por la accionada durante la ejecución del contrato, queda claro que la conmutatividad contractual se alteró en perjuicio de la reclamante, variando la defendida la ecuación económico-financiera que la adherente tuvo al suscribir el convenio.

Pero donde más se destaca la posición dominante de la demandada es en las cargas impuestas al agente que emergen del contrato de agencia, lo que lo transforma en un convenio en el que sólo una de las partes tiene obligaciones, al estar todas establecidas para ser cumplidas por el agente (la actora en estos autos), evidenciándose así ser la parte débil de la contratación. En tal sentido, véase que la cláusula 4a. del anexo A (fs. 90), detalló en 14 apartados con minuciosidad, las obligaciones a cargo de la agencia, sin su lógico contrapeso respecto a las que correspondan a "CTI", pues su única obligación para con la contraparte era pagar las comisiones en la forma prevista en el anexo VI (cláus. 11.5 a 11.7, fs. 96).

**5.2. Para precisar el carácter abusivo debe tomarse en cuenta la economía general del contrato: cuando en su conjunto el predisponente se ha asegurado la obtención de todo el lucro, desplazando sobre el adherente todo el riesgo, es decir, con sensible perjuicio a la relación de equivalencia, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe.** Ello unido al modo de contratación mediante condiciones preformuladas por quien obtiene las ventajas, permite hablar de abuso en el contenido de ciertas cláusulas **que imponen al cocontratante un perjuicio excesivo y desconsiderado** (CNCom, Sala E, "Ferriello, María c/ Automotores Eurocarsa S.A. s/ ordinario", 4-5-93).

Prueba cabal del abuso que hizo la defendida de su posición fuerte en el contrato está dado por la inexistencia de sanción para el caso en que incumpliera con la única obligación a su cargo, aunque se

reservó doblemente la facultad de sancionar al agente (v. fs. 96, claús. 13a.; y, fs. 120, anexo XI).

**5.3.** Y aún cuando fuera dable admitir, como expuso la demandada, que resultaba necesario "actualizar" la relación contractual con la actora a fin de encarar la nueva etapa que la competencia del mercado de la telefonía celular exigía, no puedo obviar que la conducta de la predisponente se desarrolló cuando la actora ya había perdido en parte su libertad de aceptar o no las modificaciones dispuestas por la concedente y que esa actualización se hizo en contra de los intereses de la actora, lo que confirma el abuso de aquélla. En tal sentido, **recuerdo que un deber elemental de buena fe y lealtad negociales imponía que los riesgos generados por la nueva etapa del desarrollo del mercado, fuesen racional, prudente y equitativamente distribuidos entre las dos partes del contrato de agencia**; en autos no fue así sino que por el contrario, "CTI" -quien dirigía la política comercial del conjunto que integraba como concedente con la agencia- **cargó todos los riesgos únicamente sobre la actora: he ahí la conducta antifuncional y abusiva de la demandada** (Sala D, "To Talk S.A. c/ Miniphone S.A.", 11-9-02).

Juzgo, pues, que la visión global del conjunto de modificaciones o novedades introducidas a la relación convencional a partir de -al menos- noviembre de 2000, conforme surge de la documental acompañada a estos autos por la misma defendida, **revela inequívocamente que el marco contractual en el que se desarrollaba ese vínculo, fue alterado en perjuicio de la agente, teniendo como causa la conducta antifuncional y abusiva de la concedente.**

## 6. Rescisión contractual

**6.1.** Surge de las misivas obrantes en el expediente -reconocidas por la defensa a fs. 758- que la pretensora resistió las modificaciones que aquélla introdujera al convenio, al menos desde la CD del 22-12-00 por la que dejó sentado que *"...a los fines de analizar las nuevas condiciones generales para la liquidación de comisiones establecidas en el anexo VI, solicito se me conceda una entrevista para abarcar dicho tema de forma urgente... para preservar la relación comercial que mantenemos, al margen de rechazar las nuevas condiciones indicadas precedentemente, ya que me fueron notificadas con fecha 14 de diciembre de 2000..."* (fs. 124).

También por nota del 15-9-06 cuestionó las modificaciones relacionadas con: *i)* legajos de clientes; *ii)* presentación de cupones por ventas con tarjetas de crédito; *iii)* penalización de deudas; *iv)* régimen de comisiones; *v)* seguro de teléfonos entregados en consignación; *vi)* planes promocionales; *vii)* informar tardíamente los nuevos valores de los equipos; *viii)* exigüidad de los plazos impuestos al agente sin el debido correlato respecto a las obligaciones de la predisponente; intimando a la demandada a que: a) *"respete los términos del contrato originalmente celebrado... cuya ecuación económico-financiera han unilateralmente alterado"*; b) en caso de aplicársele *"penalidades de algún tipo (errores de legajo... o cualquier otro concepto)... (se le) ...permita verificar su procedencia... sin que implique trasladarnos indebidamente los riesgos de su propio negocio"*; c) se *"apliquen los mismos criterios y plazos que utilizan para reclamar sus créditos... (cuando) ...los deudores son ustedes"*; y, d) *"cesen en los abusos incurridos a la fecha"* (fs. 128/131).

Ante la falta de respuesta a la CD sintetizada precedentemente, nuevamente intimó a "CTI" por CD del 20-11-06, *"bajo apercibimiento de declarar resuelto por vuestra culpa el contrato oportunamente celebrado con ustedes, y sin perjuicio de reclamarles judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a la fecha o que suframos en el futuro con motivo de tal resolución"* (fs. 138). Como tampoco dicha misiva fue contestado por la defendida, la actora efectivizó el apercibimiento por CD del 6-12-06, dando *"por terminada la relación contractual por vuestra culpa..."* (fs. 142).

La demandada respondió por CD del 2-5-07 *"los reclamos realizados en sus notas de fecha 29/11/06 y 29/12/06... y en las... CD... de fecha 20/11/06... 23/11/06...y... 06/12/06..."*, rechazándolos y considerando *"que la terminación por ustedes informada resulta arbitraria, unilateral e incausada... (se reservó el) ...derecho de iniciar las acciones que legalmente correspondan con miras a obtener el pago de las sumas por ustedes adeudadas a la fecha de terminación y la reparación de los perjuicios que nos han causado con su obrar..."* (fs. 146).

La actora refutó los argumentos expuestos por la accionada, mediante CD del 4-5-07, señalando que su respuesta tardía *"refleja... vuestro desorden administrativo interno como así también vuestra desidia y falta de preocupación por la situación de vuestros agentes de ventas..."* (negando) *"...la exactitud de vuestras liquidaciones como así también adeudarles suma alguna (de hecho son ustedes quienes nos adeudan a nosotros)..."* (fs. 145).

**6.2.** Sintetizado el intercambio epistolar habido entre las partes, considero que la falta de respuesta oportuna de "CTI" (quien recién lo hizo casi tres meses después de haberse anunciado del inicio del reclamo prejudicial, pues la fracasada audiencia de conciliación se celebró el 15-2-07, v. fs. 160) a los diversos

reclamos efectuados por la actora, permiten tener por legítima la resolución del contrato dispuesta por la actora el 6-12-06. Obsérvese también que la demandada no reconvino por los supuestos daños que afirma le infligió la actora.

**6.3.** En punto a que la implementación de los planes promocionales no era obligatoria y que la actora podía rechazarlos y continuar con la operatoria *standard*, no se ajusta a la realidad negocial en que aquélla estaba inmersa, pues debido a la existencia de altos costos iniciales para el agente en este tipo de vinculaciones, su margen de acción queda acotado no sólo por los límites propios de la situación contractual, sino por la posición dominante que adquiere el cocontratante.

En el caso, no era factible para la accionante rechazar sin más los planes promocionales lanzados por la demandada, porque si lo hacía se exponía a una caída en las ventas que ponía en riesgo su inversión inicial, de modo que se hallaba compelida a aceptar el mal menor representado por una menor comisión y continuar con una actividad que no le ofrecía el retorno que razonablemente cabía esperar -dentro de la ecuación contractual- según la percepción que tenía al momento de concluir el contrato (Sala C, "Signus Electrónica S.A c/ CTI Compañía de Teléfonos s/ ordinario", 21-9-07).

**6.4.** Referido al pretense incumplimiento de lo dispuesto en el art. 216, CCom., alegado por "CTI" al sostener que no se la intimó a reparar un incumplimiento contractual concreto, resulta claro que desde la primera comunicación entre las partes existía ya un cuestionamiento de la actora por el trato dispensado por la demandada, tal como *supra* se reseñó. De modo que tal planteo carece de asidero, más aún cuando la desvinculación contractual ya está consumada y se planteó el debate sobre la imputabilidad de tal situación en esta causa, por lo que resultaría estéril retrotraer el conflicto a una etapa prejudicial ya superada por la dinámica del propio comportamiento recíproco de las partes (Sala C, "Signus Electrónica S.A c/ CTI Compañía de Teléfonos s/ ordinario", 21-9-07).

Concluyo de lo hasta aquí expuesto, que la demandada al incurrir en abuso de la posición dominante que tenía en la relación y ampararse en las facultades que se había reservado en el contrato, fue imponiendo a la actora condiciones desfavorables que exorbitaban los presupuestos tenidos en mira al concluir el vínculo. El mayor apartamiento del contrato consistió en la conducta disfuncional descripta, con entidad suficiente para sustentar la resolución imputable a "CTI".

En mérito a ello y al no estar previsto en el contrato ningún resarcimiento para el caso bajo examen, es dable que acuda a la vía prevista por el art. 165, CPCCN; con tal sustento estimo prudente fijar la suma de \$ 100.000, en concepto de indemnización que habrá de sufragar la demandada por haber motivado la resolución contractual.

La suma indicada se enriquecerá con intereses a calcularse desde la fecha del distracto (6-12-06) hasta su efectivo pago, según la tasa activa que utiliza el B.N.A. en sus operaciones ordinarias a 30 días (plenario del fuero "S.A. La Razón "), sin capitalizar (plenario del fuero "Calle Guevara").

## **7. Falta de impugnación**

Previo a proseguir con el desarrollo de esta ponencia, quiero destacar que tiene razón la demandada en orden a la inexistencia de impugnaciones respecto de los montos facturados por su parte. Sin embargo, juzgo que los criterios que se aplican a las operaciones de compraventa o similares, no pueden trasladarse automáticamente a las relaciones de colaboración de empresas, ya que el tipo de contrato que unió a las partes demuestra por sí solo el acatamiento que debió la accionante a "CTI". No debe soslayarse que a pesar de que se trató de comerciantes -con capacidad de advertir tempranamente los errores o los actos cuestionables- la libertad de la pretensora se encontró restringida desde que sus reclamos podrían, a mi criterio, ser causa del cese de la relación (CNCom., esta Sala, "Automotores y Servicios Grandola S.A. c/ Ciadea S.A. y otros s/ ordinario", 23-12-04).

Por tanto, esa conducta no conduce en el caso a la aplicación de la regla del art. 474 CCom., pues es claro que por ese entonces la actora no se hallaba en situación de ejercer plenamente su teórica libertad de impugnar la facturación, por lo que la doctrina de los propios actos -sobre la que discurre la defensa- es inaplicable al caso, pues esa doctrina exige que los actos precedentes hayan sido cumplidos con la libertad de la cual, precisamente, carecía la demandante.

Desde otro punto de vista, el art. 474, CCom., establece una presunción *iuris tantum* que en autos ha sido largamente contradicha y superada. De allí que la posible razonabilidad de la reducción de comisiones queda perjudicada por la paralela extensión del plazo referido a la pérdida de comisiones por caídas de operaciones, con lo cual el conjunto resulta intolerablemente abusivo para el Derecho, en tanto el crédito por comisiones era de vital importancia para la actora, pues él "virtualmente agota el interés económico del agente".

## **8. Los pretensos préstamos**



Antes de adentrarme al análisis de los rubros indemnizatorios reclamados, estimo necesario referirme a los préstamos que "CTI" le habría otorgado a la accionante, pues el *a quo* meritó en su sentencia la alegada (por la defendida) falta de probidad en que aquélla habría incurrido al ocultar un préstamo sin interés que se le habría otorgado.

**8.1.** Consta en la copia del convenio aportado a la causa por la propia demandada, que el nominado préstamo efectuado el 13-6-01 y pactado en dólares estadounidenses fue, en realidad, un adelanto especial previsto anteriormente a raíz de la *"nueva política de liquidación de pago de comisiones... más precisamente del pago diferido, el cual será abonado a los ciento ochenta días... posteriores a la activación.."* (por lo que le entregó a la accionante) *...en calidad de préstamo, una suma de dinero... (a fin de evitar que) ...se vea perjudicada financieramente por el cambio de pago de comisiones a implementar por CTI..."* (fs. 303/305). Así surge de la nota del 28-2-01, donde asumió el compromiso a *"fin de resolver en los meses de julio/julio... (sic) ...2001 el no cobro de las comisiones diferidas correspondientes a las activaciones de los meses de enero/febrero del 2001 al modificarse el Charge-back de 120 a 180 días... (de abonarle a la actora un) ...adelanto a descontar en 6 cuotas mensuales, iguales y consecutivas sin intereses"* (fs. 224).

**8.2.** Respecto al efectuado el 20-1-02, tampoco se trataría *stricto sensu* de un verdadero préstamo, pues consta a fs. 294/295 que se debió a la decisión adoptada por la accionada el 1-9-01, cuando *"dejó de migrar a prepago o... (suspendió)...en forma total aquellas líneas que tuvieran deuda a fin de permitirle a CTI contactarse con el cliente para gestionar el pago de la misma... de manera tal de evitar la cancelación definitiva de dicha línea y el descuento de la comisión correspondiente..."*, lo que conllevó a que *"los descuentos que debieron haberse aplicado por las suspensiones correspondientes a... septiembre y octubre del año 2001... (se aplicaran) ...conjuntamente en la liquidación de comisiones correspondiente a las activaciones... de diciembre de 2001..."*.

De allí que el 20-1-02 "CTI" decidió efectuarle un nuevo adelanto especial a la actora, con el objetivo de evitar que *"la Agencia... se viera perjudicada financieramente por el nuevo mecanismo precedentemente expuesto..."*, pactándose su devolución en cinco cuotas con más un interés del 36% anual.

A mi parecer, a quien debería reprochársele falta de probidad es a la demandada, pues tergiversó los hechos relacionados con la "asistencia financiera" motivada únicamente, por los cambios por ella dispuestos en perjuicio de la actora.

## 9. Rubros indemnizatorios

De acuerdo al escrito inaugural de la presente acción, la actora reclamó el pago de: a) las comisiones en menos percibidas durante la relación contractual; b) los mayores gastos que debió asumir por las modificaciones contractuales introducidas por "CTI"; y, c) **gastos vinculados a la resolución contractual por culpa de la demandada (resolución anticipada de los contratos de locación, indemnizaciones laborales, etc.)**.

En tal sentido y **teniendo presente la relación negocial que vinculó a las partes, una solución equitativa a fin de evitar que uno sólo de los asociados de ese emprendimiento conjunto soporte las pérdidas sufridas (art. 13, ley 19.550) o, correlativamente, que ambos las soporten en común, como en común debían participar de los beneficios, lleva a esta ponente a proponer que la pretensión por las menores comisiones percibidas por la actora se admita en un 50%**. En cuanto a los importes descontados por la demandada que da cuenta el informe contable se los admitirá en el 100%, por no haber acreditado "CTI" la pertinencia de las penalizaciones que aplicó.

Adelanto en tal sentido que seguiré lo dictaminado por el perito contador de oficio designado en la causa, valorado conforme las reglas de la sana crítica que suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, excluyendo la discrecionalidad absoluta del sentenciante. Ello así, porque cuando de liquidaciones se trata, es improcedente impugnarla con la afirmación dogmática de no haber sido realizada conforme a derecho, ser extremadamente abultada o no coincidir con la realidad, por cuanto debió explicitarse dónde radicaba el error, cuál era el cálculo correcto y, por último explicitarse el monto que correspondía de acuerdo a esas pautas.

Lo anterior no ocurrió en la especie y las críticas de "CTI" (fs. 867/871 y 966/971) al informe contable resultaron eficientemente rebatidas por el perito (fs. 900, 979 y 1030) con fundamentos técnicos y bases objetivas que sustentan sus conclusiones, conservando entonces su eficacia probatoria (arts. 386 y 477, CPCCN).

En concordancia con lo precedentemente expuesto y lo dictaminado por el perito contador respecto a que la actora habría dejado de percibir por el cambio en el importe de las comisiones (en el período 4/2000 a 8/2006), la suma de **\$ 1.890.312,84** (punto 6, fs. 853 vta.), **fijo la cuantía de este ítem en \$ 945.156,41**. Y, por lo descontado en virtud de las distintas penalidades impuestas a la accionante, establezco la suma

informada por el experto contable, de \$ 222.814 (punto 7, fs. 853 vta./854). Los precitados importes se incrementarán con el interés a tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, sin capitalizar, a calcularse desde el momento en que la accionante puso fin a la relación contractual (6-12-06) y hasta su efectivo pago.

**En tanto que la pretensión de resarcimiento por los costos en que incurriera la accionante en virtud de la resolución contractual (rescisión anticipada de los contratos locativos e indemnizaciones laborales) serán desestimados, porque habiéndose vinculado con la defendida mediante un convenio de colaboración, ello conlleva a que las partes asuman cada una los riesgos propios de la actividad, ya que de haberse extinguido normal y legítimamente el contrato de agencia (lo que podría haber ocurrido en cualquier momento al haber vencido en 2003 el plazo originalmente pactado -v. fs. 90-), la actora tendría que haber soportado el pasivo laboral y todos los gastos inherentes al cese de su actividad comercial.**

Ello así aún cuando se tenga por legítima la rescisión dispuesta por la actora, porque **en este tipo de contrataciones no corresponde un derecho al reembolso de los débitos laborales propios del empresario**, que debieron formar parte de su previsión en todo tiempo y que no pueden trasladarse a la concedente (CNCom., Sala C, "Base Comunicaciones S.A. c/ Telecom Personal S.A.", 23-5-07).

## 10. Costas

No existiendo circunstancias excepcionales -como en el *sub judice*- que excluya la aplicación de la regla general prevista por el art. 68 del Cpr., ni invocación por la accionada vencida de razón concreta para ser dispensada de las costas, éstas deben ser impuestas a aquélla, porque la responsabilidad que recae sobre el vencido encuentra justificación en la necesidad de resguardar la incolumidad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora (CNCom., Sala E, "Martínez de Amurrio, Leocadia H. c/ Derudoer S.R.L.", 28-8-95).

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 en este caso- 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: "Alba de Pereira, Victorina c/ Morán, Enrique Alberto s/ daños y perjuicios", 29-3-94; "Pérez, Esther Encarnación c/ Empresa Ciudad de San Fernando S.A. y otro s/ sumario", 2-2-99; "Maraco S.R.L. c. HSBC Bank Argentina S.A. s. ordinario", 7-8-06; entre otros).

Sin perjuicio de ello, considero prudente y conveniente aclarar expresamente que las costas que soportará la defendida se calcularán sobre el monto de la condena.

## VII. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo admitir el recurso de la actora y revocar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda entablada. De tal modo, se condena a AMX Argentina S.A. a pagarle a PCS NET S.A. la suma de: a) \$ 100.000 (pesos cien mil), en concepto de indemnización por haber motivado la resolución contractual; b) \$ 945.156,41 (novecientos cuarenta y cinco mil ciento cincuenta y seis con cuarenta y un centavos), por lo abonado en menos en concepto de comisiones; y, c) \$ 222.814 (pesos doscientos veintidós mil ochocientos catorce), por las distintas penalidades impuestas a la actora. Todo ello con más el interés a tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días (conforme plenario "S.A. La Razón"), sin capitalizar (v.gr. plenario "Calle Guevara"), que se calcularán desde el 6-12-06 y hasta su efectivo pago, el que deberá efectivizarse dentro de los diez días de aprobada la respectiva cuenta. Las costas de ambas instancias se imponen a la accionada sustancialmente vencida (arts. 68 y 279, CPCCN). He concluido.

### Disidencia de la Dra. Ballerini :

1. Disiento con el voto de la distinguida vocal preopinante que, revocando la sentencia apelada admite la demanda incoada por PCS NET S.A. contra AMX ARGENTINA S.A. -ex CTI Cía. de Teléfonos del Interior SA y CTI PCS SA-, por las razones que de seguido se exponen.

2. Recuerdo que el objeto de la pretensión fue la indemnización de los daños que se habrían derivado de las arbitrarias y abusivas modificaciones efectuadas por la demandada a las cláusulas del contrato de agencia que celebraron las partes en el año 2000, las que habrían llevado a la actora a resolver el contrato por culpa de aquélla (ver fs. 79). Mediante dicho acuerdo convinieron que PCS NET SA en su calidad de agente

comercializaría las líneas de telefonía celular y aparatos en nombre de la demandada.

La accionante recurrente mencionó en su demanda que se habrían reducido las comisiones, trasladado los riesgos propios del negocio, negado a instalar un sistema de autorización "on line" para ventas con tarjetas, variado el régimen de legajos, introducido nuevos regímenes de comercialización con precios promocionales e impuesto una cantidad de ventas mínimas en un determinado período. A su vez que habría dejado de asumir los costos de asegurar los equipos hasta que fueran entregados a los clientes, habría recibido un adelanto que debía devolver en 5 cuotas con un interés del 36% anual y que debió utilizar un local con un canon de \$ 1.600 más IVA y gastos (ver fs. 79vta./80vta.).

En torno a los daños refirió haber padecido los siguientes: reducción de las comisiones percibidas, erogación de indemnizaciones por despidos, resolución anticipada del contrato de locación y otros gastos (ver fs. 92).

En definitiva, éstos pueden ser agrupados en: ganancias que habría dejado de percibir, por un lado, y erogaciones que habría afrontado injustamente, por otro.

3. A fin de evitar repeticiones innecesarias, me remito a las consideraciones vertidas en el voto anteriormente aludido respecto a este tipo de contrataciones por adhesión, caracterizadas por poseer cláusulas impuestas por la parte más fuerte de la relación quien asume una posición dominante.

Toda vez que se atribuye a la demandada responsabilidad por daños en virtud de haber alterado las condiciones originales de contratación (ver fs. 79 y sgtes.) es preciso que concurren los presupuestos de responsabilidad civil: conducta antijurídica, imputabilidad, daño resarcible y relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En torno al primero de ellos, se mencionó la alteración de las cláusulas contractuales en abuso de una posición dominante (ver fs. 79vta.), requiriendo que el Tribunal se pronuncie sobre el invocado ejercicio irregular de un derecho -o facultad- contenidos en el contrato celebrado.

Para determinar la presencia de abuso es preciso formular una distinción ínsita en el art. 1071 CCiv. entre derecho y su ejercicio, ya que refieren a situaciones muy distintas. Y, en caso que la teoría del abuso del derecho sea utilizada para privar de efectos a una cláusula contractual, su uso debe ser restrictivo porque solamente cuando aparece manifiesto el 'antifuncionalismo' debe acudir a este remedio excepcional (CSJN *in re* "Automóviles Saavedra SA c/ Fiat Argentina SA", del 04/08/88, considerando 12°, LL-1989-B, 4/17).

Habrá que juzgarse -en el caso que nos ocupa- sobre la razonabilidad del ejercicio del derecho, para lo cual es preciso examinar si concurren los siguientes recaudos: existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, la existencia de un daño y la imputabilidad o intención de perjudicar (Belluscio - Zannoni, "Código Civil y Leyes Complementarias", t. V, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 61/3).

En el marco descripto, en torno a la primera cuestión, cabe destacar que la demandada expresamente se reservó la facultad de alterar las condiciones de contratación al prever que "...CTI MOVIL podrá, a su exclusiva discreción, modificar los anexos mencionados notificándolo por escrito a la AGENCIA con una anticipación de 30 días...", permitiendo que ésta diera por terminado el acuerdo en el caso en que no aceptara tales alteraciones, aunque negándole el derecho a reclamar indemnización alguna (ver Anexo A, punto 4.2, cuya copia obra a fs. 91).

Asimismo, se dejó de manifiesto que "...GTE PCS lanzará al mercado una serie de planes promocionales y promociones especiales con diferentes grupos de afinidad los cuales tendrán una comisión especial distinta a la establecida en el apartado 1.D) del presente anexo la cual será fijada por GTE PCS oportunamente. La comisión por activaciones en la modalidad de Promociones y acuerdos especiales será informada por GTE PCS en los instructivos correspondientes a cada promoción. Cada **ACUERDO ESPECIAL Y/O Promoción** que se realice será oportunamente comunicado por GTE PCS con su correspondiente Código de acuerdo y la sola identificación de las operaciones realizadas mediante la inscripción de dicho código en el campo "Código de Campaña" en la Solicitud de Servicio presentada, implicará la aceptación de la AGENCIA de las condiciones bajo la presente modalidad..." (el énfasis pertenece al texto original, Anexo VI, punto D.2 y D.3, cuya copia obra a fs. 111/2). Tales facultades, en principio, se encuentran autorizadas (art. 1197 CCiv.).

Ahora bien, en el *sub lite* no se evidencia que las mismas hubieran sido ejercidas contrariando los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, así tampoco que se hubiera obrado con culpa o intención de causar un perjuicio.

Es preciso partir de una interpretación del contrato celebrado a fin de dilucidar cómo entendieron las partes que razonablemente se debía aplicar la cláusula en estudio, para lo cual resultan relevantes los actos de los contratantes posteriores a su celebración porque constituyen la mejor explicación de la intención de las partes al momento de su otorgamiento (art. 218, 4° CCom.).

Por ello, en primer término, preciso es destacar que desde el inicio de la relación contractual la sociedad

accionante conocía que sus cocontratantes se habían reservado la facultad de modificar las condiciones originales de contratación. Y, asimismo, que con certeza lanzarían al mercado planes promocionales y promociones, con una comisión particular para cada una de las que emitieran, que podían ser aceptados o rechazados por aquélla.

Además, todas las *addendas* realizadas fueron suscriptas de conformidad por la actora (ver copias de fs. 198/205; 207; 208/25; 234/93; 319), sin merecer queja alguna desde el año 2001 al 2006 o al menos sin que la misma surja de las constancias de autos.

La conducta de PCS NET SA no puede ser apreciada con los parámetros aplicables a un neófito, sino ajustados a un *standard* especialmente elevado en función de su profesionalidad. Es una sociedad comercial con un alto grado de especialización en la materia que hace a su objeto "haciendal", por lo que en lo que a su actividad respecta debe obrar con prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios, en pleno conocimiento de las cosas y sus consecuencias (arts. 512, 902 y 909 Código Civil; en similar sentido CNCom., esta Sala *in re* "Banesto Banco Shaw SA c/ Dominutti, Cristina", del 13/12/99; entre otros). Por otro lado -como se ha expresado en un supuesto similar al presente- cabe atender también 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. En dicho precedente se expresó que "...Sabido es 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 resignificación 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/ ord.", 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.

Tal fue la intención de la demandada al efectuar las *addendas* que se advierte de las explicaciones que en diversas cartas le brindó a la actora, diciendo: "...a fin de poner en su conocimiento (...) nuevos planes ONE RATE (...) incluyen importantes beneficios estructurales que (...) lo coloca en inmejorable situación para continuar atrayendo actuales clientes de la competencia..." (carta del 24/11/00, cuya copia obra a fs. 198).

"...Se han lanzado una serie de planes nuevos con el fin de satisfacer las necesidades de los distintos tipos de clientes. Por otro lado, este lanzamiento se acompaña con modificaciones a los valores comisionales a los efectos de hacer los mismos atractivos a la fuerza de venta del canal..." (carta del 28/02/01, cuya copia obra a ver fs. 221).

Este fenómeno fue claramente reconocido por la propia accionante cuando en su demanda refiere "...Es

cierto que la participación en esas promociones muchas veces no era obligatorio, pero imposible era esperar activar alguna línea a un precio mayor cuando la demandada los publicaba y otros los ofrecían al público por mucho menos..." (ver fs. 80/80vta.).

Queda evidenciado de los elementos probatorios incorporados a la causa que la demandada no redujo las comisiones originalmente pactadas, sino que se *'aggiornó'* a la realidad cambiante del mercado creando nuevas alternativas de comercialización de sus productos. De hecho, al inicio de la relación -en el año 2000- sólo contaba con los planes "Premium", "Bronce", "Plata", "Oro" y "Platino", siendo el primero el plan más barato, con comisiones "up front" de \$ 100 y "Diferidas" de entre \$ 50 a \$ 350 (ver copia de fs. 111). Y dichas comisiones se mantuvieron para planes con un abono superior a \$ 39, es decir planes medios/altos, agregándose planes con abonos más económicos de \$ 19, \$ 20 y \$ 29 para los que se previó una comisión menor (ver copias de fs. 220; 222/3; 231; 239; 253 y 277), lo cual no resulta irrazonable en atención al menor abono que debía pagar el cliente.

La introducción de los nuevos planes y promociones así como la imposición de una cantidad de ventas mínimas en un determinado período no produjeron una disminución sino un incremento de las ventas. Entonces, en el *sublite* no es posible que pasen inadvertidas las importantes sumas de dinero que percibió la accionante con motivo del vínculo de agencia. Éstas surgen de las conclusiones de la peritación contable practicada en la causa a fs. 830/56 y de ingeniería en sistemas de fs. 905/61 que, refiriéndose -en general- a facturas emitidas por la actora e identificadas con número y fecha, no merecieron -en concreto- impugnación alguna.

Resulta relevante que conforme el perito contador las mayores ganancias se registraron en los años 2004 y 2005, percibiendo en cada uno sumas superiores al millón de pesos (ver fs. 839/40). Adviértase que las mismas habrían superado las verificadas en el año 2000 durante el cual se encontraban únicamente vigentes las comisiones y planes originalmente pactados.

En cambio, puede observarse de dicha peritación que en los años 2002, 2003 y 2006, en los que se habrían registrado los menores ingresos (ver fs. 837/40), se produjo una disminución en la cantidad de ventas efectuadas por la actora (ver fs. 841/4), no resultando de las constancias de la causa que tales disminuciones se hubieren debido a la introducción de promociones y/o alteraciones al contrato.

Por otro lado no fue suficientemente acreditado que la accionada se hubiera negado a instalar un sistema de autorización "on line" para ventas con tarjetas.

En torno a los descuentos y penalidades aplicados, no aparece procedente su queja en esta oportunidad por cuanto ello no fue planteado tempestivamente durante la vigencia de la relación contractual por la actora, consintiendo el proceder de la accionada. Además, no se acreditó concretamente la irrazonabilidad de su imposición ni se advierte invocada puntualmente una carencia de motivos que lo hubieren justificado.

En cuanto al traslado de los riesgos propios del negocio, la variación en el régimen de los legajos y la falta de asumir los costos de asegurar los equipos hasta su entrega a los clientes, no merecieron la producción de prueba que concretamente refiera: dónde residió la actitud antijurídica, la existencia de un daño resarcible y la relación de causalidad entre ambos, lo que impide la procedencia de algún tipo de responsabilidad.

Finalmente, en torno al préstamo realizado por la demandada (cuya copia obra a fs. 294/6) y el alquiler del local (ver copia de fs. 154) no se acreditó la existencia de lesión, ni se evidencia que aquélla se hubiera aprovechado de un estado de indefensión o que la voluntad de ésta se hubiera encontrado viciada, así como tampoco se advierte que hubiere obtenido una ventaja patrimonial injustificadamente desproporcionada que impongan tener por ineficaz el consentimiento prestado. Por lo cual la revisión de tales contratos en esta oportunidad resulta improcedente.

Basta lo mencionado para excluir que en el *sub lite* hubiera existido por parte de la demandada un ejercicio abusivo de un derecho contemplado en el contrato. Sin embargo, efectuaré algunas consideraciones en relación a los restantes presupuestos de responsabilidad.

Adelanto que de la prueba colectada en la causa no surge el padecimiento de los perjuicios invocados por PCS NET SA o una relación de causalidad entre ellos y la conducta asumida por la demandada.

En cuanto a las nuevas ofertas realizadas por la demandada -como ya se mencionó *supra*-, provocaron un aumento en las ventas y un incremento en las ganancias percibidas por la actora. Y, para los años que sus ingresos se vieron reducidos, se advierte que se debió a una disminución en las ventas mas no quedó demostrado que se debieran a un accionar de la demandada.

Corresponde aclarar que la respuesta brindada por el perito al sexto punto de pericia propuesto por la actora (fs. 853vta.) carece de sustento contable alguno, por cuanto se le requirió que efectúe una proyección de ganancias que resultarían de aplicar arbitrariamente los parámetros de la contratación original. Así, se aplicó a una cantidad de activaciones -sin distinguir dentro de ellas a qué planes o abonos se debieron- las comisiones originalmente pactadas.

Esta proyección no se adecua a la realidad de las operaciones concretadas, toda vez que la totalidad de las activaciones efectuadas no involucraron únicamente abonos medios/altos, sino todo tipo de abonos, y el perito no aclaró las activaciones de qué planes tomó en cuenta.

No puede predicarse que de mantenerse las condiciones originales de contratación -comisiones y planes- la actora hubiera logrado efectuar una cantidad de ventas igual o superior que las concretadas luego de las nuevas ofertas realizadas por la demandada. Es que, como se dijo anteriormente, la tendencia en el mercado de la telefonía celular fue masificar el producto, extendiéndolo a todo tipo de clientes incluso con menores capacidades económicas. De hecho, es lógico que el incremento en las ventas se debiera a dicha masificación y que, por el contrario, de mantenerse las condiciones originales de contratación las mismas no hubieran sido posibles.

En cuanto a la erogación de mayores gastos, indemnizaciones por despido y por resolución anticipada del contrato de locación no aparece acreditada la relación de causalidad con las alteraciones contractuales, máxime teniendo en cuenta que la actora registró importantes ganancias durante la vigencia de la relación contractual.

Por último, considero conveniente aclarar que las probanzas rendidas en autos fueron merituadas al amparo del principio de la sana crítica que informa el artículo 386 del C.P.C.C., recordando 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 prueba.

La carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. Ergo, la carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias 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, "Teoría general de la prueba judicial", T. I, pág. 426, Buenos Aires, 1970; Sentis Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso" T. III, pág. 200, Buenos Aires, 1956).

En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quién no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 242, Buenos Aires, 1958; en igual sentido, CNCom, Sala A, en autos "Giudice, Carlos c/ Astilleros Corrientes S.A.," del 25.4.95).

En consecuencia, según mi criterio se impone la desestimación de la demanda y la confirmación de la sentencia apelada.

Ergo, las costas de ambas instancias deben ser soportadas por la actora que ha resultado vencida, en aplicación del principio genérico de la derrota objetiva plasmado en los arts. 68 y concordantes del CPCC, no surgiendo de las constancias de autos elemento alguno que me permita válidamente apartarme del mismo. Así voto.

#### La Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero agrega:

1.- Disiento con el modo de decidir plasmado en el voto de la distinguida Dra. Ana I. Piaggi, y – consecuentemente- adhiero al formulado en la propuesta que precede, a la cual deseo agregar lo siguiente.

2.- Recuerdo que la accionante promovió la presente demanda en procura de obtener en su favor una condena en contra de la defendida a efectos que ésta le indemnizara "*...los daños y perjuicios que sufrió ... con motivo de las arbitrarias y abusivas modificaciones efectuadas por CTI Móvil a lo largo de los años al contrato que existió entre ellas, como así también por su resolución por culpa de la demandada ...*" (fs. 79). Agregó –en punto al daño alegado- que el mismo: "*... está conformado por (i) las menores comisiones que percibió como así también los mayores gastos que debió asumir con motivo de las modificaciones introducidas en el contrato por la demandada y (ii) aquel que significó tener que indemnizar a los empleados, resolver anticipadamente contratos de locación y otros gastos vinculados a la resolución por culpa de la demandada del contrato oportunamente celebrado entre ellas...*"(fs. 82).

Para así pretender, sostuvo que las cláusulas originalmente pactadas por las partes concernientes a la modalidad del régimen comisional establecido en su favor, fueron sustancialmente alteradas en su detrimento.

3.- A la luz de lo expuesto, juzgo necesario transcribir las normas convencionales involucradas.

Cuarto. Obligaciones de la agencia. "*... 4.2 Cumplir con las obligaciones establecidas en los anexos enunciados a continuación ... 4.2.6. Anexo VI, "Comisiones" ... CTI MOVIL podrá a su exclusiva discreción, modificar los anexos mencionados notificándolo por escrito a la AGENCIA con una anticipación de 30 días. En caso que los cambios no fueren aceptados por la AGENCIA ésta podrá dar por terminado este acuerdo sin derecho de su parte a indemnización de ninguna naturaleza ...*".

Quinto. Retribución de la agencia. "*5.1. La AGENCIA percibirá de CTI MOVIL la comisión que se establece en el ANEXO VI que forma parte de la presente ... 5.2. El derecho de la AGENCIA a percibir la comisión*

indicada en el ANEXO VI estará sujeto a la condición del cumplimiento de sus obligaciones, tanto respecto de CTI MOVIL como hacia los Clientes ... 5.5. CTI MOVIL no garantiza a la AGENCIA ingresos mínimos por ningún concepto, dependiendo los ingresos de la AGENCIA solamente de su actividad comercial ...".

Anexo VI. Comisiones PCS ... 1. Forma de pago. La comisión por venta por números activados durante un Período de Comisión será abonada de la siguiente manera: 1.1. Comisión Up Front. Se entiende por comisión up front al monto fijo, que forma parte de la comisión, que será abonado por CTI MOVIL a la AGENCIA dentro de los veinte (20) días siguientes a la finalización del período de comisión, el cual variará según la categoría del cliente. Monto de la comisión up front. Categoría A: \$ 115 (pesos ciento quince); Categoría B: \$ 100 (pesos cien); Categoría C: \$ 75 (pesos setenta y cinco). 2.2. Comisión Diferida. Se entiende por comisión diferida al saldo faltante para completar el total de la comisión a abonar a la AGENCIA por la activación realizada, el cual será abonado por CTI MOVIL en la liquidación correspondiente a los 120 días posteriores a dicha activación. Dicha liquidación será abonada dentro de los 20 días posteriores a dicho período de comisión. 3. En caso que durante los primeros cuatro meses, contados a partir de la fecha de activación del servicio, GTE PCS migre al cliente a la modalidad prepaga, la Comisión up front será reajustada al finalizarse el período de comisión en el que se efectuó la migración, de acuerdo a la comisión que corresponda abonar al agente por una activación del servicio bajo la modalidad prepaga. 4. En caso que durante los primeros cuatro meses contados a partir de la fecha de activación del servicio PCS, el cliente decida cambiar de plan de precios, la comisión up front y la comisión diferida serán reajustadas al finalizarse el período de comisión en el que se efectuó el cambio, de acuerdo a la comisión correspondiente al nuevo plan de precios. 5. En el caso que: (i) el cliente no se mantenga activo en el servicio brindado por GTE PCS durante los primeros 120 días consecutivos de servicio o; (ii) GTE PCS no reciba del agente dentro del plazo establecido, toda la documentación considerada necesaria para dicha activación ..., GTE PCS no abonará a la agencia comisión diferida por aquellas activaciones que se encuentren incluidas en estos dos supuestos ...".

Transcriptas las cláusulas involucradas, pasaré a examinar la cuestión sometida a estudio.

4. Sabido es que nuestro ordenamiento jurídico positivo consagra la libertad de los contratantes para regular el alcance de los pactos que realizan, empero tal facultad queda circunscripta dentro de los límites propios del principio de la referida autonomía de la voluntad que, como es sabido, lo definen, la ley, el orden público, la buena fe, la moral y las buenas costumbres (CCiv., 21, 502, 953, 1071, 1198 y cc.).

Asimismo, considero oportuno recordar que es regla básica del derecho de los contratos que éstos deben celebrarse, interpretarse y cumplirse de buena fe (art. 1198 Cód. Civil). En otros términos, la libertad contractual reconocida por el art. 1197 del código citado, debe ejercerse con recíproca lealtad y apreciarse objetivamente, teniendo en cuenta lo que hubieran hecho dos partes honorables y razonables (Francesco Messineo, "Doctrina General", Tomo II, pág. 110). Es que lo pactado debe cumplirse, no es factible sustraerse a las obligaciones libremente contraídas (CCiv., 1197), puesto que la autorresponsabilidad implica la necesidad de hacerse cargo de lo convenido: lo que fue libre decisión luego es constreñimiento. El sentenciante debe buscar que se mantenga el debido equilibrio en los acuerdos de voluntades, utilizando como principio rector la buena fe, que es el predicado general que se encuentra en toda la vida del derecho. Buena fe creencia en la preparación y celebración del contrato, lealtad y probidad en la interpretación, cumplimiento y término.

También subrayo que el resultado económico-social del contrato debe ser tenido en cuenta por el tribunal para interpretar la posición jurídica de las partes individualmente contratantes, no para lesionar sus derechos sino para que el ejercicio de ellos se adecue al fin social que cumple desde el punto de vista económico, el contrato que las vincula. Para ello, el juez debe conocer la realidad, esa realidad económica que conocen las partes, del mismo modo que ellas la conocen (Danz, E., "La interpretación de los negocios jurídicos", pág. 44 y sig. y 123, Madrid, 1926).

En definitiva, los jueces tenemos la función, es decir la facultad-deber, de promover 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 (art. 1197, 1198 y conc. Cód. Civil, y art. 218 Cód. Comercial) ateniéndonos a las circunstancias que rodean al acto, los antecedentes que pudieron haber influido y la conducta de los interesados, los usos y prácticas del comercio y los precedentes del ámbito en que debían desarrollarse o en el que se desenvuelven las relaciones contractuales, máxime si como acontece en el *casus*, el contrato de marras pudo haberse pensado como una vinculación estable o duradera en la que los intereses de ambos sujetos son convergentes (en tal sentido, CNCom, esta Sala, mi voto, *in re*, "Marquinez y Perotta c. Esso SAPA s. ordinario", del 11-04-95). Sólo así la interpretación cumplirá su función de poner en evidencia la voluntad real de ambos contratantes a través de su declaración, de los usos, de lo que en casos similares 'suelen hacer en la práctica las personas razonables' y siempre con el *standard* de la buena fe que preside todo el derecho de los contratos, y que a él

–reitero- se remite con acierto el art. 1198 del Cód. Civil (Spota Alberto, "Instituciones de Derecho Civil, Contratos", Vol. III, pág. 73 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1982).

De otro lado, llevo dicho que la ley busca mantener un debido equilibrio en los acuerdos, fundamentalmente en los contratos de colaboración empresaria. Este postulado impuso a la defendida el deber de evitar todo aquello que pudiera frustrar el fin de la convención o perjudicar excesivamente a la otra parte, por cuanto en su patrimonio debe entenderse incorporado el derecho consagrado en el contrato. Así, todo tipo de perjuicio derivado de alguna coyuntura económica o los riesgos propios de una situación imperante deben ser equitativamente distribuidos entre ambas partes (en tal sentido, CNCom., mi voto, *in re*, "Ardis Guillermo Roberto c. Telecom Personal S.A. s. ordinario", del 19-08-08).

5.- Dicho ello, destaco que lo más relevante en el supuesto de autos deriva del hecho de que la rescisión contractual no fue la causa invocada para sustentar el reclamo indemnizatorio, sino que lo que se argumentó fue una inadecuada conducta de la defendida durante la vigencia de la relación.

Recuerdo que la pretensora expuso literalmente en el escrito de promoción de demanda que: "... el daño está conformado por (i) las menores comisiones que percibió así como también los mayores gastos que debió asumir con motivo de las modificaciones introducidas en el contrato por la demandada y (ii) aquél que significó tener que indemnizar a los empleados, resolver anticipadamente contratos de locación y otros gastos ..." (fs. 82). Ergo, surge que los rubros indemnizatorios pretendidos no exhiben relación de causalidad con la rescisión del contrato, sino que derivan de la conducta asumida durante la vigencia de la vinculación.

6.- En el contexto descripto, juzgo que la cuestión a decidir transita por determinar –en su caso- si medió o no de parte de la defendida un ejercicio abusivo de la facultad para modificar el esquema de márgenes comisionales, destacando que el Máximo Tribunal de la Nación ha expresado que para determinar la presencia de abuso en un contrato de adhesión, es preciso formular una distinción ínsita en el art. 1071 del Código Civil entre el derecho y el ejercicio, puesto que una cosa es que el derecho estipulado a favor de una de las partes sea abusiva y otra –distinta por cierto- es establecer si ese derecho fue ejercido en forma abusiva (CSJN, *in re*, "Automóviles Saavedra c. Fiat Argentina SA", del 04-08-88).

Analizadas las constancias glosadas al expediente y las posturas asumidas por las contendientes, me encuentro persuadida de que el recurso de apelación bajo examen no puede prosperar. Ello, con fundamento en las siguientes circunstancias:

(a) Sabido es que la prestación de servicios de telefonía celular de comunicación ha sido uno de los productos tecnológicos de mayor penetración en nuestra sociedad en los últimos años.

Basta para ello corroborar que en un comienzo, el teléfono celular podía ser considerado como un producto *premium*, para luego –con el devenir del tiempo- transformarse en uno de consumo masivo.

Es que hasta hace no mucho, el servicio de telefonía celular servía exclusivamente para comunicarse, del mismo modo que el teléfono fijo ó 'de línea', pero con el inmenso avance tecnológico que se desarrolla a diario, grandísimos sectores de la sociedad fueron captados con otras utilidades tales como el envío de mensajes de texto, de mensajes multimedia, de fotos, de videos, consulta de casillas de correo, etc.

Por ello, juzgo que diversas estrategias de *marketing* y ventas debieron ser llevadas a cabo para generar una contratación masiva, que en última instancia beneficiaba tanto a la empresa prestadora, cuanto a la agencia, ante la captación de un mayor número de clientes.

Así las cosas, considero que el ofrecimiento de mayores beneficios y servicios con menores costos que lanzaron las empresas competidoras de telefonía celular, impuso que los contratos fueran readecuados: para la empresa mediante la implementación de nuevos planes de servicio con menores precios; mientras que para la agencia, una reducción en su comisión ante la gran cantidad de terminales vendidas.

Es que para decidir la cuestión –en mi parecer- resulta necesaria una ponderación de todas las circunstancias inherentes a la vinculación examinada en todos sus aspectos y conjuntamente, realizándose una valoración dinámica –y no estática- en la que no cabe omitir la pertinente ponderación de las distintas circunstancias económicas, jurídicas y contractuales (en tal sentido, CSJN, *in re*, "Rot Automotores SA c. Sevel Argentina SA y otro s. ordinario", del 02-05-11).

(b) Surge de autos que las modificaciones de las comisiones correspondientes fueron debidamente acordadas mediante la suscripción por la accionante en cada caso y es dato no poco relevante que no fue concretada objeción alguna a su respecto (v. fs. 198/201, fs. 208/16, fs. 217/20, fs. 221/5, fs. 226/33, fs. 234/41, fs. 257/61, fs. 262/7, fs. 276/7, fs. 278 y fs. 279/90).

Véase que únicamente fue presentada una carta documento a través de la cual se solicitaba una entrevista con la defendida para tratar diversas cuestiones el 21-12-00 (fs. 128) y fue recién el 15-09-06, esto es casi seis años después, que fueron expresamente cuestionadas las comisiones liquidadas (fs. 128/31).

(c) El anexo presentado con el informe pericial contable de fs. 853/6 no fue debidamente confeccionado. Es que la proyección que fluye de éste no fue realizada mediante una metodología adecuada en tanto fue



calculado sobre una base lineal de cantidad de ventas y comisiones pactadas originariamente, habiéndose soslayado la incidencia de importantes factores tal como precedentemente expuse (vgr. condiciones de mercado, competencia, ampliación de planes, etc.).

Asimismo, advierto que resultaría excesivamente optimista sostener que el margen comisional establecido originalmente pudiera mantenerse constante en el tiempo.

En primer término, habida cuenta que tal como *supra* expuse las ventas se vieron ampliamente magnificadas –con la consiguiente ganancia ante un mayor volumen de operaciones–, y en segundo lugar puesto que parte de la relación se desarrolló durante la gravísima crisis económico financiera que atravesó el país hacia fines de dos mil uno y que desembocó con el dictado de la denominada ‘normativa de emergencia’, que no ha dejado resquicio sin penetrar y nadie resultó inmune a una importante merma en sus ingresos.

Para más, es de considerar que aún bajo dichas condiciones, la suma percibida por la accionante en concepto de comisiones durante la relación contractual superó los cuatro millones de pesos (v. especialmente columna seis de fs. 830 vta.)

(d) En punto al daño alegado por tener que indemnizar a sus empleados, dos son las razones que me impiden acceder favorablemente a lo pedido.

Juzgo primeramente que tal pasivo siempre se hubiese generado, tanto en el supuesto de concluir normalmente el contrato de marras, cuanto al concluir del modo en que ocurrió en la especie. Es que las inversiones de este tipo, realizadas por decisión propia durante el desarrollo de la relación constituyen –en principio– un riesgo empresario que no debe ser compensado.

En segundo lugar, por cuanto del listado de veintidós empleados que celebraron acuerdos en el SECLO con la accionante (fs. 855 vta.), surge que éstos se realizaron en el año dos mil y dos mil uno, esto es con más de cuatro años de antelación al cese de la relación contractual: mientras que los ocho procesos identificados a fs. 854 vta./855 indican –si bien que no en su totalidad– fueron conciliados en el año dos mil tres.

(e) Conclusivamente, toda vez que –reitero– la demandada se encontraba facultada contractualmente para modificar las comisiones pactadas; y tales modificaciones fueron conocidas por el accionante quien suscribió las mismas; a tenor del silencio mantenido por "PCS S.A." al respecto;; considerando que éstas no fueron unilateralmente reducidas, sino ‘readecuadas’ a un nuevo sistema de ventas impuesto por el dinamismo del mercado, y en atención a que la disminución de las aquéllas podrían haberse visto compensadas con una mayor cantidad de operaciones, juzgo no acreditado que la defensa haya incurrido en un abuso de derecho susceptible de causar los daños alegados por la pretendiente, por lo que se impone el rechazo del recurso impetrado.

(f) Es principio general en materia de costas y tiene decidido reiteradamente este Tribunal que es la vencida quien debe pagar todos los gastos de la contraria y, que el juez puede eximir de ellos al litigante vencido, si encontrare mérito para ello, debiendo aplicar tal excepción, restrictivamente (CNCom., esta Sala,, "P. Campanario SAIC c. Plan Ovalo SA de Ahorro para fines determinados s. ordinario", del 20-03-98).

Tal principio constituye aplicación de una directriz axiológica -de sustancia procesal- en cuya virtud debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho se convierta en daño para quien se ve constreñido a accionar o defenderse en juicio para pedir justicia.

Desde tal perspectiva, no se advierte que medien aquí circunstancias arrimadas cuya peculiaridad -fáctica o jurídica- permita soslayar el criterio objetivo de la derrota, debiendo en consecuencia confirmarse la imposición de costas decidida por el primer sentenciante, imponiéndolas a la accionante vencida (Cpr. 68). He concluido.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron las Sras. Jueces de Cámara.

FDO.: MATILDE E. BALLERINI - ANA I. PIAGGI (**en disidencia**) - MARÍA L. GÓMEZ ALONSO DE DÍAZ CORDERO

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2011

Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve desestimar la demanda y confirmar la sentencia apelada, con costas a la actora en virtud del principio genérico de la derrota objetiva plasmado en los arts. 68 y concordantes del CPCC.

Regístrese por secretaría, notifíquese y devuélvase.

FDO.: Matilde E. Ballerini, Ana I. Piaggi, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero