

Modificacion De Las Condiciones Del Contrato De Distribucion Caducidad Temporal

JURISPRUDENCIA

Modificación de las condiciones del contrato de distribución.

Caducidad temporal Se rechaza el recurso de apelación interpuesto contra el laudo del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires que no admitió la demanda en concepto de daños y perjuicios derivados de las modificaciones unilaterales resueltas por la accionada durante la ejecución del contrato de distribución que ambas suscribieron para posibilitar la venta de tarjetas de llamadas telefónicas prepagas, así como recargas de saldo electrónico en puntos de venta al público.

En Buenos Aires, a 3 de julio de 2018, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa ?MEGARECARGA S.R.L. C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/ ORGANISMOS EXTERNOS?, registro n° 25003/2017, procedente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio, en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Heredia, Vassallo, Garibotto.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, doctor Heredia dijo: 1º) El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires laudo la presente causa rechazando la demanda que Megarecarga S.R.L. interpuso contra Telefónica Móviles Argentina S.A. por cobro de \$ 33.126.770 en concepto de daños y perjuicios resultantes, según explicó la primera sociedad, de las menores retribuciones y del lucro cesante que originó las modificaciones unilaterales resueltas por la segunda durante la ejecución del contrato de distribución que ambas suscribieron para posibilitar la venta de tarjetas de llamadas telefónicas prepagas Movistar, Geo y Control, así como recargas de saldo electrónico en puntos de venta al público. Las costas fueron impuestas a la actora (fs. 1291/1310). Contra el laudo respectivo interpuso Megarecarga S.R.L. un recurso de apelación que fundó en el mismo escrito (fs. 1324/1333), cuyo traslado ordenado a fs. 1336, apartado III, fue contestado por la demandada a fs. 1337/1345. Asimismo, se dedujeron recursos de apelación por los honorarios regulados (fs. 1321/1322, 1333 vta., 1334 y 1335). 2º) Surge de las constancias de autos que el laudo se dictó en el marco de un arbitraje de derecho y que las partes no han renunciado al recurso de apelación. Por lo tanto, la apelación interpuesta por la actora es formalmente admisible (art. 63 del Régimen Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires). Aclarado ello, los hechos relevantes del caso que se encuentran incontrovertidos por las partes y que, por ahora, interesan destacar, son los siguientes: (a) El contrato de suministro para la venta que anudaron las partes se originó formalmente en una propuesta irrevocable que Megarecarga S.R.L. (en adelante, MR) dirigió el 15/8/2008 a Telefónica Móviles Argentina S.A. (en adelante, TMA) para operar como distribuidora de...de tarjetas de llamadas prepagas Movistar, Tarjetas Geo y Control de Telefónica de Argentina S.A. y Saldo Electrónico a través de recargas en la zona Patagonia Norte -exclusivamente- de acuerdo con...cláusulas y condiciones...? (fs.1). (b) De la lectura de tales cláusulas y condiciones (fs. 2/18) resulta, entre otras, las siguientes particularidades contractuales: I. MR declaró que había hecho una evaluación cuidadosa y con asesoramiento profesional del negocio y que, por ello, reconocía y aceptaba que la distribución y venta correría bajo su exclusiva responsabilidad y riesgo comercial, incluyendo la mayor o menor venta de tarjetas y/o saldo electrónico, la existencia o desaparición de puntos de venta en la zona, la necesidad de responder a expansiones o contracciones del mercado, etc. (cláusula 2ª, apartado 2.1.1); declaró asimismo que se consideraba un ?experto? y conocedor del servicio (cláusula 2ª, apartado 2.1.3) y que entendía que TMA no garantizaba a MR la subsistencia de las tarjetas y/o la venta de saldo electrónico a través de recargas, de su instrumentación, de la tecnología empleada y de ?...la lógica económica del negocio a la que la misma TMA está sujeta...? (cláusula 2ª, apartado 2.1.4), por lo cual se pactó que la demandada podría ?...discontinuar ciertas tarjetas y/o agregar nuevas, sin que esto genere derecho a reclamo alguno por parte del distribuidor...? (cláusula 5ª, apartado 5.1, último párrafo). II. La distribución se acordó con un plazo de duración limitado a 24 meses, con inicio el 1/9/2008 y con opción a una prórroga por 12 meses más a exclusivo arbitrio de TMA (cláusula 4ª, primer párrafo). Al finalizar el contrato, TMA se reservaba el derecho de llamar a una licitación o adjudicar directamente el suministro, según lo estimare conveniente (cláusula 4ª, segundo párrafo). III. MR declaró que comprendía y aceptaba que era ?...probable que -durante la vigencia de la propuesta- TMA modifique el precio de las tarjetas Movistar, y por consiguiente, los porcentajes a percibir por el Distribuidor sobre tal precio, así como los porcentajes sobre las Tarjetas Geo y Control, sin que ello genere derecho a reclamo alguno por el Distribuidor...? (cláusula 5ª, apartado 5.1, anteúltimo párrafo). Asimismo, se estableció que TMA no garantizaba a MR el pago de una retribución mínima, sea por la venta de tarjetas como de saldo electrónico a través de recargas, y que la Distribuidora no podría ?...entablar reclamo alguno contra TMA si, por

cualquier causa, percibiere una Retribución menor a la esperada...? (cláusula 5ª, apartado 5.3, último párrafo). IV. Se estipuló el 15/8/2008, en fin, que "...TMA podrá variar las Condiciones Comerciales..." haciendo entrega de las nuevas a MR por medios electrónicos y/o por escrito (cláusula 6ª, apartado 6.1, anteúltimo párrafo). (c) El 30/3/2009 MR propuso formalmente una "adenda" de modificaciones al contrato del 15/8/2008 (fs. 34), que fue aceptada por TMA fijando la fecha de entrada en vigencia de ellas (fs. 42/45). Por esta "adenda" (fs. 35/40) dejó de ser objeto de la distribución encargada por TMA las tarjetas Geo y Control, las que en adelante podrían ser adquiridas por MR directamente de Telefónica de Argentina S.A. (cláusula 3ª); se eliminó la cláusula 2ª, apartado 2.1.4 de la propuesta del 15/8/2008, aunque la no asunción por TMA de garantía alguna en lo referente a la subsistencia de las tarjetas y/o la venta de saldo electrónico a través de recargas, de su instrumentación, de la tecnología empleada y de la lógica económica del negocio, pasó a ser parte de la nueva redacción dada a la cláusula 5ª, apartado 5.1, último párrafo (cláusula 4ª); se establecieron nuevos parámetros para el cálculo de la retribución de MR con causa en la distribución y venta de tarjetas Movistar (cláusula 5ª, apartado 5.1), y con causa en la distribución y venta de "...Saldo Electrónico a través de la Solución Celular Movistar y los TMs...", es decir, a través de terminales móviles celulares Movistar (cláusula 5ª, apartado 5.2), aclarándose de seguido, una vez más, que MR no podría entablar reclamo alguno contra TMA si, por cualquier causa, percibiera una retribución menor a la esperada, así como que la ahora demandada se reservaba "...el derecho de modificar la Retribución... con la única condición de que, para hacerlo, deberá notificar la decisión..., con un plazo no menor a 30 (treinta) días...", quedando la distribuidora habilitada, ante tal evento, a rescindir el contrato sin derecho reclamo alguno (cláusula 5ª, apartado 5.3). (d) El 30/5/2009 MR propuso formalmente una segunda "adenda" al instrumento contractual del 15/8/2008 (fs. 46), que fue aceptada por TMA fijando nuevamente su fecha de entrada en vigor (fs. 63). Mediante esta nueva propuesta (fs. 47/55 y anexo I de fs. 56/61) las partes acordaron, siempre en cuanto aquí interesa destacar, que además de los productos hasta entonces involucrados (tarjeta y saldo electrónico a través de la "Solución Celular Movistar"), MR pasaría también a distribuir y vender "... Saldo Electrónico a través de Recargas en la Modalidad on line..." (artículo 1º, apartado 1.1). Asimismo, se modificaron y/o adecuaron las Condiciones Comerciales y Operativas (artículo 6º y anexo I), estableciéndose una retribución porcentual única para todas las tarjetas independientemente del precio de ellas y modificaciones en la remuneración relativa a la venta y distribución de saldo electrónico a través de la "...Solución Celular Movistar y los TMs..." (artículo 8º, que modifica la cláusula 5ª, apartados 5.1 y 5.2), reiterándose a continuación que TMA no garantizaba a MR el pago de ninguna retribución mínima, que se reservaba el derecho de realizar modificaciones ulteriores y que en si MR no las aceptaba podría rescindir sin derecho a reclamo alguno (artículo 8º, que modifica la cláusula 5ª, apartado 5.3). (e) El 24/8/2010, es decir, con antelación al vencimiento del plazo de 24 meses pactado en el instrumento del 15/8/2008, TMA comunicó a MR que no prorrogaría la relación contractual por lo que ella quedaba extinguida a partir del 1/9/2010. En la misma comunicación, TMA solicitó a MR su colaboración para "...realizar un cierre ordenado de la operatoria a los efectos de poder practicar la liquidación final..." y, en tal sentido, le requirió concretamente la presentación de facturas por retribuciones pendientes, la liquidación de operatorias pendientes al último mes de gestión, la conciliación de cuentas y la cancelación de facturas por compra de tarjetas (conf. Carta documento de fs. 108). (f) El 6/5/2011 envió TMA una carta documento a MR mediante la cual le hizo llegar la "...liquidación final correspondiente a la terminación de la relación comercial...", solicitándole que en el plazo de 72 hs. de recibida la actora hiciera "...llegar sus descargos, si los hubiere, o manifiesten su conformidad respecto de la misma a los efectos de que podamos proceder al pago/reintegro de saldo acreedor, según se indica en la Liquidación Final adjunta...". Asimismo, dicha carta documento comunicaba a MR que TMA había procedido a cancelar las hipotecas dadas en garantía de cumplimiento del contrato del 15/8/2008 (fs. 109). Es de observar que la liquidación remitida contemplaba dos importes que sumados daban un total de \$ 53.630,27. (g) El 17/5/2011 la firma MR remitió a TMA una carta documento con el siguiente texto: "...Aceptamos el saldo de \$ 53.630,27 por Uds. Indicado por entender que responde a un pago en exceso de nuestra parte reflejado en la cuenta y relacionado con el contrato de Propuesta Comercial para la distribución y venta de Tarjetas y Saldo electrónico..." convenido en agosto de 2008 (fs. 110). (h) El 23/7/2012, es decir, pasados más de catorce meses, el representante legal de MR envió a TMA una carta documento imputándole haber actuado durante la vigencia del referido contrato con una "...conducta antijurídica por el uso abusivo de su posición dominante..." en cuanto a la "...alteración de las condiciones económicas y financieras del contrato, que derivó en el mantenimiento de tecnologías inadecuadas -Solución Celular Movistar- con pérdida de puntos de venta, pérdidas de ingresos, entre otros, aumentos de precios y reducción de comisiones...". Adujo en la misiva corresponderle la indemnización del daño emergente y el lucro cesante, además de una retribución por pérdida de clientela (fs. 112). 3º) El 26/6/2014 MR promovió la presente demanda por daños y perjuicios que, afirmó, debía resarcirle TMA por haber sido la que impuso -bajo la amenaza de paralizar la operatoria comercial- las dos "adendas" antes reseñadas (fs. 143), lo que al cambiar las condiciones comerciales del negocio le provocó a la postre una reducción de la retribución que le correspondía como distribuidora (fs. 144), esto es, una pérdida directa con exclusivo beneficio para TMA (fs. 150 y 195/196). Adujo, asimismo, que si bien la "Solución Celular Movistar" le fue presentada como una tecnología

novedosa, en los hechos fue un fracaso y una fuente de pérdidas por sus fallas y errores que originaron continuos reclamos de terceros (fs.153/160), lo cual se tradujo, a su vez, en una pérdida de participación en el mercado por pérdida de puntos de ventas y disminución de estas (fs. 161/167) y, por ende, de las consiguientes retribuciones (fs. 167/169). Relató MR en el escrito inicial que antes de finalizar el plazo de 24 meses de duración del contrato, consideró los términos de una licitación a la cual TMA la invitó a participar para dar una continuidad a la relación, pero luego de un análisis exhaustivo de aquellos y del resultado económico hasta entonces obtenido decidió no ofertar por la renovación del contrato abandonando la distribución de tarjetas físicas a partir del 1/9/2010 (fs. 170/174). Detalló su versión acerca de las alternativas que rodearon a la liquidación final del contrato, especialmente en orden a la cancelación de las garantías hipotecarias que habían sido prestadas por socios de MR (fs. 174/176). Invocó que haber sido víctima de un abuso de derecho (fs. 191/192) y de la posición dominante de TMA (fs. 196), así como haber consentido las ?adendas? con vicio de lesión y violencia moral (fs. 198) mediante su predisposición, aprovechándose de su condición de parte ?débil? en la relación contractual (fs. 190).

4º) Como se dijo, el laudo rechazó la demanda, con costas a la actora. Para así concluir el tribunal arbitral sostuvo, en sustancial síntesis, que aunque el contrato del 15/8/2008 y sus dos ?adendas? se originaron formalmente por propuestas de la actora, lo cierto es que los textos respectivos habían sido predispuestos por la demandada según lo informó el peritaje contable en fs. 934 (fs. 1306 vta.), extremo que, sin embargo, no descartaba que la actuación de MR hubiera sido plenamente voluntaria y dotada de discernimiento, libertad e intención, máxime cuando tampoco lucía probado que esta última hubiese actuado en estado de necesidad (fs. 1307). Desde tal perspectiva, observaron los árbitros que MR aceptó expresamente todas y cada una de las modificaciones introducidas por la demandada al contrato base, por lo que no podía tenerse como antijurídica la conducta de la predisponente (fs. 1307 vta.), sobre todo porque tales modificaciones fueron dadas en ejercicio de facultades que TMA se había reservado para sí en dicho contrato original (fs. 1308). Por otra parte, ponderó el laudo que, finalizado el contrato, MR aceptó el saldo final que TMA liquidó y le comunicó mediante carta documento, correspondiendo entender, por ello, que había existido un cierre del vínculo contractual sin ningún tipo de reserva (fs. 1308 y vta.); de donde el reclamo extrajudicial del 23/7/2012 realizado por MR después de haber transcurrido más de un año y dos meses del referido cierre, comportaba un acto contrario a la buena fe a la luz de la doctrina de los propios actos (fs. 1308 vta.). Con base en todo ello, el tribunal de arbitraje concluyó no estar reunidos los presupuestos de la responsabilidad contractual endilgada en la demanda (fs. 1309).

5º) Juzgo que el laudo de fs. 1291/1310 resiste incólume los agravios expresados por la actora a fs. 1324/1334. Veamos.

(a) Cuando un contrato agota el plazo por el que fue pactado, se produce la extinción del vínculo (conf. Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos - Parte General, Santa Fe, 2004, p. 575), ya que cuando alguien se obliga a algo hasta un determinado momento, el vencimiento de ese término operará como hecho extintivo de la obligación (conf. Busso, E., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1955, t. V, p. 236, n° 35); y, como en cualquier contrato a término, agotado este último se acaban los efectos del negocio sin perjuicio de la necesidad de concluir las operaciones que estuvieran pendientes. En otras palabras, la llegada del término final sin prórroga conduce a la expiración de la relación obligatoria e impone a las partes deberes de liquidación, vgr. restitución de cosas, pago de intereses y frutos, rendición de cuentas, etc. (conf. Díez Picazo, L. y Gullón, A., Instituciones de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 1998, t. I/2, p. 120). El anterior es un criterio que, valga observarlo, es perfectamente aplicable al contrato de distribución (esta Sala D, 14/2/2014, ?Taysos S.A. c/BMC Software Argentina S.A. s/ ordinario?; Bergstein, J., La extinción del contrato de distribución, FCU, Montevideo, 2010, p. 29, n° 1), correspondiendo entender que la conclusión de este particular negocio por su caducidad temporal, no genera efectos indemnizatorios para las partes, ya que constituye una forma regular de extinción de la relación (conf. González-Orús Charro, M., Los contratos de distribución. Extinción: problemática y práctica, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 112, n° 1.3).

(b) En la especie, ha tenido lugar lo anterior. La distribución encarada por la actora concluyó al vencer el tiempo por el que se la pactó y por decidir la demandada no prorrogarla, comunicándolo así a MR. Como consecuencia de ello, se inició la etapa de liquidación del negocio, llegando TMA a la fijación de un saldo favorable a MR que también le comunicó y que esta última aceptó (véase cartas documento de fs. 108, 109 y 110). A la luz de esto último, y sin que durante la ejecución contractual hubiera MR expresado disconformidad alguna con relación a sus distintas modalidades (de hecho ni siquiera insinuó la intención de rescindir la distribución por razón de las alteraciones que involucraron las dos ?adendas?, pese a contar con facultades para ello; conf. adenda del 30/3/2009, cláusula 5ª, apartado 5.3), cabe interpretar que hubo un consentimiento tácito por parte de aquella con la situación que ahora es objeto de reclamo. De ello se deriva que los reclamos de MR posteriores a darse por concluida la distribución aparecen como una conducta objetivamente contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios, que es merecedora de reproche y que no puede tener favorable acogida, tal como en situación sustancialmente análoga lo tiene decidido esta alzada mercantil (conf. CNCom. Sala, 23/12/2011, ?Enrique Abaroa S.R.L. c/ Volkswagen Argentina S.A.?). Es que, en efecto, el cumplimiento por las partes de los deberes liquidatorios del negocio importó cerrarlo estableciendo un efecto extintivo definitivo, del que no pueden desligarse unilateralmente para desconocerlo sin incurrir, al propio tiempo, en un inadmisibles venire contra factum (conf. Díez Picazo Ponce de

León, L., La doctrina de los actos propios, Borch, Barcelona, 1963, p. 146). Y no se diga para entender otra cosa -tal como se hace en la apelación que la aceptación por MR del saldo liquidado por TMA se justificó en la necesidad de liberar las garantías oportunamente otorgadas y que ello no implicó concordar con el carácter de ?liquidación final? conferido a dicho saldo (fs. 1331), toda vez que: I) al comunicar el saldo de \$ 53.630,27 fue TMA clara en cuanto a que había liberado las garantías procediendo a suscribir la escritura de cancelación de las hipotecarias otorgadas a favor de MR, una de las cuales estaba disponible para su retiro por esta última y la otra en trámite (fs. 109); y II) la aceptación del referido saldo por la actora fue objetivamente efectuada sin reserva suya por mayor cantidad o indemnización de daños y perjuicios, extremo este último (el de la ausencia de reserva) al que no forma óbice la particular imputación crediticia insinuada por MR en su carta documento de fs. 110 (?...exceso de nuestra parte reflejado en cuenta...?) pues, aparte de su carácter puramente unilateral, no se entiende ni ha sido explicado cómo tal imputación podría hacer las veces de reserva de cualquier naturaleza o impedir los efectos jurídicos propios que seguían al cierre del negocio que se hallaba prístinamente en juego. (c) Podría este voto concluir en lo precedentemente expuesto para rechazar, ya con suficientes argumentos, la apelación intentada. No obstante, todavía expondré algunas reflexiones para dar una más amplia respuesta jurisdiccional a los agravios traídos ante esta alzada mercantil. (d) Insiste MR en su apelación en el encuadre argumental de la demanda. En efecto, dice haber sido víctima de un contrato abusivo y del abuso de posición dominante de TMA, quien le predispuso tanto la Propuesta Irrevocable del 15/8/2008 como sus ?adendas? modificatorias en condiciones que no pudo resistir, sometiéndola unilateralmente, como contratante débil, a cambios contractuales que alteraron en su perjuicio los términos económicos y financieros del negocio, causándole pérdidas (cap. 2.3). Asimismo, sostiene que todo ello quedó suficientemente acreditado con la prueba testimonial y con el peritaje contable, probanza esta última que además corroboró la corrección cuantitativa del reclamo incoado (caps. 2.4 a 2.6). Entiende, pues, reunidos los presupuestos de la responsabilidad contractual que imputó a su adversaria (cap. 2.7). (e) No es discutible que en las relaciones contractuales entre empresas también juega el criterio general de la necesaria tutela del contratante débil frente a la predisposición de cláusulas (conf. Barrionuevo, A., Las cláusulas abusivas en los contratos interempresarios y las pymes?, LL 2008-F, p. 1121; esta Sala D, 30/6/2016, ?Encina, Sonia Clara c/ Shell CAPSA s/ ordinario?). Empero, es sabido que la sola predisposición no es causa, por sí misma, de invalidez del contenido total o parcial del contrato, ni prueba de que la adhesión dada por la parte débil o no predisponente fuera hecha en condiciones de falta de libertad o indebido aprovechamiento (conf. CNCom. Sala B, 23/12/2004, ?Automotores y Servicios Grandola SA c/ CIADEA s/ordinario?). En rigor, incluso tratándose de contratos de adhesión, el contratante débil para desobligarse debe acreditar que no ha podido siquiera negociar los elementos esenciales de la contratación (conf. CNCom. Sala D, 9/8/12, ?Full Motors S.A. c/ General Motors de Argentina S.R.L. s/ ordinario?; íd. 5/6/13, ?Brother Int. Corp. de Argentina S.R.L. c/ Aerocargas Argentina S.A. y otro s/ordinario?), o bien el carácter vejatorio o abusivo de las cláusulas predisuestas por atribuir al predisponente derechos o facultades de carácter exorbitante o que introducen restricciones injustificadas en los derechos y facultades de la parte adherente (conf. CNCom. Sala B, 24/9/98, ?P. Campanario S.A. c/ Plan Ovalo S.A.?, JA 1998-II, p. 13). Por lo demás, la calificación del acto como antifuncional depende de que ocasione un perjuicio anormal o excesivo (conf. CNCiv. Sala E, 6/2/78, ?Dagir, Abraham c/ Di Leone, Liliana M.?, JA 1978-II, p. 540 citado por Moisset de Espanés, L., ?El abuso del derecho?, en la obra de Tinti, G. [coordinador], El abuso en los contratos, Buenos Aires, 2002, p. 23, espec. p. 40, nota n° 36). Es que el esquema del abuso del derecho no debe ser utilizado en forma indiscriminada, y menos para derogar un principio capital como lo es el de la autonomía de la voluntad, pues el art. 1071 del Código Civil (íd. art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación) es una norma de excepción y no una vía general para que los jueces revisen las cláusulas de los contratos frente a la sola alegación de ser injustas. Ello ni siquiera es posible tratándose de contratos de adhesión, pues tal característica, por sí sola, no basta para semejante efecto (conf. CNCom. Sala E, 10/5/89, ?Mediterránea S.A. c/ Banco Extrader S.A., JA 1989-III, p. 656). Asimismo, desde un punto de vista subjetivo, corresponde sujetar a un criterio de apreciación restrictiva la ponderación relativa a la presencia de un caso de abuso del derecho cuando la parte del contrato es una sociedad con objeto comercial pues, el debido cumplimiento de este último, supone en ella la presencia de ciertas aptitudes y capacidades mínimas para el manejo y administración de sus negocios, así como conocimiento sobre los riesgos que asume a los fines de tomar de antemano las medidas tendientes a evitarlos (conf. CNCom. Sala D, 30/6/2016, ?Encina, Sonia Clara c/ Shell CAPSA s/ordinario?; íd. Sala B, 9/10/1987, ?Padilla, Ángel c/ De Rosa, Hugo?; íd., 21/9/1993, ?Tejidos Oke SA c/ Viscosud S.A.?, íd. 3/6/1993, ?SA Cía. Azucarera Tucumana s/ incid. de llamado a licitación adjudicación Ingenio Santa Rosa?; íd. 19/7/1992, ?Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c/ Coto CICSA?; íd. 30/6/2009, ?Wing Guard S.A. c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ ordinario?). En este sentido, no está de más recordar que al contratar MR declaró que se consideraba un ?experto? y conocedor del servicio al que se refería la distribución (cláusula 2ª, apartado 2.1.3). (f) Bajo perspectiva afín pero distinta, debe verse también la alegación de la existencia de una posición dominante. En nuestro derecho, la responsabilidad por abuso de posición dominante en la esfera contractual no tuvo consagración legislativa expresa sino hasta la sanción de lo dispuesto por el art.

11 del Código Civil y Comercial de la Nación. El proyecto de Código Civil de 1993 aludió a esa alternativa en su art. 584, disponiendo la posibilidad de un reclamo a fin de que se repongan las cosas al estado de hecho anterior y se fije una indemnización en caso de que un sujeto abusare de una posición dominante. Igual solución aprobó el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 397), cabiendo recordar que si bien la posibilidad de una reforma legislativa introductoria de la figura fue ponderada favorablemente por un sector de la doctrina (conf. Tobías, J. y Goldemberg, I, Abuso de posición dominante, LL 2005-D, p. 1002; Santarelli, F., La regulación del mercado a través del contrato - Una propuesta para la protección de la empresa débil, LL 2007.C, p. 1044), otro sector no menos prestigioso levantó en su tiempo serias reservas (conf. Trigo Represas, F., y Lopez Mesa, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 323). Con todo, esta Sala, ya antes del Código Unificado de 2015, no había desconocido la posibilidad de examinar el abuso de posición dominante en ciertos casos contractuales (causa ?Las Camellias S.A. c/ Supermercados Norte S.A. s/ ordinario?, sentencia del 19/11/2009, voto del juez Vassallo, considerando IV-d; causa ?Mar Tra S.A. c/ Carrefour Argentina S.A.?, sentencia del 8/7/2010, voto del suscripto), pero, bien visto, no como un recurso para poner en tela de juicio la interpretación tradicional de los vicios de la voluntad en la actividad negocial contemporánea, sino para garantizar en las relaciones individuales la eficiencia económica, la libertad individual y la justicia contractual (conf. Tobías, J. en la obra dirigida por Alterini, J., Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 90). (g) Lo expuesto en los precedentes puntos ?e? y ?f? determina la improcedencia de hacer generalizaciones a la hora de examinar sobre la existencia o no de violaciones de derechos de la parte ?débil? del contrato por actos u omisiones imputables a la ?fuerte?, ya que la mera asimetría entre una y otra no sugiere por sí mismo una situación abusiva en la celebración o en la ejecución del contrato, como tampoco la necesaria presencia de un abuso de posición dominante, correspondiendo estar, en cada caso, a la prueba lograda en el proceso particular. Pues bien, bajo tal perspectiva, corresponde considerar cuanto sigue para descartar las imputaciones de que se trata: I. Lo específicamente demandado en autos por la actora fue, en sustancial síntesis escrita por ella misma, la indemnización de la pérdida causada por la ?menor facturación? que, dijo, le ocasionó TMA al cambiar los precios de facturación durante la vigencia del contrato (fs. 124, capítulo ?Monto Reclamado, apartado 1º), así como al obligarla a utilizar la ?...fallida Solución Celular Movistar...? (fs. 125, capítulo ?Monto Reclamado?, apartados 2º, 3º y 4º). II. Con relación a lo primero, ya fue reseñado que al entrar en el contrato MR declaró que comprendía y aceptaba la posibilidad de que TMA variase las condiciones comerciales de la distribución y, en particular, que modificara el precio de las tarjetas Movistar y, por consiguiente, los porcentajes a percibir como remuneración, así como los porcentajes sobre las Tarjetas Geo y Control. Con relación a ello también declaró que tales modificaciones no generarían derecho a reclamo alguno, como tampoco si no percibía la remuneración esperada (conf. propuesta del 15/8/2008, cláusula 5ª, apartados 5.1, anteúltimo párrafo, y 5.3, último párrafo; y cláusula 6ª, apartado 6.1, anteúltimo párrafo). Fue en ese marco que, precisamente, el 30/3/2009 se extendió la primera ?adenda? en la que se establecieron nuevos guarismos para la comercialización y consiguientemente cálculo de la retribución de MR con causa en la distribución y venta de tarjetas Movistar (cláusula 5ª, apartado 5.1), y con causa en la distribución y venta de saldo electrónico a través de la ?Solución Celular Movistar? a través de terminales móviles celulares Movistar (cláusula 5ª, apartado 5.2), aclarándose de seguido, nuevamente, que MR no podría entablar reclamo alguno contra TMA si, por cualquier causa, percibiera una retribución menor a la esperada (cláusula 5ª, apartado 5.3). Y fue también dentro del mismo marco que el 30/5/2009 se extendió la segunda ?adenda? al instrumento contractual del 15/8/2008, por la que se modificaron y/o adecuaron las condiciones comerciales y operativas del negocio (artículo 6º y anexo I), estableciéndose una retribución porcentual única para todas las tarjetas independientemente del precio de ellas, así como modificaciones en la remuneración relativa a la venta y distribución de saldo electrónico (artículo 8º, que modifica la cláusula 5ª, apartados 5.1 y 5.2), volviéndose a reiterar en tal oportunidad que MR no podría entablar reclamo alguno por razón de una remuneración menor que la esperada (artículo 8º, que modifica la cláusula 5ª, apartado 5.3). Pues bien, la presencia de cláusulas que facultan a la distribuidora modificar el valor de venta de sus productos en forma unilateral, con obvio impacto en la remuneración del distribuidor, no da cuenta necesariamente de la presencia de un abuso contractual, ni es simpliciter expresiva de abuso de una posición dominante. Lo primero, porque en los contratos de distribución la facultad contractual del sujeto distribuido para establecer el valor de venta se explica en el hecho de su interés en que todos los distribuidores vendan al mismo precio, y la determinación unilateral sólo es objetable si fuera arbitraria y no respondiera a razones objetivas (conf. Márquez, J. y Calderón, M., Contrato de distribución, en la obra colectiva dirigida por Marzorati, O. y Molina Sandoval, C., ?Contratos de Distribución?, Buenos Aires, 2010, ps. 26/27; Lorenzetti, R., Tratado de los Contratos, Santa Fe, 1999, t. I, ps. 610/611). Y lo segundo, porque si bien el precio es la principal herramienta competitiva en el mercado y su determinación por parte del distribuido o proveedor importa una restricción que pesa sobre el distribuidor afectando su capacidad de competir, lo cierto es que aun así por la naturaleza y características propias de la distribución como negocio económico, no puede ser impedido al primero introducir limitaciones a la libertad de empresa de los distribuidores en materia de precios (conf. Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto [director], Contratos

Mercantiles, Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2017, t. I, p. 798, n° 3.4), las cuales, a todo evento, son tolerables sólo en la medida en que el precio determinado por la empresa dominante: a) no sea discriminatorio ni inequitativo, concepto este último que en materia de distribución no se vincula necesariamente al de obtención de un beneficio razonable por el distribuidor (conf. Schapira, J., Le Tallec, G., y Blaise, J., *Droit européen des affaires*, Presses Universitaires de France, 1984, p. 491, n° 2); y b) no sea expresivo de un poder de dirección del distribuido usado para trasladar costos o riesgos al distribuidor en detrimento de sus ventas y ganancias, pues en tal caso ello daría cuenta de una desviación de la finalidad del contrato que adjetiva de abusiva la conducta del principal y que, en su caso, debe ser probada no tanto por la efectiva ganancia en más lograda por la ?empresa dominante?, sino que bastaría acreditar la potencialidad objetiva de las acciones abusivas para conseguir un mayor lucro por parte de aquélla (conf. Cabanellas de las Cuevas, G., Palazzi, P., Sánchez Herrero, A. y Serebrinsky, D., *Derecho de la Competencia desleal*, Buenos Aires, 2014, ps. 716, 720 y 724). En el caso, empero, ni se ha acreditado que las determinaciones unilaterales del valor de venta efectuadas en las ?adendas? hubieran sido arbitrarias o que no respondieran a razones objetivas, ni se ha probado que de ellas hubieran resultado precios discriminatorios, inequitativos o con potencialidad objetiva para obtener un mayor lucro por parte de TMA a expensas de las ganancias de MR. Fue probado, eso sí, que a partir de los apuntados aumentos unilaterales, la diferencia de precio en facturación derivó en una menor retribución para MR (conf. peritaje contable, fs. 992 y ss.). Sin embargo, no es esto último suficiente por sí solo para calificar a dichos aumentos de arbitrarios o carentes de bases objetivas; tampoco para entender que ellos, de suyo, determinaron precios discriminatorios (en este sentido, todos los distribuidores de TMA fueron objeto de igual tratamiento contractual, como lo acepta MR en fs. 1325 vta.), inequitativos o que implicaron trasladar costos o riesgos al distribuidor con el efecto de tener la objetiva potencialidad de conferir a TMA un mayor lucro a costa de MR. Nada de ello, en efecto, puede sin más inferirse de la propia existencia de los aumentos unilaterales, sin caer en una extrema simplificación de las complejidades financieras, económicas y operativas del especial negocio de distribución encarado, signado incluso por las necesidades de adaptación tecnológica de los productos distribuidos, que la propia actora declaró entender desde múltiples ángulos asumiendo incluso los riesgos del caso (véase: Propuesta Irrevocable del 15/8/2008: cláusula 2ª, apartados 2.1.1 y 2.1.4, cláusula 5ª, apartado 5.1, anteúltimo párrafo y cláusula 6ª, apartado 6.1, anteúltimo párrafo; Adenda del 30/3/2009: cláusula 5ª, apartado 5.1, último párrafo y apartado 5.3; Adenda del 30/5/2009: artículo 6º y anexo I, y artículo 8º), y que, consiguientemente, dieron cabida en todos los instrumentos contractuales a cláusulas que colocaban a MR en posición de no poder hacer reclamos si percibía retribuciones menores a la esperada (conf. Propuesta Irrevocable del 15/8/2008: cláusula 5ª, último párrafo; Adenda del 30/3/2008, cláusula 5.1 y 5.3; Adenda del 30/5/2009, artículo 8º). No es ocioso advertir, por lo demás, que las modificaciones de las condiciones de comercialización son, en principio, connaturales en materia de telefonía celular. Como lo ha advertido esta cámara en anteriores ocasiones, el ofrecimiento de mayores beneficios y servicios con menores costos que lanzan las empresas competidoras de telefonía celular, impone que los contratos sean readecuados: para la empresa mediante la implementación de nuevos planes de servicio o productos con menores precios; mientras que para la agencia o el distribuidor, con una reducción en su comisión ante la gran cantidad de terminales vendidas. De modo que, a fin de decidir si la modificación de las cláusulas contractuales de un contrato como el de autos implica abusividad o no, 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 relacionada exclusivamente con la pérdida de remuneraciones (conf. CNCom. Sala B, 24/11/2011, ?PCS NET S.A. c/ AMX Argentina s/ ordinario?). En otras palabras, cabe tener en cuenta que en este sector del mercado, la natural competencia produce una rebaja en los precios y los contratos deben ser adecuados a tal reducción, ya sea mediante una reducción directa de precios o una modificación en los planes o formas de servicios, atendiendo a lo que es usual y corriente en un mercado como es el 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 (conf. CNCom., Sala A, 16/12/2008, ?Ingaramo y Morgade S.A. c/ CTI Cía. de Teléfonos del Interior y otros s/ ordinario?). Así pues, desde una perspectiva económica, no corresponde interpretar a contratos como el de autos como un convenio individual entre las partes sino como un acuerdo múltiple entre ellas y las demás agencias o distribuidores 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 (conf. CNCom. Sala B, causa ?PCS NET S.A.?, cit.), perspectiva esta última no considerada por la demanda. III. Es obvio que en el contrato de que se trata el producto que entrega el proveedor debe tener la calidad esperada por el distribuidor que le permita desarrollar adecuadamente el contrato y llenar la expectativa de ganancias que correspondiera. Ahora bien, si la llamada ?Solución Celular Movistar? fue un producto cuya distribución por MR resultó económicamente perdidos por sus fallas tecnológicas, es cuestión que dicha parte debió probar, dada su especial naturaleza técnica, mediante el correspondiente peritaje y no, como lo pretendió en autos por declaraciones testimoniales (conf. esta Sala D, 25/10/2016, ?Niro S.A. c/ Renault Argentina S.A. y otro s/ ordinario?, considerando 12º). Es que si bien la elección de los medios probatorios es facultad privativa de los litigantes,

si prescinden de ofrecer y producir el más idóneo para la acreditación de determinados hechos, los de otra índole que aporten para ese fin deben ser apreciados con mayor rigor, severidad o estrictez (conf. CNCom., Sala D, 10/9/2009, ?Banco Extrader s/ quiebra c/ Banco Feigin S.A. s/ acción de revocación concursal?; íd., Sala D, 21/6/2008, ?Yacoplast S.A. c/Molinos Río de la Plata S.A. s/ ordinario?; CNFed. Civ. Com., Sala I, 27/7/84, ?Conill de Muller c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios?; íd., Sala I, 19/6/87, ?Dos Muñecos S.A. c/ Vannucci S.A.?, Doct. Jud., t. 1988-I, p. 871), corriéndose el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva (conf. CSJN, 19/12/95, ?Kopex Sudamericana S.A. c/ Provincia de Buenos Aires?, Fallos 318:2555). En otras palabras, la insuficiencia de la prueba debe ser meritada en contra de quien tenía la obligación de proporcionar los elementos de juicio necesarios, y si de ello deriva algún gravamen para el interesado es claro que él reconocería como causa su inactividad probatoria, extremo que impide fundar queja atendible derivada de tal circunstancia, pues como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es atendible el agravio cuando la pérdida que se experimenta proviene de la discrecional conducta observada por el litigante (conf. CSJN, Fallos 256:371; 258:126; 259:185; 263:51; 266:274; 275:218; 280:395; etc.). (h) Algunos comentarios finales todavía se imponen para cerrar esta parte del voto. Es inadmisibles lo alegado por ME en orden a que no estaba en condiciones de resistir las imposiciones de TMA ya que de hacerlo se exponía a una rescisión contractual y a la ejecución de las garantías dadas (fs. 1331). Esto es así, porque si por hipótesis hubieran sido abusivas por desmedidas las imposiciones de TMA (extremo no demostrado nítidamente en autos), pudo apartarse del contrato mediante el ejercicio de la correspondiente facultad rescisoria, bien que sin derecho a reclamo (texto de la cláusula 5ª, apartado 5.3, en sus distintas variantes). En su caso, si no ejerció esa facultad fue porque en la comparación entre salirse del contrato sin derecho a reclamo y quedarse en él siguiendo con su ejecución, lo último seguía siendo preferible aunque las condiciones comerciales hubieran cambiado. La decisión continuativa fue, consiguientemente, una opción empresarial de la distribuidora a cuyas resultas debe estar. Por otra parte, la exposición a una ejecución de las garantías es sólo conjetural, pues dependía de una condición de deudora de MR frente a TMA que, en definitiva, quedó incluso descartada a la hora de la liquidación final del contrato. De otro lado, no se trata de cuestionar la actitud de la actora por el tiempo que dejó transcurrir entre la liquidación del negocio y la promoción de su demanda. El paso de ese tiempo solo puede tener relevancia a los efectos de la prescripción liberatoria. De lo que se trata, en cambio, es de ponderar la contradicción de su conducta, pues sin objetar oportunamente dicha liquidación, vino después a controvertirla con el presente reclamo. Por ello, la cuestión acerca del tiempo utilizado para la preparación de la demanda (fs. 1331 vta./1332), carece de relación directa e inmediata con el principal argumento que conduce a la confirmación del laudo. 6º) Para el caso que el laudo no fuera revocado, solicita la parte actora que las costas se distribuyan por su orden. Como ocurre en la mayoría de los sistemas procesales y como lo sostiene la doctrina clásica, la imposición de costas se funda en el criterio objetivo del vencimiento (conf. Chiovenda, G., Principios de derecho procesal civil, Madrid, 1925, t. II, p. 404; Alsina, H., Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1942, t. II, p. 472). Este criterio ha sido adoptado también, como principio, en la ley procesal vigente (art. 68 del Código Procesal; Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente, Santa Fe, 1989, t. 3, p. 85), lo que implica que el peso de las costas debe ser soportado por quien provocó una actividad jurisdiccional sin razón suficiente (conf. Fassi, S., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, 1971, t. 1, n° 315). Correlativamente, la exención de costas al vencido reviste carácter excepcional, pues como regla no es justo que el triunfador se vea privado del resarcimiento de los gastos que ha debido hacer para lograr que se le reconozcan sus derechos (conf. CNCom. Sala D, causa n° 9888/02 ?Srebro, Brenda c/ Red Cellular SA y otro?, sentencia del 21/10/2006; CNFed. Civ. Com., Sala III, 13/12/91, ?Antorcha Cía. de Seg. SA c/ buque Monte Rosa?, LL 1992-C, p. 155). En el caso, como fuera dicho, solicita la demandante que se adopte este último temperamento, imponiéndose las costas por su orden, por haber tenido razón para promover la litis. Empero, ha dicho la jurisprudencia con reiteración que la exención de costas fundada en la razón probable para litigar, debe estar avalada por elementos objetivos de apreciación, ya que quien somete una cuestión a la justicia es porque obviamente cree tener la razón de su parte, no eximiéndolo ello de pagar los gastos del contrario si el resultado del pleito le es desfavorable (conf. CNCom. Sala A, 30/6/1999, LL 2000-B, p. 409; CNCom. Sala A, 30/8/2000, LL 2000-F, p. 984). De tal suerte, la sola creencia subjetiva no es razón suficiente para eximir el pago de las costas al perdedor (conf. CNCiv. Sala A, 9/12/1998, LL 2000-A, p. 549; CNCiv. Sala E, 3/12/2003, DJ t. 2004, p. 576), siendo la cuestión de interpretación restrictiva (conf. CNCiv. Sala F, 22/6/1983, LL 1983-D, p. 146). Una idéntica interpretación es sostenida por la doctrina especializada (conf. Palacio, L., y Alvarado Velloso, A., ob. cit., t. 3, ps. 97/98; Fenochietto, E. y Arazi, R., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado, Buenos Aires, 1993, t. 1, p. 284; Highton, E. y Areán, B., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales - Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, 2004, t. 2, ps. 67/68; etc.). En el sub lite no se aprecian reunidos los elementos objetivos necesarios para disponer por la causal invocada la exención de las costas que solicita el recurrente, tanto más ponderando las

conclusiones expuestas en el considerando 5º, puntos ?a? y ?b?, del presente voto. La petición, consiguientemente, no puede ser admitida. 7º) Por lo expuesto, y recordando que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todos y cada uno de los planteos, sino solamente en aquellos que estimen pertinentes para la correcta composición del litigio (conf. CSJN, Fallos 258:304; 262:222; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; etc.), propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación intentado. Costas a la parte actora recurrente (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal). Así voto. Los señores Jueces de Cámara, doctores Vassallo y Garibotto adhieren al voto que antecede. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan: (a) Rechazar el recurso de apelación intentado. (b) Las costas de alzada se imponen a la parte actora recurrente (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal). (c) En cuanto a la retribución profesional, cabe precisar inicialmente que, como el ex - letrado apoderado de la actora denunció en su momento la suscripción de un convenio con su ex-cliente (fs. 1311), entiende esta Sala que, en virtud de lo previsto por el arancel operativo en el caso (art. 2º, ley 21.839; esta Sala, 13.3.18 ?Skillmedia S.R.L. c/ Estudio ML S.A. s/ordinario?, expte. n° 36208/2015), no corresponde indagar las apelaciones interpuestas respecto de su honorario (fs. 1333 vta. y 1334). Por otra parte, y advirtiendo que el letrado apoderado de la parte demandada, Agustín María Casares, no ha sido notificado de la regulación de que se trata, la debida proporcionalidad que debe resguardarse entre todas las retribuciones obliga a diferir, hasta tanto esa condición se cumpla, el tratamiento de los recursos deducidos contra la remuneración de los restantes profesionales. Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al organismo de origen. Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). Gerardo G. Vassallo Juan R. Garibotto Pablo D. Heredia Julio Federico Passarón Secretario de Cámara 033432E