

Título: [Abuso del derecho y contradicción con actos propios como conductas desestabilizadoras en los contratos](#)

Autor: [Cancio, Sebastián J.](#)

Publicado en: [LA LEY 17/06/2020, 17/06/2020, 10](#)

Cita Online: [AR/DOC/1570/2020](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos y la litis.— III. La sentencia de primera instancia.— IV. Los fundamentos de la alzada.— V. El abuso del derecho.— VI. Ir contra el acto propio.— VII. Conclusión.

(*)

I. Introducción

El pilar fundamental del andamiaje normativo nacional en materia de contratos lo constituye la buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, o con base en lo que las partes verosímelmente pretendieron. En este contexto, referir a cláusulas abusivas, abuso del derecho, abuso de situación de dependencia económica o venir contra el acto propio es aludir a los variados rostros de la mala fe.

El fallo bajo análisis es de particular interés por tres cuestiones: a) desde lo puramente práctico, porque ayuda a comprender —a través de ejemplos— el verdadero sentido y alcance de la "buena fe", un término fácil de conceptualizar, pero difícil de definir; b) desde lo estrictamente teórico, porque obliga a categorizar las conductas de las partes en el marco de los diferentes institutos jurídicos que regulan las conductas desestabilizadoras de los contratos; y c) desde lo deóntico, porque obliga a replantearse cómo y de qué manera deben perfeccionarse las demandas para no recaer en excesos innecesarios.

II. Los hechos y la litis

La actora, Cellulares Buenos Aires SA (en adelante, CBA), una empresa comercializadora de equipos y servicios de telefonía, tenía con la demandada AMX Argentina SA (en adelante, AMX) desde el año 2004 un contrato de comercialización de equipos y servicios telefónicos. En el año 2006, a instancias de AMX este contrato mutó a uno de agencia.

La relación contractual se llevó adelante con normalidad, hasta que, en el año 2014, invocando un "proceso de regionalización", AMX hizo ejercicio de cláusulas que le permitían modificar unilateralmente el contrato. De este modo, la demandada redujo el ámbito de actuación del agente y, consecuentemente, la cantidad de equipos y servicios que este podía comercializar. Ante esta situación, y luego de intercambio epistolar informal y formal, CBA dio por rescindido el contrato en razón del accionar de AMX, por cuanto esta, desnaturalizando (a su modo de ver) la esencia del contrato, le producía perjuicios económicos de diversa índole.

En orden a esta plataforma fáctica, CBA entabla demanda contra AMX, reclamando indemnización por los daños y los perjuicios sufridos. Dentro del daño emergente denuncia comisiones no cobradas a la fecha de rescisión, comisiones incorrectamente liquidadas y daños provocados por modificaciones abusivas. Por su parte, integra el lucro cesante con los rubros de expectativa lógica de continuidad del negocio por el lapso de diez meses y potenciación de clientela.

A su vez, reclama también la nulidad de ciertas partes del contrato, por abusivas y leoninas (las que, entre otras cosas, habrían dado lugar al cobro de comisiones indebidas). Indica haberse encontrado bajo el "dominio" de la accionada, quien ejerció sobre ella su "posición dominante" y explotó su "estado de necesidad y dependencia".

Corrido el traslado de ley, AMX contesta demanda. Plantea que la causa debe resolverse con base en las disposiciones del Código velezano e interpone excepción de prescripción respecto del pedido de nulidad del contrato y también con relación a los reclamos por comisiones mal devengadas. Manifestó que todo lo ocurrido durante la relación contractual fue consentido por la propia actora, de manera expresa o con actos demostrativos. Añadió que durante toda la vigencia del contrato la actora lo cumplió sin hesitaciones, obteniendo considerables ganancias que le permitieron amortizar cualquier riesgo empresarial asumido. Puntualizó también que el hecho de que un contrato sea de adhesión no implica que sus cláusulas sean abusivas.

Finalmente, planteó la improcedencia de la rescisión del contrato efectuado por la actora.

III. La sentencia de primera instancia

La resolución del inferior analizó en primer término la excepción de prescripción interpuesta por la demandada contra la acción de nulidad parcial del contrato y el cobro de ciertas comisiones.

Respecto de la nulidad de las cláusulas del contrato, el juez entendió que, si bien era cierto que la accionante había introducido el pedido en su libelo inicial, no era esta la verdadera razón de ser de la acción interpuesta.

Esta claramente trataba sobre el cobro de una indemnización por la rescisión del vínculo negocial al que se habría visto obligada por la conducta reprochable de la demandada. Por esto, la defensa de prescripción (art. 4030, Cód. Civil) respecto del pedido de nulidad parcial del contrato debía ser rechazada.

También fue rechazada la defensa de prescripción interpuesta por la demandada respecto del cobro de comisiones. Esto, en tanto no sería de aplicación el art. 851 del Cód. Com., por cuanto este refiere específicamente al caso del "corredor", no asimilable al del agente. Así entonces, siendo que "la extensión analógica de un plazo de prescripción dispuesto para un determinado supuesto de hecho a otro está proscripta como método hermenéutico", corresponde encuadrar el caso en el plazo genérico decenal previsto en el art. 846 del mismo código.

El rechazo de ambas defensas de prescripción fue establecido con costas a la perdedora.

Seguidamente y con base en el análisis de prueba diversa, entre otras la pericial contable y algunas testimoniales, el a quo determinó que existía evidencia suficiente para dar razón a la actora en lo concerniente a la responsabilidad de la demandada por la extinción del contrato de agencia.

Aclaró también que —en efecto— los contratos de adhesión no tenían por qué tener una connotación negativa per se, en tanto se trataba de una modalidad contractual lícita y habitual. Del mismo modo, manifestó que el carácter "dominante" de la demandada no implicaba en sí mismo un obrar antijurídico. No obstante, entendió que el obrar de AMX conformó una conducta abusiva, en tanto que el proceso de regionalización supuso un perjuicio definitivo para el negocio de la accionante. Esto constituyó causa directa del daño que justificó la rescisión efectuada por la actora.

En este orden de ideas hizo lugar a veinte de los veintinueve rubros reclamados como daño emergente.

Respecto del lucro cesante, el juez inferior redujo a seis meses la pretensión de "expectativa por continuidad del negocio" e hizo lugar al rubro "pérdida de clientela". Este último fue el rubro más importante de toda la resolución (casi cien millones de pesos).

Ambas partes apelaron. La actora se agravó por la extensión de algunos rubros indemnizatorios. La demandada acerca de todos los puntos del decisorio. El expediente se radicó en segunda instancia en la sala F.

IV. Los fundamentos de la alzada

La metodología de resolución del thema decidendum propuesta por la Cámara fue la siguiente:

1) Primero, analizar los planteos de prescripción interpuestos por la demandada.

2) En segundo lugar, y de acuerdo con lo decidido respecto de la prescripción, dilucidar las cuestiones principales: a) si el proceso de "regionalización" acometido por la demandada configuraba un obrar abusivo y causa suficiente para la rescisión, y b) la procedencia y la cuantificación de los diferentes rubros reclamados por el actor en su demanda.

Así, con relación al planteo de prescripción concerniente al pedido de nulidad del contrato, la Cámara entendió que la solución a la que arribó el a quo fue correcta. Si bien la redacción del libelo pudo prestarse a confusión o inducir a error, no hay dudas de que la demanda tenía por objeto obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados del supuesto incumplimiento del contrato. Sin embargo, precisamente en razón de esta vaguedad a la hora de demandar, las costas por esta cuestión debían imponerse por el orden causado (entendiendo, además, que la accionada contaba con otros remedios para hacer frente a esta oscuridad, como la excepción de defecto legal).

Del mismo modo, la alzada consideró que la solución alcanzada respecto de la prescripción del cobro de comisiones era la adecuada: no correspondía aplicar el plazo bianual del art. 851 del Cód. Com., sino el más favorable a la existencia de la acción, que en este caso era el decenal.

Así las cosas, continuando con el iter lógico establecido para resolver, la Cámara se abocó a establecer si en el caso había existido o no una conducta abusiva de la demandada que justificara la rescisión contractual de la accionante.

Sobre esta cuestión, la alzada también coincidió con el tribunal de primera instancia, por razones casi idénticas. A partir de la prueba colectada en la etapa oportuna, determinó que el proceso de regionalización llevado a cabo por AMX generó a la actora perjuicios económicos relevantes. Este proceso en sí mismo supuso una actitud abusiva que a la postre sirvió de causa para la rescisión del contrato.

Al fundar su postura, echó mano al instituto del abuso del derecho consagrado en el art. 1071 del Código velezano. Afirmó que "así como no cabe desvirtuar los fines sociales y económicos en cuya virtud la ley (o derecho objetivo) ampara el ejercicio de los derechos subjetivos, si no se quiere incurrir en abuso del derecho

(art. 1071), así también los contratantes deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esto, so pena de la sanción que el ordenamiento legal establece; ya al someter al incumplimiento a las consecuencias de la rescisión culpable; ya al brindar legitimidad a la excepción de incumplimiento deducida por la contraparte; ya al autorizar la pertinente condena resarcitoria de daños y perjuicios" (1).

A ojos de la Cámara, desde una valoración dinámica de la prueba quedó comprobado que el proceso de regionalización no solo produjo pérdida de remuneraciones a la actora (disminución de territorio, disminución de clientes, disminución de tarjetas SIMs para comercializar), sino que en sí mismo configuró una modificación unilateral y abusiva de la demandada respecto de los términos esenciales del contrato. Además, esto habría sido conocido por AMX a través de comunicaciones informales (correos electrónicos), llegando incluso esta a proponer alternativas (no proporcionales) reconociendo en cierto modo el perjuicio que la otra parte sufría.

Así las cosas, respecto de este punto concluyó la alzada: "De las circunstancias descriptas, se desprende sin dudas que el proceso impuesto por la demandada importó una alteración esencial del contrato, pues modificó la ecuación económica del negocio, que claramente fue un punto medular tenido en cuenta por el agente al momento de decidir embarcarse en esta actividad" (2).

Resuelto esto, tocaba tratar la cuestión de la procedencia y la cuantificación de los diferentes rubros reclamados por la actora en su demanda. Previo a ello, la Cámara aclaró que el hecho de que hubiera quedado demostrado el obrar abusivo de la demandada respecto del proceso de regionalización no implicaba hacer lugar a todos los rubros reclamados por la actora, más aún teniendo en cuenta que muchos de ellos no tuvieron su origen en este hecho puntual. Adentrándose en el análisis de la procedencia de estos rubros, el autor del voto efectuó esta advertencia: "considero preciso señalar que revisten especial importancia los hechos y actos de los contratantes durante la vigencia del convenio y la conducta asumida antes, durante y después de la formación del mismo" (3).

En este sentido, de la prueba aportada al proceso surgió que entre los años 2006 y 2012 las partes celebraron anualmente "acuerdos de conciliación". Estos consistían en convenios de cierre de cuentas de deudas y créditos generados en cada periodo, en donde libremente y de común acuerdo manifestaban que nada se adeudaban en adelante en razón de los conceptos descriptos, renunciando irrevocablemente a cualquier tipo de reclamos.

Sobre el particular, el voto indicó con acierto, citando a Rouillon, que "la conducta asumida por las partes, en la etapa de ejecución del contrato, resulta decisiva a la hora de interpretarlo pues se trata de actos propios, reveladores de su real intención, a veces más elocuentes que las propias palabras —facta concludentia—" (4).

Se introdujo entonces aquí como argumento la llamada doctrina de los actos propios, teoría aceptada por la Corte Suprema desde vieja data, dejando en claro que el modo en que las partes ejecutan el contrato es la mejor prueba acerca de la verdadera intención contractual, en tanto que constituye la explicitación en los hechos de aquello que resulta dudoso en las meras palabras. Lo que, adaptado al caso bajo análisis, supone que no puede considerarse irrestricta la facultad de impugnar actos que han sido consentidos.

Así, teniendo en cuenta que entre 2006 y 2012 las partes suscribieron los convenios de conciliación y que hasta 2014 (momento de la rescisión) la actora continuó ejecutando el contrato sin efectuar planteo alguno, mal podía luego a la hora de demandar pretender una indemnización por el "pago incorrecto de comisiones" (más teniendo en cuenta que esta pretensión era ajena a la causa que dio origen a la disputa).

De esta manera, la Cámara entendió que la posición de la actora respecto de estos rubros suponía una conducta contraria a derecho. O, dicho con mayor crudeza, que "se verifica aquí la mala fe de la accionante, pues resulta una sinrazón que: a) durante 6 años firmó acuerdos de conciliación de cuentas sin efectuar el más mínimo reclamo; b) facturó liquidaciones sin mencionar ningún error ni conducta abusiva de su adversaria; y, c) al momento de reclamar por el proceso de regionalización insinuó vagamente esta cuestión y no demostró que antes hubiera generado un conflicto entre las partes" (5).

En este orden de ideas, la Cámara acotó la confirmación de los rubros que componían el daño emergente únicamente a aquellos relacionados a la causa de la rescisión, a la vez que redujo algunos por desproporcionados y directamente rechazó otros por ser ajenos al núcleo del litigio.

Con relación en el lucro cesante, estableció la indemnización por preaviso en 8 meses, contando uno por cada año de vinculación contractual entre 2006 y 2014. Sin embargo, a la hora de tratar los agravios concernientes a la "pérdida de clientela", fustigó duramente la decisión del inferior, haciendo lugar al planteo de la demandada en cuanto a que este rubro era improcedente, además de desmesurado. En efecto, comprobó la Cámara, el contrato que unía a las partes establecía que podía ser rescindido sin causa por cualquiera de las partes, sin otro requisito que el preaviso de 60 días. En este entendimiento la actora no podía tener expectativa a

percibir un resarcimiento de su contraria por clientela en ningún momento. Y, citando jurisprudencia de la propia sala para un caso similar, remató con solidez: "en las relaciones en que el fabricante solo utiliza la organización empresaria de su distribuidor para vender el producto, la clientela pertenece al producto y no al que lo comercializa" (6).

V. El abuso del derecho

V.1. El artículo 1071 del Código Civil

A la hora de resolver la cuestión central del litigio la Cámara echó mano al instituto del abuso del derecho, contenido en la segunda parte art. 1071 del Cód. Civil. Indica la citada norma que "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Inexorablemente surge la pregunta: si los contratantes deben ceñirse a la letra de lo convenido como si fuera una ley privada, ¿qué autoriza esta intromisión de uno de los poderes del Estado a la esfera de autonomía de voluntad de las partes?

Decía Spota que el abuso del derecho se daba cuando "una persona ejerce su prerrogativa jurídica o un derecho subjetivo, pero desviando los finalismos éticos, sociales o económicos que el derecho objetivo ha tenido en cuenta para otorgar o amparar esa prerrogativa jurídica o ese derecho subjetivo" (7).

El art. 1071 establece una doble directiva para determinar cuándo es abusivo el ejercicio de un derecho. La primera —según opinión de Porcherot y Josserand— alude al ejercicio de un derecho en contrariedad con el objeto de su institución, su espíritu y su finalidad. La segunda, cuando el ejercicio de un derecho excede el valladar impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (8).

Dicho esto, cabe preguntarse bajo cuál de los indicadores encuadran los hechos probados en el caso de marras. ¿Violó el accionar de la demandada el espíritu de la norma que le reconocía la libertad de contratar? ¿Fue su proceder contrario a la buena fe, la moral o las buenas costumbres?

Desafortunadamente, los considerandos bajo análisis no arrojan mucha luz sobre la cuestión. La resolución eleva su propia vara al decir: "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". Sin embargo, seguidamente procede a efectuar un análisis exclusivamente económico acerca de los efectos que la modificación del contrato provocó a la actora.

Esto traslada el cuestionamiento a otro punto: las pérdidas económicas o de viabilidad del negocio de la actora, ¿justificaban encasillar el caso como abuso de derecho? ¿Qué espíritu normativo fue vulnerado? ¿Cómo se vieron afectadas la buena fe, la moral o las buenas costumbres? La pregunta no deja de ser importante, en tanto el contrato fue suscripto libremente por ambas partes. No obstante la asimetría económica, ninguna de ellas podía ser considerada vulnerable (como lo sería un consumidor, p. ej.). El contrato otorgaba expresamente la facultad a la demandada de modificarlo, con la única condición de efectuar un preaviso que fue cumplimentado. Simplemente ocurrió que el negocio (de la forma en que venía transcurriendo) se vio alterado para una de las partes. Pero esto no ocurrió por animosidad o capricho, sino en el marco de un proceso general de regionalización que la demandada encaró como plan de negocio. Y nadie puede negar que la demandada tenía derecho de poner en marcha el plan de negocios que mejor cupiera a su estrategia empresarial. ¿Podría simplemente la situación de la actora estar comprendida dentro de lo que se conoce como riesgo empresario?

Las respuestas a estos interrogantes entrañan necesariamente respuestas de contenido axiológico y hasta ideológico. Y esto ocurre por la vaguedad de la prescripción del art. 1071 del Cód. Civil (que tristemente no fue corregida a la hora de trasladarla al art. 10, Cód. Civ. y Com.).

Ciertamente, el instituto contenido en el art. 1071 del Cód. Civil y ahora en el art. 10 del Cód. Civ. y Com. otorga un poder demasiado amplio a los jueces para determinar cuándo el ejercicio de un derecho es abusivo o no. Esto afecta la autonomía de la voluntad de las partes y el ejercicio de sus derechos, además de provocar la inseguridad jurídica que precisamente intentaba evitar el instituto. Al decir de Yzquierdo Tolsada, "se corre el riesgo de destecnificar las instituciones, ante la comodidad que supone prescindir de toda construcción dogmática y escapar hacia la noción de abuso del derecho cada vez que el juez, el práctico o el estudioso no puedan, no sepan o no quieran argumentar con el debido esfuerzo" (9).

Quizá pueda aceptarse este exceso de confianza a la hora de la reforma impuesta por la ley 17.711 (que introdujo el instituto), pero ciertamente habría sido positivo un mayor esfuerzo de precisión y técnica legislativa a la hora de la sanción del Código Civil y Comercial. En efecto, si bien la noción de "buena fe" se encuentra

fuertemente arraigada y aceptada a nivel doctrinal, habría sido un avance la eliminación de alusiones a la moral y las buenas costumbres. Entre otras cosas porque la moral opera a nivel individual (no intersubjetivo como el derecho) y las buenas costumbres son cambiantes y opinables. Esto evitaría arbitrariedades y también contradicciones, como el propio nombre del instituto "abuso del derecho", que supone una contradicción tanto lógica como gramatical imperdonable. Esto, en tanto que si se ejerce un derecho el acto es necesariamente lícito, porque si se convierte en ilícito deja de ser un derecho (10).

V.2. Contratos de adhesión y cláusulas abusivas

Al interponer la acción, la actora hizo hincapié en el carácter abusivo de los términos del contrato, por tratarse este de un contrato de adhesión.

La cuestión fue tratada en el fallo de primera instancia, al indicar el juez que los contratos de adhesión en sí mismos no pueden tener connotaciones negativas, en tanto solo configuran una —de entre tantas— formas de contratación. En efecto, lo relevante para el juzgador era discernir si este contrato era utilizado para provocar daño a la parte adherente, es decir, mediante el abuso de cláusulas lícitas o el ejercicio de cláusulas abusivas.

La sentencia de segunda instancia tocó el tema solo de manera tácita, englobando estas consideraciones en el tratamiento de la teoría del abuso del derecho, tal y como se señaló más arriba.

En cualquier caso, el tema merece atención en aras de responder las preguntas que se fueron formulando en el desarrollo de este análisis. La libertad contractual de la actora, ¿se vio afectada por tratarse el vínculo de un contrato de adhesión? Si bien el caso fue juzgado a la luz de la normativa anterior vigente (Código Civil), parece aceptable traer a colación (al puro efecto especulativo) la definición superadora (11) acerca de este tipo de contratos contenida en el art. 984, Cód. Civ. y Com.: "El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

Si bien esta norma no estaba vigente al tiempo de acaecimiento de los hechos de marras, la construcción jurisprudencial y doctrinal había ya arribado a definiciones parecidas, dejando en claro que se trataba de una modalidad de contratación lícita (aunque abogados e incluso jueces suelen utilizar la terminología de manera peyorativa o como cubierta por un manto de sospecha).

Ciertamente, los contratos de adhesión suponen un menoscabo a la libertad contractual paritaria, al verse el adherente ante la opción —impuesta por el predisponente— de aceptar los términos del contrato como están o no aceptarlos, sin posibilidad alguna de discutir su contenido. Continuando con el análisis especulativo, el art. 988 del Cód. Civ. y Com. establece claras directrices para detectar cláusulas abusivas en este tipo de contratos: a) cuando desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b) cuando supongan renuncia o restricción a derechos del adherente o amplíen derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las llamadas cláusulas sorpresivas o inesperadas.

Descartado este último ítem, huelga preguntarse si la cláusula que permitía la modificación del contrato por parte de la demandada realmente recaía en uno de los tipos de cláusulas abusivas para contratos de adhesión descriptos como a) y b).

Resulta lógico que la modalidad contractual de adhesión genere cautela y reparos al tratarse de contratos que involucran a consumidores o grupos vulnerables. ¿Pero es razonable que así sea cuando quienes contratan son dos empresas, más allá de la asimetría económica que pueda existir entre ellas? En este sentido se expresa Krieger al decir: "Sostenemos, además, que en los contratos de adhesión empresariales la limitación de la autonomía de la voluntad se manifiesta en forma diferente, dado que el empresario al momento de adherir hace todo un análisis de conveniencia o no del negocio, a diferencia de los individuos" (12).

Por esta línea de razonamiento inevitablemente se regresa al cuestionamiento acerca de los alcances del riesgo empresario (tema que lamentablemente no recibió tratamiento por parte de la Cámara).

V.3. Abuso de posición dominante en el mercado y abuso de situación de dependencia económica

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia aludieron en sus considerandos a la "posición dominante de la demandada", a la hora de elaborar los fundamentos de sus resolutorios.

En primera instancia se dijo, por ejemplo, que "el carácter de dominante de la demandada no implica en sí obrar antijurídico" y también que "detentar una posición dominante en una relación contractual no implica de suyo obrar abusivo" (13). Al agravarse la accionada por el mote de "dominante", la Cámara eludió el tratamiento de la denominación técnica y la subsumió nuevamente en la necesidad de distinguir si hubo o no "actitud abusiva" de AMX.

La cuestión no es menor o irrelevante, porque la alusión a una "posición dominante" no es estéril en materia

jurídica, en tanto bajo ella subyace una construcción doctrinaria (hoy reconocida legalmente) que posee valoración claramente negativa.

En efecto, el instituto de posición dominante en el mercado, se encuentra legislado por la Ley de Defensa de la Competencia (vigente desde el año 1999). El art. 1° señala que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas (...) que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

Los arts. 5° y 6° de la mencionada ley 25.156 dejan en claro cuándo se está ante una posición dominante. Y esto es cuando ante un producto o servicio se es el único oferente o demandante, o cuando sin ser el único no está expuesto a competencia sustancial o cuando por el grado de integración está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor de ese mercado.

Así las cosas, no parece que la demandada (empresa de telefonía móvil) pudiera ser acusada de ocupar una posición dominante en el mercado, correspondiendo entonces descartar la calificación ensayada por la resolución de primera instancia.

La sentencia de Cámara, como se dijo, prefirió no adentrarse en este análisis (¿dándolo por supuesto?) y concentrarse en la idea de abuso del derecho, instituto sobre cuya vaguedad e imprecisión ya se ha escrito más arriba.

Sin embargo, en esta línea de razonamiento, se hace obligatorio analizar la relación que pudiera existir entre el abuso del derecho y la posición dominante en el mercado. Es decir, establecer si acaso se vinculan como género y especie (lo que justificaría el silencio de la resolución de Cámara) o si se trata de institutos muy distintos.

Sobre el particular, esta última parecería ser la posición más razonable. Es que, bien visto, mientras el abuso del derecho parte de una conducta legalmente admitida, el abuso de posición dominante del mercado parte de una conducta prohibida y sancionada por la ley. Es más, el abuso del derecho parte de la existencia de un derecho subjetivo cuyo ejercicio entra en conflicto con otro no tutelado por una norma. Es decir que el conflicto estriba en la forma de ejercicio del derecho subjetivo. A su vez, en la posición dominante en el mercado, el ejercicio antifuncional del derecho se encuentra específicamente sancionado por una norma que tutela el interés de terceros concurrentes en el mercado [\(14\)](#) [\(15\)](#).

Así, ante la imprecisión del supuesto abuso del derecho ejercido por la demandada, la imposibilidad de otorgar connotación negativa al contrato de adhesión o de explicitar por qué se estaba ante cláusulas abusivas, y ante la inconveniencia de calificar su situación como posición dominante en el mercado, realmente no quedaban elementos claros para justificar su eventual incumplimiento contractual.

Quizás una figura que podría haber jugado un papel importante era la del abuso de situación de dependencia económica. Este instituto, al momento de acaecimiento de los hechos que dieron origen al litigio, era todavía una construcción del derecho comparado. Recién durante el año 2019 fue introducido a la legislación nacional mediante el DNU 274/2019.

Conocido como *abuse of superior bargaining power* (abuso de poder de negociación superior), se presentó luego aquí como "abuso de situación de dependencia económica". El art. 10, inc. d), del decreto en cuestión lo define con explicitud como "explotar la situación de dependencia económica en que pueda encontrarse una empresa cliente o proveedora que no disponga de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad en el mercado. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además, de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente, de forma regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares".

Sin embargo, aun cuando hubiera sido posible echar mano a este instituto, no obstante, habría que haber analizado seriamente la esquiiva idea de riesgo empresarial y la conducta de la actora. Bien se dijo al respecto: "Repárese que, si una empresa se ha colocado deliberadamente en una posición de dependencia económica, no puede reclamar la aplicación de esta figura" [\(16\)](#).

VI. Ir contra el acto propio

El catálogo de ultrajes a la buena fe no estaría completo si este rico fallo no tratara también sobre la doctrina del acto propio.

Como se dijo más arriba, la alzada entendió que la pretensión de la actora relacionada con comisiones mal devengadas o no devengadas constituía una evidente demostración de mala fe a la hora de demandar.

En efecto, la inclusión de estos rubros en el libelo introductorio suponía ir contra los propios actos desplegados por la accionante durante la vigencia del contrato, en tanto que entre los años 2006 y 2012

suscribió acuerdos de conciliación (reconocimiento recíproco de no existencia de deudas) y hasta 2014 continuó ejecutando el contrato sin presentar objeción formal alguna.

La doctrina del acto propio, también llamada "deber de coherencia" (17), consiste en un principio del derecho que impide a un sujeto colocarse en un proceso judicial en contradicción con su anterior conducta (18).

Es, a las claras, un principio escindido de la buena fe y la necesidad de coherencia. Toda pretensión de buscar su origen en el principio lógico de no contradicción (19) es forzada, por cuanto implica confundir una operación lógica con una regla moral. O, dicho de otro modo, confundir una contradicción lógica con una incoherencia en la conducta. No son niveles de comparación asimilables, y asumirlo así puede generar errores de razonamiento severos.

Para que resulte inadmisibles el ejercicio contradictorio de un derecho subjetivo se han señalado los siguientes requisitos (20):

a) La conducta vinculante: es necesario que se haya practicado una conducta determinada que afecte a una esfera de intereses. Esta conducta podrá ser expresa (como los "convenios de conciliación" mencionados en el fallo) o tácita, basada en hechos concluyentes o facta concludentia (como, p. ej., la ejecución del contrato sin hesitaciones desde el año 2012 al 2014).

b) La conducta contradictoria: que necesariamente debe darse dentro de un proceso judicial.

c) Contradicción: las conductas deben ser contradictorias, esto es excluyentes. Repárese en que el requisito es la contradicción y no la contrariedad. No bastan conductas contrarias, sino que se requiere que sean incompatibles y excluyentes una de otra.

d) Dos sujetos identificables: resulta necesaria la existencia de dos sujetos, uno activo o titular de la pretensión contradictoria y otro pasivo destinatario de la pretensión.

De manera prístina A. Borda capta la esencia del instituto al decir: "Es dable exigir a las partes un comportamiento coherente ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a actos anteriores— se ha suscitado en el otro contratante. Ello es así por cuanto no solo la buena fe, sino también la seguridad jurídica, se encontraría gravemente resentida si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con la asumida anteriormente" (21).

VII. Conclusión

Como se dijo al dar inicio al estudio de este fallo, todo el andamiaje normativo nacional en materia de contratos (anterior y actual) se construye sobre el cimiento incuestionable e imprescindible de la buena fe. Un término relativamente fácil de conceptualizar e inteligir, pero muy dificultoso a la hora de definir. Quizá por eso, analizar las distintas formas que puede asumir la mala fe contractual sea una herramienta adecuada para demarcar los límites de esa definición esquivada.

El fallo comentado posee en este sentido una riqueza particular para exponer situaciones fácticas y jurídicas que fueron presentadas a la prudencia del juzgador, más allá de que cada lector concuerde o no con la solución a la que se arribó.

Pero la prudencia no es virtud que corresponda solo a los jueces, sino también a los abogados, como operadores de la justicia. En este sentido, el fallo también deja consejos importantes acerca de cómo trazar estrategias para demandar, evitando reclamos improcedentes y desmedidos, para que las victorias judiciales no terminen en victorias pírricas.

(*) Abogado (UCC). Viramonte Abogados - Socio, SC LEGAL NETWORK - Director. Doctor en Política y Gobierno (UCC, 2016). Doctor en Gobierno y Administración Pública (UCM). Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCC). Presidente de AEDSIA. Vocal de Comisión Directiva en AIDA.

(1) Extracto del pto. b) de los considerandos ("Prueba de la abusividad").

(2) Ibid.

(3) Extracto del pto. 4 de los considerandos.

(4) Ibid. Con cita: ROUILLON, Adolfo N.A., "Código de Comercio comentado y anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 452 y ss.

(5) Extracto del pto. 4.c. de los considerandos.

- (6) Extracto del pto. 4.5.2 de los considerandos.
- (7) SPOTA, Alberto G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, vol. I, p. 52.
- (8) LOUTAYF RANEA, Roberto G., "Abuso del derecho", SJA 17/06/2015, 24, AR/DOC/5027/2015.
- (9) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", Ed. Dykinson, Madrid, p. 118.
- (10) VIGO, Rodolfo L., "Consideraciones iusfilosóficas sobre el abuso del derecho", RDPyC1998-16, "Abuso del derecho", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, ps. 287-318.
- (11) STIGLITZ, Rubén S., "Teoría general del contrato: paralelo entre la reforma al Código Civil francés y el Código Civil y Comercial argentino", RCyS 2017-X, 30, AR/DOC/2242/2017.
- (12) KRIEGER, Walter F., "Sobre cláusulas abusivas en el nuevo Código. Su aplicación a los contratos paritarios y de consumo", LA LEY, Sup. Actualidad, p. 1, año LXXIX, nro. 115, 23/06/2015.
- (13) Extracto del consid. d.2.
- (14) ACOSTA, Miguel Á., "Abuso de posición dominante en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 03/05/2017, 03/05/2017, 1, AR/DOC/4950/2016.
- (15) MARZORATTI, Osvaldo J., "El abuso de la posición dominante (algunas reflexiones sobre el interés económico general)", Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018 (octubre), 12/10/2018, 199, AR/DOC/2102/2018.
- (16) PETRECOLLA, Diego — BIDART, Marina, "Abuso de situación de dependencia económica y abuso de posición dominante", Sup. Esp. Comp. Desleal. DNU 274/2019 2019 (agosto), 08/08/2019, 133, AR/DOC/2823/2019.
- (17) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., "La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprio non valet", tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2012, p. 34, disponible en la web de la Universidad de Salamanca.
- (18) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "La doctrina de los actos propios y la declaración tácita de la voluntad", LA LEY, 1985-A, 1000 - RCyS 2017-III, 251, AR/DOC/12892/2001.
- (19) JARAMILLO JARAMILLO, Carlos I., ob. cit., ps. 44-46.
- (20) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit.
- (21) BORDA, Alejandro, "La teoría de los actos propios", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 53.