

## Gas Natural Comercialización Y Entrega Diferencias De Cambio Intereses Morigeración De Intereses Clausula Penal

### JURISPRUDENCIA

Gas natural. Comercialización y entrega. Diferencias de cambio.

Intereses. Morigeración de intereses. Clausula penal Se confirma -en lo principal- la sentencia que condenó a la demandada a pagar la suma de dinero adeudada en concepto de diferencias de cambio originadas por la comercialización y entrega de gas natural para consumo, con más la penalidad acordada conforme el interés contractualmente estipulado, siempre que no excediera el límite del 6% anual.

En Buenos Aires, a los 15 días del mes de marzo de dos mil dieciocho, reunidas las señoras Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por ?GAS MERIDIONAL S.A.? contra ?SUPREMO S.A.? sobre ?ORDINARIO? (Expte. N° 35827/2015) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Vocalías N° 5, N° 4 y N° 6. Dado que la N° 5 se halla actualmente vacante, intervendrán las Dras. Matilde Ballerini, María Lilia Gómez Alonso de Díaz Cordero (art. 109 RJN). Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La señora Juez de Cámara Doctora Matilde E. Ballerini dijo: I. Gas Meridional S.A. demandó a Supremo S.A. solicitando que se la condene a pagar la suma de pesos cuarenta y siete mil doscientos ocho con 50/00 (\$47.208,50) en concepto de diferencias de cambio originadas por la comercialización y entrega de gas natural para consumo de la demandada; y la suma que resulte de aplicar la penalidad acordada en la cláusula 11 de la Carta Oferta del 25/11/2014, con más intereses y costas. II. La sentencia dictada a fs. 325/333, a cuya exposición de los hechos me remito para evitar reiteraciones estériles, admitió la demanda condenando a ?Supremo? a pagar la suma de pesos cuarenta y siete mil doscientos ocho con cincuenta (\$ 47.208,50), con más los intereses pactados desde la fecha de vencimiento de cada nota de débito hasta el efectivo pago, siempre y cuando no supere dos veces y media la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días; y la penalidad expresada en dólares estadounidenses setenta y cinco mil trescientos treinta y nueve con 12/00 (u\$s 75.339,12), con más intereses calculados a una tasa del 8% anual, o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio oficial. Para así resolver, el Sr. Juez de primer grado concluyó que el CCCN resultaba aplicable al caso de autos atento haber la pretensora fundado su reclamo en esa nueva normativa (ver fs. 185 vta.); y a lo manifestado por las partes a fs. 298 y 300 en respuesta al requerimiento de fs. 297. Tuvo presente el allanamiento a la pretensión principal, pero desestimó el planteo de la demandada relativo a la no aplicación de los intereses contractualmente pactados en tanto no fue incoado en el momento procesal oportuno. A su vez, desestimó la nulidad de la cláusula penal planteada por la accionada al no encontrar pruebas suficientes que acreditaran que haya habido abuso al momento de su negociación. Tampoco admitió su morigeración en base al principio de inmutabilidad y por haberse fijado por acuerdo de partes.

Por último, impuso las costas a la demandada vencida. III. Contra el decisorio se alzó la defensa a fs. 335 y expresó agravios a fs. 342/361 que fueron contestados a fs. 363/375. Las críticas de la accionada transitan -en sustancia- por los siguientes carriles: 1) la admisión del pago de los intereses sobre la suma reconocida por diferencias de cambio y la tasa utilizada; 2) el rechazo del planteo de nulidad de la Cláusula 11 del contrato; 3) la denegación de la petición de morigerar la multa allí prevista; 4) los intereses a devengar sobre la cláusula penal calculados a una tasa del 8%; e 5) la imposición de costas a su parte (fs. 361, punto 3). IV. Trataré a continuación e l primero de los agravios. A fs. 206 vta. ?Supremo? se allanó total, incondicionada y oportunamente al reclamo por diferencias de cambio; y nada dijo sobre los intereses sino recién hasta el tiempo en que presentó su alegato (fs. 315/315vta.). Con fundamento en el CPr. 330, ahora se agravia porque considera que la accionada debió expresar la suma precisa pretendida en concepto de intereses y que éstos deben ser devengados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. El tema del cálculo y devengamiento de intereses sobre el capital constituye un argumento que la accionada introduce en el proceso fuera de la oportunidad prevista en el código de rito y por ende extralimita el ámbito de conocimiento de este tribunal a la luz de lo dispuesto por el art. 277 del CPr. El artículo mencionado establece que la actuación de la alzada posee dos límites. Uno referido a la consideración de los agravios, pues ése es el ámbito de su actuación jurisdiccional, límite que corresponde al principio *Atantum devolutum quantum apelatum*. En lo que atañe al segundo límite de potestad del tribunal de revisión, el mismo tiene vinculación con la actividad previa del impugnante, ya que el contenido de la fundamentación del recurso debe encontrarse enmarcado dentro de la aludida esfera previamente limitada cual es el planteo introductorio que tiende a la determinación del *thema decidendum*. Por regla, no pueden ser sometidas a consideración del tribunal de apelación las cuestiones que no fueron oportunamente debatidas en la instancia anterior (Fallos 298:492), y dado que la defensa mencionada no ha sido interpuesta en el momento oportuno, la misma no puede ser tratada en este decisorio. Nótese que las partes pactaron que las sumas adeudadas devengarían un interés diario del 1,8

por mil desde el vencimiento de cada obligación hasta la fecha del efectivo pago (Ver Cláusula 7 de los Términos y Condiciones de la Carta Oferta del 25/11/2014, reservada en sobre N° 35827, fs. 173 y 176) y en la demanda se reclamó que sean aplicadas tales pautas al momento de sentenciar (ver fs. 181). Con lo cual, la demandada pudo plantear en el momento oportuno la defensa que ahora pretende incoar. En este camino, juzgo razonable lo decidido por el magistrado de la anterior instancia en punto a los intereses a devengarse sobre las sumas en pesos adeudadas por diferencias de cambio. Sin perjuicio de la admisión de la procedencia de los intereses pactados, coincido con la facultad reconocida a los magistrados de morigerar los réditos susceptibles de ser calificados de "excesivos" o "usurarios", en supuestos en que, por las circunstancias del caso, se pone en evidencia un cuadro de desproporción de los valores económicos en juego, en atención al tipo de moneda pactada y la tasa utilizada, situación que torna necesaria su recomposición en términos de justicia (C.N.Com., esta Sala, mi voto in re "Garantizar S.R.L. c/ Zienka, Claudia s/ ejecutivo", del 11/03/10). Desde la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial, esta prerrogativa se encuentra expresamente regulada en el art. 771. Dicha facultad refiere a supuestos donde la tasa o su capitalización conlleve a un resultado disvalioso que exceda el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares, y evidencie una clara desproporción de los valores económicos en juego que prescinda de la realidad económica que se tuvo en mira (C.N.Com., esta Sala, in re "Inger Mirta Carmen c/ Cuevas Carlos Alberto y otros s/ ejecución prendaria", del 8/09/16). Sobre tales premisas, en ejercicio de la potestad morigeradora que al órgano judicial confiere el art. 771 C.C.C.N., y considerando que el límite impuesto por el Sr. Juez de primera instancia respeta lo pactado por las partes al momento de contratar y cumple con la norma mencionada, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en este sentido. V. La quejosa también se agravia por el rechazo del planteo de nulidad de la Cláusula 11 de los Términos y Condiciones de la Oferta del 25/11/2014, que dice: "Durante el plazo de vigencia del acuerdo resultante de la oferta el COMPRADOR se obliga a tomar mensual y exclusivamente de GM las cantidades de Gas Natural que consuma la planta según lo indicado en la oferta. Si el COMPRADOR incumpliera este compromiso, deberá abonar a GM como penalidad, una suma que resultará de multiplicar el precio vigente por la cantidad de gas recibida y/o consumida por el COMPRADOR en la planta que no hubiese sido nominada a GM. El pago de esta penalidad deberá efectuarse dentro de los 7 (siete) días corridos de recibida la factura. La falta de pago de la penalidad autorizará a GM a resolver el acuerdo resultante de la oferta y a exigir los daños y perjuicios correspondientes" (ver fs. 177 del sobre reservado n° 35827). De las constancias de la causa surge que las partes estuvieron vinculadas durante casi 3 años, por las ofertas que "Supremo" remitió con fecha 26/04/2013, 27/12/2013, 06/05/2014 y 25/11/2014, todas con idénticos términos y condiciones; y que "Gas Meridional" aceptó. En ese lapso y hasta mayo de 2015 las entregas se desarrollaron normalmente; ninguna de las cláusulas contractuales fue motivo de queja sino hasta la interposición de esta acción. También se advierte que entre mayo y diciembre de 2015 "Supremo" no tomó los volúmenes de gas estipulados en la última Carta Oferta. En este sentido, a fs. 230 "Camuzzi Gas Pampeana" informó que a partir de mayo 2015 fue "Energía y Soluciones" quien proveyó de gas natural a la demandada por un precio que ésta consideró más conveniente que el acordado previamente. Los motivos que alentaron a "Supremo" a cambiar de comercializador no fueron demostrados. En este camino, alega -sin probar- que la pretensora no accedió a su pedido de reducir el precio en razón de que el valor del gas en el mercado habría disminuido (fs. 351 y vta. / 352). El 22/07/2015 "Gas Meridional" intimó al pago de las notas de débito adeudadas desde julio de 2013 a mayo de 2015 con más los intereses pactados (fs. 14/17) y el 03/08/2015 hizo lo propio en relación a la penalidad establecida en la Cláusula 11 (fs. 9). En autos no está acreditado si tales cartas documento -que fueron expresamente reconocidas por la demandada a fs. 205 vta.- recibieron respuesta. Si bien el silencio es neutro y no implica una manifestación de voluntad, esta regla cede cuando -como sucede en el caso- existe obligación de expedirse (CCCN art. 263). En este marco, considerando las obligaciones asumidas en la Carta Oferta del 25/11/2014, su silencio ante la CD en que se la intimó a pagar la multa, podría ser interpretado como aceptación de ese reclamo (Ricardo Luis, Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2015, Tomo II, pp. 38/39, Sta. Fe). Aunque ello sería suficiente para rechazar la queja, en la causa existen además otros elementos que sellan la suerte de su reclamo. Así de las constancias de autos, surge indubitable que a partir de mayo de 2015, "Supremo" no solo dejó de tomar las cantidades de gas establecidas, sino que además nunca pagó la penalidad contractualmente estipulada. Y si bien alega que la Cláusula 11 resulta incompatible con otras disposiciones contractuales, como la Cláusula 14 que faculta la resolución anticipada en caso de incumplimiento; lo cierto es que las partes acordaron que en caso de resolución del acuerdo por incumplimiento del comprador, el vendedor tendría derecho a reclamar el pago de la deuda pendiente con más sus intereses y los daños ocasionados. Pero además, la falta de pago de la penalidad facultaba al vendedor para resolver el contrato y exigir los daños correspondientes (Ver Carta Oferta, fs. 177 Cláusula 11, último párrafo y fs. 178, Cláusula 14.1. último párrafo, reservada en sobre N° 35827). Por ende, la resolución del contrato no la exime de pagar la penalidad prevista en la Cláusula 11. Siendo así, no solo no se observa una incompatibilidad alguna entre las normas del contrato; sino que además, yerra la demandada al considerar que la disposición bajo análisis únicamente podría tener algún sentido en el supuesto que la parte actora hubiera adquirido y luego

veteado el producto, pero que ello no sucedió porque no probó su adquisición (fs. 352 vta.). Por el contrario, su efecto útil radica en que por su naturaleza es una cláusula penal mediante la que las partes prefijaron el resarcimiento del perjuicio derivado del incumplimiento obligacional (CCCN, art 790). El acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no los padeció (CCCN, art. 794, primer párrafo). En otras palabras, acreditado el incumplimiento, el deudor no puede liberarse de pagar la pena alegando que el acreedor no sufrió un perjuicio. Como contracara, el acreedor no puede reclamar una indemnización mayor que la pactada. El presupuesto que motiva la aplicación de la pena es el incumplimiento, no el daño (Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., Tomo V, p. 230). En el sub lite las penalidades pactadas tienen la finalidad de castigar el incumplimiento tanto del comprador como del comercializador (CCCN, art. 797). En este camino, cabe destacar que ?Supremo? se comprometió a adquirir ciertas cantidades de gas natural a término y en firme. Lo usual en este tipo de modalidad contractual es que el comprador se obligue a tomar las cantidades de gas estipuladas o a pagar una penalidad por no recibirlas (ello se conoce como ?take or pay? es decir ?tomar o pagar?) como quedó plasmado en la Cláusula 11. En contrapartida, el vendedor se obliga a entregar determinadas cantidades de gas o pagarlas para el caso en que no las suministre (estipulación ?delivery or pay? que significa ?suministrar o pagar?). Esta última modalidad, es la que receiptó la Cláusula 10, constituyendo un espejo a lo dispuesto en la Cláusula 11, al establecer que si ?Gas Meridional? no entregaba los volúmenes de gas comprometidos debería pagar una penalidad por su incumplimiento. No se advierte nada abusivo o irrazonable en las estipulaciones contractuales supra referidas, considerando que ambas partes detentaban una obligación en idéntico sentido y que ello es usual en el mercado para una contratación en firme y a término. Por lo demás, observo que el pedido de nulidad es incompatible con las conductas previas, jurídicamente relevantes y propias de la defendida como la de incluir ambas disposiciones en la oferta que remitió el 25/11/2014. De este modo, su pretensión afecta injustificadamente la esfera de intereses de ?Gas Meridional? que suponía estar protegido por las estipulaciones contractuales propuestas en las que había depositado su confianza (Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit, Tomo VI, pp. 134/135). Nótese, además, que dicha oferta es la cuarta celebrada entre las partes en los mismos términos, con lo cual de considerar Supremo que las cláusulas eran abusivas, debería haber cambiado de proveedor antes de firmar una nueva. En cualquier caso, es indubitable que los actos y declaraciones anteriores de ?Supremo? generaron una expectativa razonable sobre que al haberlos emitido permanecería en ellos. Una interpretación en otro sentido, conculcaría el deber legal impuesto al Juzgador de proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente (CCCN art. 1067). En este marco, no encuentro razones que permitan considerar que la cláusula bajo análisis sea abusiva, nula o inaplicable en autos. El agravio se rechaza. VI. Subsidiariamente, la recurrente plantea la morigeración de la cláusula penal. Solicita que se fije una suma no superior a la que la actora hubiera ganado, de modo neto, si el contrato hubiese continuado y destaca que los precios del gas natural para el período de mayo a diciembre 2015, eran inferiores al pactado (fs. 353/356). La regla es la conservación y estabilidad de la cláusula penal en razón de originarse en un acto voluntario. El Juez debe respetar la voluntad de los contratantes interpretándola a la luz de la intención común de las partes y al principio de buena fe (CCCN arts. 9, 961 y 1061). Sabido es que la expresión ?intención común? apunta al significado que cabe atribuir a la declaración de voluntad que se traduce en afirmaciones o conductas. De esta manera no solamente ha de considerarse la buena fe al momento de interpretar una estipulación contractual, sino además su razonabilidad. Tal conclusión resulta lógica desde que la aplicación del principio de buena fe importa que -en un caso concreto- el hombre confía que una declaración de voluntad surtirá los efectos habituales que -por lo general- se producen en circunstancias similares. Ese reenvío a la realidad, constituye la conexión con la razonabilidad que exige conducirse de acuerdo con aquello que resulta habitual en el mercado, es decir de conformidad con el sentido que una persona razonable hubiese conferido a la declaración de voluntad en las mismas circunstancias (Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., Tomo VI, pp. 123/125). Y si bien es cierto que, excepcionalmente, siempre que concurren ciertos elementos subjetivos y objetivos que en su conjunto configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor, los Jueces están facultados para reducir las penas (CCCN art. 794, segundo párrafo); ninguno de tales extremos se plantea en autos. Ello desde que el monto de la penalidad no resulta desproporcionado con la gravedad de la falta, habida cuenta del valor de las prestaciones comprometidas; ello en tanto la pena consiste en el pago de las cantidades de gas natural no tomadas y las partes acordaron una tasa de interés a devengarse en caso de mora. Tampoco, se advierte una situación de debilidad de ?Supremo? de la que ?Gas Meridional? pudiera haberse aprovechado. Independientemente de que la demandada incluyó la Cláusula 11 en la oferta del 25/11/2014 y que durante años esa estipulación integró los términos que vincularon a ambas partes; se trata aquí de un acuerdo entre comerciantes que por su profesionalidad y conocimientos técnicos debieron estar en condiciones de prever las consecuencias de sus pactos y de su conducta (CCCN 1725). En virtud de las consideraciones precedentes, la queja se rechaza. VII. La apelante se queja por la condena de intereses devengados sobre la cláusula penal y alternativamente solicita que éstos sean morigerados a una tasa de interés del 6% anual no capitalizable sobre las sumas en dólares de la multa, en lugar de la tasa del 8% anual que determinó el pronunciamiento apelado (fs. 354). Nada impide que la multa devengue intereses en el caso de que se

incumpla lo estipulado en la cláusula penal. En el sub iudice, así lo pactaron las partes para cualquiera de las obligaciones del acuerdo, como surge de la Cláusula 7 que dice: "El COMPRADOR incurrirá en mora de pleno derecho y sin necesidad de intimación previa, judicial o extrajudicial alguna, por el sólo vencimiento del plazo estipulado para el cumplimiento de la obligación de que se trate. Las sumas adeudadas devengarán intereses a la Tasa establecida en la Oferta desde la fecha de vencimiento hasta la fecha del efectivo pago" (ver fs. 178 de los Términos y Condiciones de la Oferta del 25-11-2014 reservada en sobre N° 35827). Se trata de intereses moratorios que se devengan ipso iure a partir de la mora y tienden a compensar el valor del dinero en el tiempo (CCCN 768). Por ello el reproche no prosperará en este sentido. No obstante, adelanto que distinta suerte correrá el planteo subsidiario en punto a su morigeración. De conformidad con las pautas fijadas por esta Sala para los supuestos de condena en moneda extranjera, se estipula un interés del 6% anual (C.N.Com., esta Sala, in re "Gas Natural Ban S.A. c/ Linera Bonaerense S.A.", del 26/06/14; id. in re "Acevedo Carlos c/ Zurich International Life", del 30/12/09; entre otros). Sin embargo, como indiqué supra, las partes pactaron un interés por mora diario del 1,8 por mil (ver fs. 173 y 176, Carta Oferta del 25/11/2014, reservada en sobre N° 35827). En razón de ello, juzgo aplicable sobre el monto de la multa el interés contractualmente estipulado, siempre que no exceda el límite del 6% anual. En punto a la fecha desde la cual se devengará el dies a quo, cabe señalar que si bien de fs. 9 surge que mediante CD del 03/08/2015 "Gas Meridional" intimó el pago de la penalidad, en autos no se presentó la factura a que se refiere el antepenúltimo párrafo de la Cláusula 11 a partir de cuya recepción comienza el periodo de siete días corridos para pagarla (fs. 177 sobre N°35827). En este orden de ideas, considero que los intereses deberán calcularse desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la del efectivo pago. La queja se admite parcialmente. VIII. Finalmente, el agravio relativo a las costas también será desestimado en tanto la quejosa no fundó su petición de modificar la imposición y, más allá del allanamiento ofrecido, la actora se vio obligada a incoar la presente demanda para la satisfacción de su reclamo. En relación a las costas de esta Alzada, atento la forma en que se decide se imponen en el orden causado. Por ello, se rechaza el agravio. IX. Como corolario de lo expuesto, si mi criterio es compartido por mis distinguidas colegas, propongo al Acuerdo: 1) admitir parcialmente el recurso de fs. 335, y en consecuencia 2) confirmar en lo principal que decide el pronunciamiento de fs. 325/333, modificándola con el alcance que surge del punto VII y 3) imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Así voto. Por análogas razones la Dra. Gómez Alonso de Díaz Cordero adhirió a la conclusión propiciada por su distinguida colega. Con lo que terminó este acuerdo que firmaron las Sras. Jueces de Cámara Matilde E. Ballerini, María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero. Es copia del original que corre a fs. 1833/42 del libro de Acuerdos Comerciales. Sala B. RUTH OVADÍA SECRETARIA DE CÁMARA Buenos Aires, 15 de marzo de 2018. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que precede se resuelve: 1) admitir parcialmente el recurso de fs. 335, y en consecuencia 2) confirmar en lo principal que decide el pronunciamiento de fs. 325/333, modificándola con el alcance que surge del punto VII y 3) imponer las costas de esta instancia en el orden causado. Regístrese y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 3/11 y 38/13 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la Publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/13 CSJN. MATILDE E. BALLERINI MARÍA L. GÓMEZ ALONSO de DÍAZ CORDERO 029865E