Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

RAWSON, 24 de Febrero de 2012.-

------ VISTOS:----------

------ Estos autos caratulados: **"S. S. c/Cooperativa Eléctrica de Consumo y Vivienda Ltda. De Trelew s/ Contencioso Administrativo" (Expte. N º 22.393 -S-2.011)**.----------

------ DE LOS QUE RESULTA:----------

------ Que la firma S. S. cuestionó ante el Órgano Municipal Regulador de los Servicios Públicos –OMRESP- de Trelew, el encuadre tarifario por prestación de energía eléctrica a su planta industrial, efectuado por la Cooperativa Eléctrica de Consumo y Vivienda Ltda. de esa ciudad.--------
---

------ El citado Organismo, determinó que la Concesionaria del Servicio de Distribución Eléctrica provee a la recurrente -en su Planta de Tintorería- un suministro en Baja Tensión, correspondiendo aplicar al mismo la tarifa T3BT. Mientras que -en su Planta de Hilandería- el suministro proveído es en Media Tensión, correspondiendo aplicar la tarifa T3 MT, otorgándole a quien reclamara un plazo para que adecue a su costo las instalaciones para este tipo de medición, por Resolución N° 25/10 –acompañada a estos autos a fs. 5/14.----------

///

///--- Contra esta decisión, la firma nombrada intenta lo que nomina “Recurso de Apelación” -en verdad acción contencioso-administrativa - en el marco de Ley XVI N° 46 (antes Ley N° 3098 de Corporaciones Municipales) ante la Cámara de Apelaciones de Trelew, que por Sentencia Interlocutoria N° 2/11 –Sala “B”- (fs. 73/86 y vta.)- confirma la Resolución N° 25/10 citada.----------

------ Impetra entonces S. S.–fs. 89- ante este Tribunal el Recurso de Apelación regulado por Ley XVI – N° 46.- Recibidos y puestos los presentes a disposición de la recurrente, a más de expresar agravios, ***solicita la producción de prueba pericial de ingeniero eléctrico o electromecánico*** (fs. 97/128 y vta.) aduciendo que el informe producido en sede administrativa fue realizado por un ingeniero electrónico por lo que no satisface con especificidad y plenitud el recaudo de idoneidad requerido para la materia. Transcribe similitudes y diferencias entre la ingeniería electrónica y eléctrica extraídas de la Enciclopedia en línea WIKIPEDIA.----------

------ Corrido el traslado de rigor, la Cooperativa Eléctrica de Trelew solicita se rechace el ofrecimiento formulado por S. S. (fs. 131/136 y vta.).- Entiende que habiendo consentido la apelante el informe técnico del OMRESP, procura ahora la apertura a prueba con la finalidad de dilatar el cumplimiento de sus obligaciones. Se pregunta por qué no lo impugnó en sede administrativa ni intervino en su confección siendo que fue notificada del día y hora en que se realizaría la inspección a la fábrica.- ----------

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

///--- **CONSIDERANDO**:----------

------ I.- Que la vía recursiva intentada es la prevista en el Art. 138 de la Ley XVI – N º 46 (antes Ley N º 3098) donde el conocimiento de este Cuerpo implica una *"… instancia de revisión de las decisiones adoptadas por las Cámaras de Apelaciones cuya competencia original le está dada a tener de lo dispuesto en el Art. 127* (actual Art. 132) *de la precitada ley …"* (S.D. N º 20/SRE/01, 13/SCA/07, 12/SCA/08, 116/SCA/11), siendo aquéllas Tribunales competentes de Primera Instancia y este Superior Tribunal su Alzada en la Segunda.----------

------ II.- Que -explica Víctor DE SANTO- la segunda instancia autoriza la presentación de nuevas pruebas o el intento de reproducir las que fracasaron en primera instancia, sólo excepcionalmente. Dice que el art. 260, inc. 2 CPN (se corresponde con el art. 263 del Código de rito provincial, Ley XIII – N° 5) autoriza a las partes, a través del instituto denominado "replanteo de la prueba" a ofrecer, dentro del quinto día de notificada la providencia a que se refiere el art. 259 CPN, *"las medidas probatorias denegadas en primera instancia o respecto de las cuales hubiese mediado declaración de negligencia"*, para lo cual deberá solicitarse la apertura a prueba en la alzada tal como lo prescribe el inc. 5-b del art. 260 CPN (La Prueba y los Recursos en los Procesos Ordinario y Sumarísimo. Ed. Universidad. Año 2010. Págs. 359/361).----

///

///--- Por su parte, enseña LOUTAYF RANEA que para que la prueba haya podido ser “mal denegada”, o se haya declarado equivocadamente la negligencia en su producción, resulta indispensable que la que se pretende replantear haya sido propuesta en primera instancia; y por el contrario, si no se ha ofrecido prueba alguna en ella tampoco se puede hacer uso de la facultad que acuerda el art. 260, inc. 2°, del Cód. Procesal. Sólo puede el juez de primera instancia pronunciarse denegando la prueba o declarando la negligencia en su producción cuando esa prueba le ha sido a él propuesta. (El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil. Ed. Astrea. Año 1989. Págs. 201/209).----

------ En sentido coincidente, expone el maestro FALCÓN que el replanteo requiere para su procedencia que se trate de las medidas de prueba de primera instancia, debidamente ofrecidas (aunque adolezcan de cualquier defecto formal) y denegadas allí (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ed. Abeledo Perrot. Año 2008. Tomo III, pág. 480).- Y el fundamento de ello está en que el juicio de apelación no tiene por finalidad revisar el procedimiento de primera instancia, salvo casos excepcionales, sino controlar la justicia de la sentencia, por ello, las situaciones que autorizan la apertura a prueba son enunciadas por la ley en forma limitativa, debiendo encuadrárselas en las hipótesis de hecho planteadas por la norma (conf. FENOCHIETTO–ARAZI. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ed. Astrea. Año 1983. Tomo I, pág. 830).----------

------ III.- Que ninguna prueba ofreció S. S. ante el a quo por lo que, si pretende cierta actividad probatoria en esta instancia, ///pesaba sobre ella

///

la carga de demostrar que su situación encuadra en alguno de los casos expresamente previstos por el art. 263 de nuestra ley procesal a efectos de convencer a este Cuerpo de la legitimidad de su petición.----------

---

------ Que fácil es advertir, que con su ofrecimiento tardío ante esta sede, la recurrente pretende suplir ahora la inactividad probatoria en la que incurrió en la instancia originaria. En efecto, y tal como acertadamente lo expusiera el fallo cuestionado, es allí donde debió ofrecer la pericial que ahora intenta se produzca, si pretendía cuestionar la especialidad del técnico designado perito en la sede administrativa.----------

------ Ha dicho la jurisprudencia: “En virtud de la correlación de los arts. 379 y 385, segundo parágrafo, del Código Procesal a que remite la norma del art. 260, inc. 2° del Código citado, sólo es admisible el replanteo de pruebas en la alzada y la consiguiente apertura a prueba en el caso de negligencias o caducidades mal decretadas o no ajustadas a derecho, siempre y cuando el peticionario justifique adecuadamente que de su parte no medio demora, desidia o desinterés en la producción de las probanzas pertinentes (conf. esta Sala, causas 4414/98 del 10.10.98; 159/93 del 3.10.96; 969/93 del 26.3.93; 5978 del 3.3.89; 5450 del 1.6.88 y sus citas; 5692 del 10.8.88, entre muchos otras). Lo ahora pretendido importa en realidad la introducción por la via elíptica de la apertura de la prueba en esta instancia, del aporte de un nuevo elemento probatorio, lo cual resulta manifiestamente improcedente, ya que de este modo se

///estaría permitiendo a una de las partes la producción de evidencias fuera del momento procesal oportuno, alterando así el carácter preclusivo que deben revestir las diversas etapas del debate procesal a fin de garantizar la igualdad entre las partes (conf. esta Sala, causas 8275 del 31.3.92)...” . (“S. L. S.A. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ incumplimiento de prestación obra social”. CNACCF, 5/11/04).----------

------ Si bien la opugnante reconoce la “orfandad probatoria” de la que adolece el proceso en relación a la cuestión técnica puesta a consideración a partir de la vía recursiva intentada, sorprendentemente, la achaca a uno de los Sres. Jueces del Tribunal apelado al expresar que “... *si hubiera estado tan preocupado e inquieto por buscar la verdad objetiva... en lugar de pretender hacer docencia y castigar a mi representada con opiniones de “su cuño”, debió válidamente utilizar las facultades que le otorga la ley de rito para ordenar medidas probatorias que le hubieran dado certeza a su voto ...”*, desentendiéndose así de la regla general del *onus probandi*.----------

------ Al respecto, tiene dicho reiteradamente dicho esta Sala, que “DEVIS ECHANDÍA cuando trata la noción de carga procesal en la teoría general del derecho expone que la relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos, determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, más o menos graves, como la pérdida de oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, e inclusive, la pérdida del proceso” (...) "La actividad de las partes es de fundamental importancia

///

///para la suerte de sus pretensiones o defensas, y esta actividad adquiere mayor relevancia cuando el proceso se rige por el principio dispositivo, en que la iniciativa probatoria se radica en las partes.- Las facultades que se reconocen al juez -limitadas- no excluyen el riesgo que representa la no aducción oportuna de las pruebas de los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones...- Las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas... si quieren obtener buen éxito, y evitarse perjuicios como resultado del proceso (Teoría General de la Prueba judicial -Tomo I-pág. 393).- Y, así es, que "la formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: secundum allegata et proba - quien alega un hecho debe probarlo.- La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester" (SD N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/SCA/97, 6/SCA/98) con cita de Hugo ALSINA y jurisprudencia de la CSJN).- Carga que asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que sustentan su pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla pretensión... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) no es caso (SD Nº 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99) ... “ (Del voto del Dr. ROYER en autos “L., M. ...” - S.D. N° 6/SCA/08 - ///con

cita de SD N° 6/SCA/98, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12 y 13/SCA/99, 4 y 10/SCA/00, 15/SCA/00, 11/SCA/06, 3/SCA/08).----------

------ Dado el carácter excepcional y limitado del replanteo y recepción de pruebas en la alzada, y atento que la petición de la apelante no cuadra en ninguna de las expresas situaciones prevista por la ley adjetiva, corresponde su rechazo. Con costas (arts. 69 y 70 Ley XIII N° 5 - antes arts. 68 y 69 CPCC).----------

------ Que según se resuelve, procede regular los honorarios profesionales del apoderado de la recurrida –Dr. E. J. U.- en el 20% de los que le resulten regulados en la sentencia a dictarse (arts. 46 y 32 Ley XIII N ° 4, texto sustituido por Ley XIII N ° 15; antes arts. 47 y 33 Dto. Ley N ° 2200), sin que le corresponden estipendios al representante procesal de la apelante –Dr. R. O. C.*“pues conforme fija el artículo 5° inciso d) de la Ley Arancelaria -Ley XIII N ° 4 -(antes Art. 6° Dto. Ley N ° 2.200 -T.O. Dto. N ° 138/99), concordante con su Art. 3°, la fijación de los honorarios para ser tenida por justa y válida debe guardar relación con el trabajo efectivamente cumplido, de acuerdo a los principios contenidos en el precepto citado.- Concordante con ello se ha sostenido que “El Art. 6° de la ley de arancel impone valorar el mérito de la labor profesional, la calidad, la eficiencia y la extensión del trabajo realizado, excluyéndose la posibilidad de retribuir tareas que resulten inoficiosas o inconducentes para la defensa de los intereses de su representado (cfr. C.S.J.N., sent. del 07.07.93, "Giordano Fiore c/ Autolatina Argentina S.A."). En consecuencia, sólo es procedente la regulación de honorarios respecto de aquellos profesionales que han ///realizado tareas idóneas*

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

con la finalidad perseguida, sin perjuicio del resultado obtenido o de la conclusión de la causa". (C.F.S.S., Sala II - Sent. int. 53421 -25/04/02 - "Flores, Andrés..." (F.-E.-H.)" elDial - AC21A1)" (S.I. N° 19/SCA/11).----------

------ Que por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia;---

---------- **R E S U E L V E:** ----------

------ 1°) **NO HACER LUGAR** a la apertura a prueba solicitada por la firma S. S.. I a fs. 97/128 y vta.----------

------ 2°) **COSTAS** a la vencida (arts. 69 y 70 Ley XIII N° 5 - antes arts. 68 y 69 CPCC).----------

------ 3º) **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. E. J. U. -Apoderado de la recurrida- en el 20% de lo que le resulte regulado en la Sentencia a dictarse por esta Alzada (arts. 46 y 32 Ley XIII N° 4, texto sustituido por Ley XIII N° 15; antes arts. 47 y 33 Dto. Ley N° 2200).----------

------ 4°) **REGÍSTRESE,** notifíquese y devuélvase.----------

///

La presente se firma con dos Miembros de la Sala por encontrase el Dr. Daniel Luis Caneo en uso de licencia.----------

Fdo. Dres. PASUTTI y ROYER.-
Recibida y registrada por Secretaría el 28 de febrero bajo el N ° 2/SCA/12.-

///