En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año 2013, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"E. M. S.A. c/ S. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 162- año 2011)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°1 de esta ciudad, (Expte. 198- año 2007) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada dictada a fs. 491/495 vta.? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme al orden de sorteo practicado a fs. 538.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1 – Antecedentes

Llegan los autos a esta Alzada a los efectos de tratar el recurso de apelación interpuesto a fs. 506 por la parte actora contra la sentencia dictada en primera instancia, el cual fuera concedido a fs. 507 y fundado a fs. 519/529, habiendo merecido respuesta su traslado por parte de la contraria a fs. 533/536.

2 – La sentencia

La sentencia objeto del recurso resolvió desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la parte demandada, con costas a cargo de la perdidosa, regulando los honorarios a los profesionales intervinientes. Asimismo, rechazó la demanda entablada por E. M. S.A. contra C. L. D. P. D. S. P. Y V. D. P. M. (S.), impuso las costas a la perdidosa y reguló los honorarios a los profesionales que actuaron en el proceso.

En lo que hace a la excepción, la demandada la basó en que el usuario del servicio era el Sr. M. B. y no E. M. S.A.. La magistrada del Inferior tuvo en cuenta el intercambio postal habido entre las partes previo a la iniciación de este proceso y a que si bien los medidores de energía eléctrica estaban a nombre del Sr. B., existieron notas emitidas por S. dirigidas a "E. M. S.A. - Sr. M. B.", lo cual demostró también que no obstante ser el Sr. B. el titular de los medidores, la demandada ha reconocido que la provisión del servicio se otorgaba a la empresa E. M. S.A. Por lo tanto y atento la conducta desplegada por la demandada con anterioridad al planteo que aquí efectuara y el carácter de la relación existente entre las partes, se consideró en la sentencia que la actora está habilitada para reclamar como lo hace, por lo que se rechazó la excepción.

Trata luego la sentencia la cuestión de fondo en la que se reclama el lucro cesante que la conducta de la demandada le ocasionó a la actora al privarla de energía eléctrica superior a 63 amper, de manera arbitraria, intempestiva, infundada y caprichosa, durante el período comprendido entre el 10 de Diciembre de 2005 y el 14 de Julio de 2006.

La sentenciante encuadró la problemática dentro del ámbito de la responsabilidad contractual. Es por ello que debe el acreedor, ha dicho la sentencia, acreditar no sólo su derecho a la prestación, sino también la relación preexistente entre ambas partes, el incumplimiento imputable al demandado a título de dolo o culpa y que el mismo genere un perjuicio al reclamante.

El contrato de provisión de energía eléctrica entre las partes está reconocido conforme lo expresa la magistrada del Inferior.

En cuanto al incumplimiento imputado a la demandada, se remite la Sra. Jueza al informe pericial de fs. 450 en el que el perito electricista determinó que para el funcionamiento de las máquinas de la actora al 10/12/2005 se requería una potencia de 300 KVA y que a ese momento la actora no tenía

contratada la cantidad de potencia que era necesaria y que sólo tenía contratada una potencia de 40 KVA conforme la categoría que tenía en ese momento (Comercio T2).

El mismo dictamen pericial -conforme la sentencia en tratamiento- hace referencia a la pericia efectuada por el Ing. R. B. en los autos "E. M. S.A. S/ AMPARO" en el que se determinó que la actora estaba consumiendo aproximadamente 100 Amperes, equivalentes a una potencia de 65 KVA, es decir, 15 KVA por encima del consumo autorizado por S. Concluye finalmente el dictamen sosteniendo que al momento de la rotura del medidor, diciembre de 2005, se encontraba haciendo uso de una potencia mayor a la correspondiente para la categoría Comercio T2 que ostentaba.

La sentenciante reconoce que la actora cuestionó el dictamen del perito oficial, sin aportar otros elementos que sustenten una interpretación distinta y particular de los conceptos allí analizados. Es por ello que, según la magistrada, no contó con elementos de entidad suficiente para apartarse del dictamen del perito C. P. por lo que desestimó el cuestionamiento de la reclamante.

A las conclusiones del perito P. debe agregarse, conforme la sentencia, lo informado por el Perito Contador C. (fs. 435) en el que se dice que M. B. ha ido variando la potencia contratada, que en sus inicios tenía asignada una potencia de 20 KW, en Febrero de 2007 por orden judicial le fue otorgado otro suministro y categoría, pasando a la de "grandes consumidores" con una potencia contratada de 80 KW.

En lo que hace a S. menciona una nota del 22/4/99 en la que se informa que se retiró el medidor de energía por destrucción total debido al exceso de carga y que en consecuencia pasará a revestir la categoría de gran consumidor y se recomienda cambiar el sistema de medición y corregir el factor de potencia. Refiere luego una nota del 29/4/99 del Sr. B. donde con respecto a la nota del 22/4/99 expresa que la sobrecarga fue por la

simultaneidad de equipos en funcionamiento, que dicha situación es temporaria y que en 30 días volverían al ritmo normal de consumo.

Menciona, por último, el art. 7 del Reglamento del S. E. d. l. C. en el que se establece que el usuario no podrá alterar la instalación domiciliaria ni aumentar la potencia declarada, sin haber obtenido la conformidad de la Cooperativa y que la misma podrá exigir la inmediata modificación de la instalación y/o retiro del exceso, suspendiendo el suministro si considera perjudiciales las transgresiones.

Lo dicho, según la magistrada del Inferior, permite concluir que la conducta desplegada por la demandada al tiempo en que la actora alega se produce el daño (10/12/05) no fue violatoria de las obligaciones asumidas en el contrato de suministro eléctrico que vinculara a las partes. Es más, agrega, es la propia actora quien no cumplió con los pasos necesarios para obtener una provisión de energía eléctrica mayor a la necesaria para el normal funcionamiento de la empresa, conforme lo dispone el Reglamento citado generando con ello el daño aquí reclamado.

Por lo tanto, ante la ausencia de comprobación de un obrar antijurídico imputable a la demandada y por aplicación de los arts. 1066, 1067 y 1111 del C.Civil, rechazó la demanda entablada.

3 – <u>Los agravios de la parte actora</u>

3.1) En primer lugar se agravia la reclamante en virtud de que a través del presente proceso ella pretende la reparación de los daños y perjuicios sufridos en razón de la restricción del suministro de energía eléctrica dispuesto por la demandada entre el 10/12/2005 y el 14/07/2006. O sea, deja en claro que los daños se produjeron por el accionar de la demandada durante el indicado período y no por su conducta al 10 de Diciembre de 2005 como erróneamente considera la sentencia.

Insiste en que no es por la interrupción del servicio al 10/12/2005 en que se basa su pretensión sino en los daños ocasionados por la restricción del suministro y la negativa de la demandada a proveer el mismo que prestaba con anterioridad y hasta el 14 de Julio de 2006. O sea, ratifica que la conducta antijurídica atribuida a la demandada es haberse negado a prestar el servicio público de suministro de energía eléctrica requerida por el usuario conforme lo había hecho hasta el 10/12/2005 y desde esa fecha hasta el 14 de Julio de 2006.

3.2) Hace referencia luego la sentencia firme dictada en los autos caratulados: "E. M. S.A. S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. N° 300/2005), tramitado por ante el mismo Juzgado, en cual se ordenó a la demandada *"suministrar en el plazo de veinticuatro horas a la empresa E. M. S.A. la misma cantidad de energía eléctrica que en forma constante le proveía al día 10 de diciembre de 2005 y que le permitía, hasta ese momento, el normal funcionamiento de sus actividades industriales"*. Afirma que esa manda judicial no fue cumplida y que la demandada desplegó una conducta antijurídica que posee relación de causalidad adecuada con los daños que ha sufrido. Y esto se debe, según los agravios, no sólo por haber incumplido la sentencia dictada en la acción de Amparo sino también por el incumplimiento a su obligación de prestar el servicio público de suministro de energía eléctrica durante el período base del reclamo.

3.3) Argumenta luego que más allá de las cláusulas específicas que regulan la relación contractual entre las partes, la prestación en cuestión encuadra dentro del concepto jurídico de servicio público, que la *"continuidad"* es un carácter que hace a la esencia de este servicio y que deben adoptarse todas las medidas necesarias para impedir que la misma resulte vulnerada.

Además, el servicio no sólo debe ser continuo sino que también es una prestación con otra característica: su *"obligatoriedad"*. Es obligatoria la prestación y exigible la misma por los usuarios, según la queja.

Plasma en su agravio que la demandada presta el servicio público en cuestión en razón de la concesión que le fuera otorgada por la Municipalidad de la ciudad de Puerto Madryn a través de la Ordenanza N° 45/82, siendo el único proveedor de energía eléctrica configurándose un monopolio natural.

Siguiendo con la referencia a la normativa que rige su planteo, deja constancia que conforme la Ley Provincial 3771 resulta de aplicación al caso la Ley 24.065 de Energía Eléctrica. En base a ello considera también aplicables en apoyo de su pretensión el art. 21 de la Ley 24.065, el Decreto 1398/92 reglamentario de la misma y la propia Ordenanza Municipal N° 45/82 (arts. 13 y 14 que menciona).

3.4) Sostiene que no obstante la claridad de las obligaciones que emanan del ordenamiento jurídico a cumplimentar por la demandada, la sentencia recurrida consideró que no se había configurado un obrar antijurídico por parte de la C. Según la queja, la sentencia se basó sólo en el art. 7 del Reglamento de provisión, lo cual importó desconocer los caracteres y principios constitucionales de los servicios públicos. Argumenta que justificar la conducta de la cooperativa en dicho artículo constituye una ilegalidad y arbitrariedad ya que desconoce las características de continuidad y obligatoriedad inherentes a los servicios públicos. Reitera que la interpretación que hace la sentencia del Reglamento desvirtúa el instituto mismo del servicio público.

Remarca que no hay un solo elemento de prueba en el proceso que demuestre que la continuación del mismo servicio que se venía prestando a la actora pudiera ocasionar algún perjuicio a la demandada y/o a terceros.

Por el contrario, sostiene, está probado que, instalado el correspondiente fusible, similar al existente previo al período de restricción, el servicio se presta sin ningún perjuicio.

4.4) Esgrime que no obsta a sus conclusiones la circunstancia de que el contrato que uniera a las partes previera la prestación del servicio con una potencia menor y que ello tampoco la exime de responsabilidad a la demandada por incumplir con su obligación legal de prestarlo. Y ello, según la queja, porque era obligación de la prestadora adoptar las medidas pertinentes para adecuar las condiciones contractuales. O sea, la demandada tenía la obligación de continuar prestando el servicio adecuando el encuadre del usuario y su tarifa en razón del consumo. En este caso debió pasar al usuario de la categoría Comercial 2 a la de Grandes Consumidores, pero no interrumpir y negarse a prestar el servicio que venía prestando.

Expresa que no es un argumento válido para eximir de responsabilidad a la demandada el hecho de que la actora no haya concurrido a las oficinas de aquella a solicitar la prestación del servicio y/o a firmar un nuevo contrato y/o un nuevo formulario que ni la demandada ni la sentencia individualizan. Afirma que no existe norma alguna que impongan tal obligación. Es por ello que no resulta ajustada a derecho la afirmación meramente dogmática de la sentencia en orden a que la actora no habría cumplido con los pasos necesarios para obtener la provisión de energía requerida.

En apoyo de su postura alega que a través de los reclamos por la interrupción del servicio -reconocido por la demandada- como en virtud de la Acción de Amparo que ordenó a la contraria a prestar el servicio, esta última tuvo fehaciente conocimiento de la demanda de energía requerida.

No obstante ello, se negó a brindarla por el término de más de seis meses, incumplimiento su obligación legal y desoyendo un claro mandato judicial.
Argumenta también en apoyo de sus quejas que la demandada ni siquiera intimó a la actora a cumplir con los "pasos" que según la sentenciante se requerían y que ni siquiera se mencionan, conforme lo exige el principio de buena fe que rige las relaciones contractuales (art. 1198 Cód.Civ.).
Concluye afirmando que no sólo la conducta de la demandada resultó antijurídica sino que tampoco se configuró falta alguna de la actora que sea causa determinante del daño que padeció y que permita eximir de responsabilidad a la cooperativa en los términos del art. 1111 del C.Civil. En ese caso, según la queja, la causa determinante del daño fue la conducta antijurídica de la demandada que incumplió con sus obligaciones legales, sin que haya existido algún hecho de la víctima con causal adecuada y exclusiva que libere totalmente a la demandada de su responsabilidad.
A los efectos del recurso extraordinario por ante la CSJN (at. 14 Ley 48), plantea la cuestión federal.

5 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>

La sentencia recurrida arribó a la conclusión de que la conducta desplegada por la demandada al tiempo en que la actora alega que se produjo el daño, no violó las obligaciones asumidas en el contrato de suministro eléctrico que vinculara a las partes sino que fue la propia actora quien no cumplió con los pasos necesarios para obtener una provisión de energía eléctrica mayor a la necesaria para el normal funcionamiento de la empresa.
Ante el cuestionamiento y agravios esgrimidos por la parte actora de lo concluido por la a quo, toca aquí decidir si la conducta de la demandada se adecuó o no a las normas que rigen su actividad. Si se adecuó, no habrá responsabilidad alguna de su parte por los daños que invoca la reclamante, mientras que, de no haber sido así, corresponderá responsabilizarla.

5.1) Sin perjuicio de la normativa específica que regla la actividad del prestador de energía eléctrica, el presente caso impone adentrarse en otra no menos importante vertiente normativa, que además viene resignificada constitucionalmente.

En efecto, la protección del usuario de servicios públicos (arts. 42, Constitución Federal y 33 de la Constitución Provincial), el derecho de propiedad y al debido procedimiento adjetivo -la Ley Nacional 24.240- dan fundamento al derecho de acción, y con mayor énfasis, el art. 3° de la misma que determina que en caso de duda debe estarse siempre a la interpretación más favorable al consumidor, impone que, como la relación entre prestador y usuario es "desigual", ante una prestación de carácter vital, necesario y excluyente, la regla debe ser observada especialmente.

Para acceder al cometido decisorio cuadra puntualizar que los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección; a condiciones de trabajo equitativo y digno.

El constituyente estableció que *"…la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos…"*. Y en orden a ello, en el concreto ámbito del servicio de electricidad, se puede describir que a partir del año 1995 existen procedimientos para la formulación y solución de reclamos de los usuarios; la reparación de daños ocasionados a artefactos e instalaciones y la reparación de daños ocasionados a los artefactos por falla en la calidad del producto técnico (conf. TAWIL, G.S., "El procedimiento administrativo ante los entes reguladores", en Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Univ. Austral, pág. 259).

Ahora bien, la cuestión gira en torno a establecer si el reclamo de la accionante se ajusta en un primer estadio a las previsiones constitucionales

y legales y, luego -lógicamente- si existe prueba de la relación adecuada y eficiente de causalidad entre el hecho atribuido a la falta de prestación del servicio por parte de la demandada y el daño ocasionado.

Hay que insistir en que la vigencia inmediatamente operativa de los principios del art. 42 de la Constitución Nacional constituye una pauta rectora porque declara el derecho de los usuarios a la protección de sus *"intereses económicos"* y en relación a ello, procede puntualizar que nuestra Corte Suprema ha reconocido la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos (conf. "Giroldi", 1995, La Ley 1995-D, 462; "Arce", La Ley 1997-F, 697, con nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado"). Esta posición ha sido reiterada en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDK, Fappiano, Oscar Luján, caso 10.843, Chile, 15/10/96, Informe N° 36/96, párrafo 31, pág. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el principio de buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional, como también lo reconoce la CSJN en "Arce" al citar lo expresado en nombre de nuestro país por su representante en Naciones Unidas (conf. La Ley 1997-F, 697; GORDILLO, A., "Tratado de Derecho Administrativo", T. 11, VI-24, 3ª. ed., Fundación Derecho Administrativo).

Recuerda Rafael BIELSA que a tenor de lo resuelto por nuestra Corte Suprema, *"…es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos"; "vacilar acerca de la extensión del privilegio es estar resuelto y toda resolución que dimane de una duda debe ser en contra de la concesión (Cooley's, Constitutional*

Limitations, ps. 565 y 566, séptima ed)". Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido, lo siguiente: *"la regla de la interpretación más segura en esta clase de casos es la que aquélla es en contra de la corporación". "Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa". "Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara". "La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación, y la duda es fatal para el derecho del concesionario 97. U.S.659"* (conf. GORILLO, A., ob. cit, IV-35/36, t.1).

Si bien las empresas suelen llamar "clientes" a los que reciben su servicio, consideramos que esta designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de "clientes" cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de "usuario". La relación usuario-concesionario se rige por el derecho administrativo sobre todo a partir de la reforma de 1994 y los indubitables derechos públicos de incidencia colectiva del usuario y consumidor que ella establece en sus arts. 42 y 43 (conf. GORDILLO, A., ob. cit., VI-30).

La ley de defensa del consumidor rige supletoriamente en las relaciones entre el concesionario y el usuario. En ese sentido, la Ley 24.240 prescribe que en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. Esta referencia a la L.D.C., obviamente, no es caprichosa. Tengo presente que el propio *"Reglamento de suministro y conexión del servicio público de energía eléctrica"* de S. establece en el art. 40 ("Derechos de los Usuarios") que *"…La CONCESIONARIA deberá cumplimentar estrictamente las normas que a ese respecto se establecen en la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240)…"*.

Debo a esta altura reiterar que la télesis de las normas aplicables al servicio público de distribución de energía eléctrica y a las obligaciones contractuales que vinculan a los usuarios con los distribuidores, en caso de oscuridad, obliga a interpretarlas en favor de los derechos de los usuarios,

comprendiendo la reparación integral de los perjuicios que la inejecución injustificada de sus obligaciones por parte de la distribuidora le pueda ocasionar, de conformidad a los principios rectores del ordenamiento jurídico fundamental, que garantiza los derechos económicos de los usuarios y obliga a la prestación con calidad y eficiencia de los servicios públicos, admitiendo sólo restrictivamente las excepciones limitativas de los derechos amparados por la Constitución Nacional, cuya renuncia no cabe presumir.

El caso en tratamiento, según la postura de la actora, se trata de los daños causados como consecuencia de la indebida ejecución del contrato de concesión, del incumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o de la inadecuada prestación del servicio público. En tales condiciones, cuando la deficiente y dañadora prestación del servicio eléctrico es imputable a la distribuidora y carece de justificación legítima, aquélla debe responder por los perjuicios ocasionados.

Al respecto, la Sala I de la Cámara Nac. de Apelaciones en lo Civ. y Com. Federal ha sostenido que -reconociéndose la existencia de un vínculo contractual-, el mero incumplimiento de la empresa a su obligación de proporcionar el fluido eléctrico es determinante de su responsabilidad, a menos que ella pruebe que el hecho responde a caso fortuito o fuerza mayor (conf. "Las Tapas S.A. c/ Edesur SA", 09/03/97; Cám.Civ.Com.Merecedes, Sala II, 29/03/07, LLBA 2007 (agosto), 810).

5.2) La responsabilidad de la demandada -empresa distribuidora de energía eléctrica- por temas como el que aquí se debate, reviste naturaleza contractual. Ello por cuanto existe un contrato que debe ser desarrollado en debida forma y cualquier daño que se produzca en virtud de su ejecución o inejecución tiene fuente en el mismo. *"La responsabilidad extracontractual parte de un presupuesto determinante: el deber genérico e indeterminado de no dañar. La*

contractual, de su lado, requiere ineludiblemente la existencia de una obligación previa nacida de un contrato, vínculo este último que antecede en el tiempo al incumplimiento generador del daño" (SCBA, Ac. 79.514, S. 13/08/03, LLBA, 2003-1352; SCBA, Ac. 86.949, S. 08/09/04, JUBA B26833).

Es indudable la existencia de un contrato entre la aquí actora y la cooperativa demandada. De ese convenio nacen ciertos derechos y obligaciones para cada uno de los contratantes. Por ejemplo, para el usuario, el pago de la correspondiente tarifa, lo que lo hace acreedor a una prestación de energía eléctrica conforme los parámetros a los que se obligó la concesionaria en el correspondiente *"Reglamento de Suministro y Conexión del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica de la C. L. d. P. d. S. P. y V. d. P. M."* (fs. 684/707, reserv.) y en los términos del correspondiente contrato de concesión de servicios públicos oportunamente firmado con el Gobierno Municipal de Puerto Madryn (conf. Ordenanza Municipal N° 45/82), las normas de la Ley Provincial 4312 -Marco Regulatorio de la Energía Eléctrica- y las de la Ley Nacional 24.065 -Régimen de la Energía Eléctrica- a la que la Provincia adhirió por Ley 3371. Por lo que, los daños que puedan derivarse de esa relación deben ser estudiados dentro de la órbita del contrato y de sus cláusulas, aunque, como veremos, tomando en cuenta las particulares características de estos convenios cerrados en donde el usuario tiene pocas o nulas opciones.

Y hago esta afirmación por cuanto en la actualidad, con el desarrollo de la sociedad moderna, existen ciertos servicios públicos de los cuales no podemos prescindir, revisten carácter indispensable para la subsistencia del hombre y de la empresa moderna. Y esos servicios públicos, debido a la forma en la que está organizada su prestación en nuestro país, siguen siendo en forma cuasi monopólica (luz, agua, gas, teléfonos, etc.). Con esto quiero decir que si el usuario de S. no está conforme con la forma en la que se presta el servicio en la ciudad de Puerto Madryn, no puede recurrir a

otra distribuidora de energía, pues esos servicios fueron circunscriptos por zonas delimitadas y no por la eficiencia en la prestación de los mismos, con una posibilidad de mercado abierto y libre competencia. El usuario no tiene derecho a opción en cuanto a la elección del co-contratante y en cuanto a las formas en que el servicio será brindado. Por ello, en esa relación se le imponen ciertas cláusulas y formas de prestación, que el usuario no se encuentra en condiciones de discutir, que no puede elegir por cuanto su derecho a elección se encuentra coartado. Es una especie de convenio de adhesión que lo mantiene cautivo, pues no se puede negar dado que, tal como venía diciendo, los servicios públicos como el que se discute en autos, revisten carácter esencial. El convenio de adhesión, en su estructura, se caracteriza por cuanto una de las partes contratantes, en virtud de una cualidad específica, posee un poder de imposición exorbitante sobre el otro contratante (consumidor) de tal forma que este último sólo asiente ante la propuesta empresaria. No hay posibilidad de discutir los términos del contrato, sólo se debe aceptar las cláusulas originariamente previstas en cuanto a la forma de prestación de un servicio que reviste un carácter indispensable. En el caso de autos, el consumidor (actora) no pudo discutir con la empresa (demandada) si la cantidad de voltios o de amperes eran o no los permitidos en el convenio y si en un momento dado careció del fluido eléctrico -tal como aquí ocurriera- nadie que no fuera S. podía suministrárselo.

Con ese Norte es que se deben solucionar este tipo de entuertos, partiendo de la base que de los "contratantes" hay uno que es el más débil y que no tiene derecho a elegir. Por ello, un sistema de "tutela" de la parte que no puede optar, que es un cautivo de determinado sistema, debe ser tal, es decir, la protección debe ser real y no virtual (conf. Cám.Civ.Com.La Matanza, Sala II, 21/03/06, LLBA 2006 (septiembre), 1067).

Cabe señalar que la misma ley de Defensa del Consumidor establece la aplicación supletoria de sus disposiciones cuando existan normas específicas que regulen el servicio en particular (conf. art. 25).

Asimismo, el "Reglamento" de S., al referirse en su art. 2 a la "normativa aplicable", dice en el inciso "f)": *"La legislación vigente que resulte de aplicación en caso de no estar específicamente contempla da en la documentación mencionada, dictadas o que se dicten en el futuro y resulten de aplicación para concesiones vigentes a la fecha de sanción"*.

Ahora bien, supletoriedad no implica inaplicabilidad o desprotección. Estos servicios públicos a los cuales la ley califica de domiciliarios son los de mayor interés para los usuarios, según he referido supra, y todos ellos cuentan con legislación específica y su actuación es controlada por los organismos administrativos previstos en los respectivos cuerpos legales; con lo cual, en principio, pareciera que este Cap. VI estaría de más, pues no hay servicio público domiciliario sin regulación propia, con lo que bastaría con remitirse a dichas regulaciones. Sin embargo, otorgar el carácter de normas supletorias para estos servicios a las disposiciones de la L.D.C. no implica su inaplicabilidad, sino que primero se deben aplicar las normas contenidas en dichas regulaciones específicas, en cuanto tutelen a los usuarios; y esta ley cada vez que no existan -en las regulaciones específicas- normas expresas tuteladoras de los derechos de los usuarios o se trate de disposiciones que entren en colisión con los derechos otorgados por esta ley. De otro modo se los dejaría sin la tutela básica que brinda la ley y que tiene su fundamento constitucional en el art. 42 de la C.N. (conf. Cám.Civ.Com.La Matanza, Sala II, 21/03/06, cit.).

5.3) Estamos aquí ante un contrato de suministro eléctrico, es decir, un vínculo por el cual una de las partes, suministrante, asume frente a la contraparte, suministrado, la obligación de cumplir de manera periódica y

continuada el suministro de bienes o servicios según los términos de la contratación y mediante el pago por el suministrado de un precio establecido o a fijarse. Es por ende un contrato de ejecución periódica y continuada que no se encuentra legislado en el derecho argentino, razón por la cual debe analizarse la aplicación supletoria de otros contratos. Es que estamos ante un contrato atípico, de adhesión, con cláusulas predispuestas por el prestador del servicio, al que le son aplicables, en lo pertinente, las normas de derecho común, en todos aquellos aspectos que no estén específicamente regidos por el derecho público (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala A, 27/09/05, LLPatagonia 2006, 86).

Ninguna duda cabe que el deber de la empresa concesionaria (S.) de proveer en forma correcta el servicio público encuadra en las denominadas obligaciones de resultado; lo cual determina que nos hallemos ante una verdadera responsabilidad objetiva de origen contractual, con la correlativa obligación tácita de incolumnidad que tiene aquella para con las personas y los bienes de los particulares. Conforme a este esquema, es obvio que el Tribunal quedará relevado de indagar el aspecto subjetivo del obrar atribuido al encartado, de modo que al actor le bastará con acreditar el incumplimiento (en el caso, la falta de prestación del servicio) y su relación con el daño sufrido para que la responsabilidad de aquél se presuma. Corolario de ello es que estará a cargo del emplazado probar alguna causal liberatoria del deber de responder: la culpa de la propia víctima, la culpa de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el casus de los arts. 513 y 514 del Código Civil (conf. TRIGO REPRESAS, F.A. – LOPEZ MESA, M.J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Ed. La Ley, 2005, T. IV, pág. 348 y sigs.).

En cuanto a lo que la normativa provincial aplicable al caso establece, hay que destacar que la Ley 4312 denomina servicio público de electricidad el abastecimiento regular y continuo de energía eléctrica para atender las

necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una comunidad o grupo determinado, caracteriza como tal al transporte y distribución de electricidad y le atribuye el carácter de servicio público a la actividad de distribución de energía eléctrica (conf. arts. 2 y 3).

Esta misma norma fija como uno de los objetivos para la política provincial en materia de generación, transporte y distribución de electricidad: *"proteger adecuadamente los derechos de los usuarios"* (conf. art. 6, inc. a,), que es también uno de los objetivos que fija la Ley Nacional N° 24.065 en su art. 2, inc. a).

En lo que hace a las "obligaciones" de los distribuidores (S. en este caso), la Ley Provincial establece que *"deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión"*, como así también que *"efectuarán el mantenimiento de sus instalaciones de forma de asegurar la calidad, continuidad y demás condiciones legales y contractuales del servicio prestado a los usuarios"* (conf. arts. 29 y 32). Esta misma obligación es impuesta también por la Ley 24.065 en su art. 21, agregando que *"…los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión…Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión"*. Esta obligación está complementada con lo normado por el art. 22 cuando dispone que *"los distribuidores están obligados a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas*

por las partes" y por el art. 27 del mismo cuerpo legal, al decir que *"los distribuidores efectuarán el mantenimiento de sus instalaciones en forma de asegurar un servicio adecuado a los usuarios"*.

Las normas son claras y precisas y no requieren, por ende, de interpretaciones o integraciones. Asegurar significa dejar firme y seguro y aprovisionar, proveer, en este caso, electricidad. De modo que los distribuidores (S. es "distribuidor") deben cumplir todos los actos necesarios para dejar firme y segura la provisión de electricidad a los usuarios que lo soliciten, desarrollando una gestión económica y prudente. Esos actos no son otros que los medios que la propia ley pone a su disposición para adquirir la electricidad y la extensión de las redes, de modo que interconecten a todos los usuarios.

De lo hasta aquí expuesto surge una segunda definición de la obligación de suministro: adoptar las medidas necesarias para asegurar la disponibilidad de energía eléctrica. ¿Agrega algo la exigencia de disponibilidad a la de su aseguramiento? En rigor, no. Si la disponibilidad se mira desde el usuario, la concesionaria cumple conectando al usuario a la red. Si se mira desde la distribuidora, tener electricidad disponible es estar en condiciones de distribuirla entre quienes la demanden. O sea: la consecuencia de haberse asegurado la provisión.

El contrato agrega una tercera definición: asegurar las fuentes de aprovisionamiento. Asegurar las fuentes significa tener el compromiso de quienes generan electricidad de proveer la que fuere necesaria para satisfacer la demanda. Esto es, asegurar el aprovisionamiento y tener disponibilidad de energía eléctrica (conf. PODETTI, H., "La obligación de abastecimiento de las empresas distribuidoras de electricidad", La Ley 2006-C, 1409).

He dicho que S. es, sin ninguna duda, un "distribuidor" y ello surge con nitidez de la definición que trae el art. 9 de la Ley 24.065: *"Se considera*

distribuidor a quien, dentro de su zona de concesión, sea responsable de abastecer toda demanda a usuarios finales que no tengan la facultad de contratar su suministro en forma independiente y realicen dentro de su zona de concesión, la actividad de transmitir toda la energía eléctrica demandada en la misma, a través de instalaciones conectadas a la red de transporte y/o generación hasta las instalaciones del usuario". A su vez, la Ley Pcial. 4312 considera distribuidor "*…a quien dentro de su zona de concesión es responsable de abastecer a usuarios finales que no tengan la facultad de contratar su suministro en forma independiente. A los efectos de su participación en el sistema eléctrico provincial, las Entidades Cooperativas prestadoras del servicio público de electricidad, son consideradas distribuidores dentro de los términos de la presente ley y su reglamentación*" (art. 12).

Las "obligaciones" legales que he descripto se complementan con las que impone el "*Reglamento*" de S. En efecto, en lo que aquí interesa, dicho cuerpo normativo establece que la provisión de energía eléctrica "*constituye un servicio público regulado legalmente, que debe ser cumplido con regularidad, obligatoriedad e igualdad de tratamiento. Esta provisión deberá realizarse dentro de los niveles de calidad que determinan los documentos que instrumentan la concesión y las normas de cumplimiento obligatorio que sean de mayor jerarquía que los reglamentos mencionados, de manera de satisfacer las necesidades básicas de aprovisionamiento de energía eléctrica a los inmuebles comprendidos en el área servida, garantizando la satisfacción de la población*" (art. 6).

A lo dicho se agrega que del mismo surge que la Concesionaria deberá: "*…mantener en todo tiempo un servicio de calidad conforme a lo establecido en la Ordenanza N° 45/82*" (art. 10); "*…mantener y renovar las redes externas e instalaciones de distribución de energía eléctrica, asegurando continuidad, calidad y cantidad de suministro…*; "*…proveer a sus Usuarios la cantidad de energía, conforme a la demanda requerida y el destino de los inmuebles a servir…*"; "*…Dar aviso con suficiente anticipación y por medios masivos de difusión, a los Usuarios*

que serán afectados por cortes programados…" (conf. art. 43); *"…cumplimentar estrictamente las normas…que se establecen en la Ley de Defensa del Consumidor…"* y *"…atender, responder por escrito y solucionar rápidamente las quejas y reclamos de los titulares, efectuados en forma telefónica, personal o por correspondencia…"* (conf. art. 40).

Como complemento de lo expuesto, la Ordenanza Municipal N° 45/82 (Concesión de Servicios Públicos a la Cooperativa) dispone que *"La Cooperativa se obliga a mejorar y ampliar las instalaciones de manera que las mismas satisfagan las necesidades de consumo de los usuarios…"* (art. 14).

5.4) Habiendo considerado las "obligaciones" del concesionario-distribuidor, corresponde hacer referencia a los "derechos" que tienen los usuarios del servicio en cuestión.

Cabe recordar que, tanto en la Ley Nac. N° 24.065 como en la Provincial N° 4312 se fija como uno de los objetivos de la política en materia de generación, abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: *"proteger adecuadamente los derechos de los usuarios"* (conf. art. 2 Ley Nac. y art. 6 Ley Pcial.).

La Ley Pcial. les reconoce a los usuarios -en lo que aquí interesa- los siguientes "derechos": *a) recibir un suministro de energía continuo, regular uniforme y general que cumpla con las metas y niveles mínimos de calidad que determine la Autoridad de Aplicación; b) ser informado en forma clara, precisa y gratuita acerca de las condiciones de la prestación, de sus derechos y obligaciones y de toda otra cuestión y/o modificación que surja mientras se realiza la misma y que pueda afectar las relaciones entre el prestador y el usuario; c) que se brinde en los reclamos que el usuario pueda efectuar, referidos a diferencias en la prestación del servicio y/o errores en la facturación, un trámite diligente y responsable, dándole adecuada respuesta en los plazos y modalidades que se estipulen en el régimen de suministro; d) ser compensados por los daños producidos a personas y/o bienes de*

su propiedad por deficiencias en el servicio, imputables a quien realiza la prestación; y e) no ser privado del suministro si no media una causa real y probada, prevista expresamente en la legislación específica, el contrato de concesión de su prestador y/o el régimen de suministro vigente (conf. art. 49, Ley Pcial. 4312).

A su vez, el *"Reglamento"* de S. le otorga, entre otros, el derecho de *"…exigir de la CONCESIONARIA la prestación del servicio de energía eléctrica de acuerdo a las "Normas de calidad de Servicio", que resulten de lo establecido en la Ordenanza N° 45/82…"; "…exigir a la CONCESIONARIA la debida atención y procesamiento de los reclamos o quejas que considere pertinente efectuar…"* y a *"…ser informado, con antelación suficiente, de los cortes de servicios programados por razones operativas o de mantenimiento…"* (conf. art. 40).

5.5) Habiendo referenciado hasta aquí la normativa aplicable y que rige la relación contractual habida entre las partes de este proceso, corresponde analizar y hacer referencia concreta a la problemática que se planteara entre ellas y a las probanzas incorporadas al proceso.

No es un hecho discutido aquí que el día 10 de Diciembre de 2005 se produjo un corte de energía eléctrica por rotura del medidor en el establecimiento de "E. M. S.A." sito en el Parque Industrial Liviano de esta ciudad, lo que provocó los correspondientes reclamos a S. Ante esta situación, la C. conectó un nuevo medidor pero con fusibles de 35 Amper, lo cual no era suficiente para trabajar conforme lo venía haciendo hasta esa fecha el usuario. Se solicitó un cambio de fusibles, procediendo la demandada a colocarlos de 63 A, lo que también resultó insuficiente ya que no era el servicio que hasta ese momento recibía "E. M. S.A." por parte de la concesionaria. Invocó la actora que resultó imposible operar con el fluido eléctrico que le suministraba la demandada por insuficiente y no corresponder con el que había venido recibiendo hasta el día 10 de Diciembre de 2005.

Ante la imposibilidad de trabajar porque con la energía que suministraba S. las máquinas no encendían, inició la actora una acción de "Amparo" que se ha incorporado como prueba a estas actuaciones.

Surge de la sentencia dictada en el proceso de "Amparo" que corresponde establecer la cantidad de energía eléctrica que, al día 10 de Diciembre de 2005, recibía la actora. En ese camino se hace referencia a la pericia presentada por el Ing. R. B., quien manifestó que ese valor no puede establecerse exactamente desde que las mediciones de facturación se realizan con medidores de tarifa plana, los que determinan el consumo de un mes pero no pueden establecer la forma en que se consumen los KW facturados. Esta información del experto tiene relación con la pericia técnica ordenada por este Cuerpo como "medida para mejor proveer" en los presentes actuados. En efecto, al requerírsele al experto que responda *"Si hay constancias o evidencias técnicas de que E. M. S.A. haya aumentado la potencia en el desarrollo de su actividad sin la conformidad de S."* (punto 8°), respondió que *"…Por tratarse de un usuario con medidor de tarifa plana, es difícil establecer los consumos desde el punto de vista de la potencia. No solamente es una cuestión de eventual incorporación de equipamiento sino también de considerar por ejemplo factor de simultaneidad, factor de potencia, rendimientos y otras variables vinculadas. En consecuencia el proveedor de energía debería disponer los controles a los fines de esta evaluación para garantizar la prestación del servicio, encuadrar a los consumidores y salvaguardar instalaciones"* (fs. 634).

Siguiendo con el punto, la sentencia dictada en el "Amparo" transcribe parte del dictamen pericial técnico allí practicado y refiere que "El día 10/12/05 se procede al cambio de los fusibles de la acometida poniendo fusibles de 63 A, no consta en ningún lugar de que valor eran los que había hasta el momento pero si queda constancia que no había una coordinación de protecciones dado que en varias oportunidades actuaron los fusibles del transformador. Ver orden de servicio del 01/06/05. En este caso se reponen

fusibles de 150 A o sea que estaba consumiendo aproximadamente 100KVA. Evidentemente si le ponemos fusibles de 63 A tendrá una restricción en su servicio" (fs. 447/ y vta.). Esta respuesta tiene vinculación con lo requerido en estos autos al experto en la "medida para mejor proveer"; me refiero al punto "4°" pericial: *"Si puede técnicamente afirmar que el 10/12/05 E. M. S.A. fue privado del servicio de energía eléctrica que hasta esa fecha S. le venía suministrando normalmente"*, a lo que el perito respondió: *"Desconozco el calibre de los fusibles originales y actuados con motivo de los eventos. No obstante de acuerdo a los registros de facturación puede precisarse con bastante aproximación que la empresa E. M. SA hasta el día 10/12/05 ha resitrado consumos que oscilan entre 60 y 100 A. En consecuencia, al interponer fusibles de 63 A, queda clara la restricción"* (fs. 634).

De conformidad con el dictamen pericial practicado en la acción de "Amparo" (fs. 409, punto 6) se indicó que el factor de potencia máxima utilizado por la actora para el período Mayo de 2005 era de 110 A o 70KVA de consumo, agregando que "La actora no estaba autorizada a consumir 240 KVA pero considero que no pudo consumir nunca este valor a partir de analizar las instalaciones del demandante y de las limitaciones impuestas por la sección de acometida y de los fusibles…" (conf. Sentencia de "Amparo", fs. 447 vta.).

En base a los datos técnicos incorporados pericialmente a la causa, la Sra. Magistrada actuante en la acción de "Amparo" estableció en su sentencia *"…que al 10 de diciembre de 2005 la energía recibida por la actora era de aproximadamente entre 70 y 100KVA…"* (conf. fs. 447 vta.).

Y luego ha dicho la referida decisión: *"…En cuanto a la actitud infundada que se le atribuye a S., ya he referido en el párrafo anterior que, a fs. 388 el Ingeniero B. indica el cambio de los fusibles existentes al 10 de diciembre por otros de 63 A, de menor amperaje a los existentes en la empresa afectada y que tal cambio determinara la restricción en el suministro de energía eléctrica. Esta actitud no ha*

*podido ser justificada por la demandada. Así resulta pertinente señalar que la pericia técnica, descarta que el medidor dañado sucumbiera por la sobrecarga de energía obtenida de manera ilegal y que constituyera el argumento principal de S. Por el contrario, el experto ubica la falla fuera de las instalaciones del amparista, (ver aclaraciones de fs. 432/433) y lo desvincula de los hechos objeto de este proceso. Con lo dicho encuentro plenamente cierto que el cambio de los fusibles realizado por S., reemplazando los existentes por otros de 63 A alteró los niveles de energía eléctrica que recibía la empresa y con ello la actividad económica que la actora venía cumplimentando hasta el 10/12/05, configurando aquel cambio una actitud arbitraria generadora de la restricción del derecho de propiedad que se pretende amparar por esta vía… Por lo expuesto… RESUELVO: … Ordenar a S… a suministrar a E. M. S.A. la misma cantidad de energía eléctrica (entre 70 y 100KVA) que en forma constante le proveía al 10 de diciembre de 2005 y que le permitía, hasta ese momento, el normal funcionamiento de sus actividades industriales en la planta ubicada en C. R. ****, Macizo ** del Parque Industrial Liviano de esta ciudad…"* (fs. 447 vta. 448).

Es importante advertir, a esta altura del análisis, que la sentencia que acabo de transcribir parcialmente, fue consentida por la aquí demandada.

Sin perjuicio del valor probatorio y relevancia que aquí tienen las actuaciones y decisión final que se dictara en la acción de "Amparo", corresponde que vuelva a remitirme a la prueba pericial técnica que se practicara en autos como "medida para mejor proveer" (fs. 633/637; 681/683 y 717).

Se le requirió al experto que diga *"Qué razones técnicas provocaron el corte de energía eléctrica a E. M. S.A. el día 10 de Diciembre de 2005"* (punto 2°), a lo que respondió: *"…De acuerdo a lo que consta en autos según Acción de Amparo… la falla se origina por sobretemperatura externa en el medidor del lado de la red de distribución… la falla se origina por sobretemperatura en la bornera externa del*

medidor, bornera que es el punto de conexión a la red pública de distribución. El medidor resulta dañado por falla externa y no por sobrecarga" (fs. 633).

Al solicitarse al experto que aclare sobre la causa de haber sido necesario el recambio de fusibles que surge de la Orden de Servicio N° 187220 del 10/12/05, contestó que *"…no puede afirmarse categóricamente el origen ni el tipo de evento que produjera la actuación de los mencionados fusibles"* (fs. 717). Estas respuestas me permiten tener en claro que no hubo hasta aquí una conducta imputable a la actora en la producción de los hechos ocurridos.

Se le consultó al perito que diga *"Si al 10/12/2005 S. estaba en condiciones técnicas de suministrar a E. M. S.A. la energía que necesitaba para el desarrollo de su actividad específica"* (punto 5°) y su respuesta fue: *"Sí, S. estaba en condiciones técnicas de suministrar la energía necesaria a E. M. SA para el desarrollo de sus actividades"* (fs. 681).

En el punto 10° se solicitó al experto que informe *"Si hay constancias de que S. haya notificado a E. M. S.A. la suspensión del suministro de energía eléctrica en su domicilio en algún momento y las razones de ello"*, a lo que el mismo respondió: *"No obrantes en este expediente"* (fs. 634).

En el punto 27° fue requerido el perito para que *"Explique si hasta el día 10/12/05 E. M. S.A. desarrollaba su actividad con normalidad en lo que respecta al fluido eléctrico que recibía por parte de S."*, a lo que contestó: *"La actividad era normal hasta la fecha indicada, registrando solamente inconvenientes en cuanto a cortes imprevistos y/o bajo nivel de tensión en el sistema de distribución"* (fs. 637) y al ampliar esta respuesta dijo: *"La actividad era normal hasta la fecha indicada y de hecho S. abastecía la energía necesaria en para el funcionamiento del Usuario"* (fs. 682).

En el punto 18° fue requerido el técnico para que diga *"Si es posible demostrar técnicamente la posibilidad cierta de la producción de un perjuicio en el caso de que S. hubiese continuado prestando a E. M. S.A. el servicio eléctrico en las mismas condiciones en que lo hizo hasta el 10/12/2005"* y el mismo respondió: *"…si E.*

M. SA hubiera seguido recibiendo el suministro que disponía, hubiera continuado con sus tareas en forma habitual, sin perjuicio propio ni para el sistema de distribución" (fs. 636); al ampliar esta respuesta, dijo: *"…S. podría haber continuado el suministro con los mismos valores de potencia y energía anteriores al evento"* (fs. 682).

Se solicitó también al perito que *"Explique qué conducta debe desplegar la empresa S. en el caso de verificar perturbaciones en el sistema eléctrico instalado en el domicilio de un usuario"* (punto 21°), respondiendo: *"Notificar en forma inmediata al usuario"* (fs. 636) y al ampliar esta respuesta dijo: *"Aplicar el Reglamento del Servicio Eléctrico Art. 42, notificando al Usuario y dando lugar a su descargo"* (fs. 682).

En el punto 23° se requirió al experto que *"Explique qué pasos o medidas técnicas debe tomar o efectuar la empresa S. si instala a un usuario fusibles de 63 A y ello provoca que salte una fase al poner en marcha las máquinas existentes en el domicilio"*, a lo que respondió: *"…las medidas técnicas a tomar son independientes del calibre 63 A, ya que este tipo de situaciones pueden ocurrir con cualquier usuario independientemente de su categorización e instalaciones aguas abajo del medidor. S. tiene el derecho de solicitar el ingreso al domicilio y posteriormente verificar las instalaciones con personal debidamente autorizado a tal fin"* (fs. 636). Al ampliar esta respuesta, expresó que la concesionaria debe *"Verificar con el Usuario el motivo del evento a los efectos de una reposición segura"* (fs. 682).

Resta analizar en qué casos puede la Concesionaria suspender la prestación del servicio, que es lo que aquí ocurriera. Y la respuesta nos la da el art. 42, punto 4, del *"Reglamento"* de S. que dispone que *"La CONCESIONARIA podrá suspender la prestación del servicio eléctrico cuando el Usuario hubiese modificado sin previa autorización, las condiciones técnicas del suministro, como ser: potencia instalada, demanda máxima de potencia, factor de potencia, sistema de protección, etc. En cada caso la CONCESIONARIA comunicará al usuario las*

prevenciones que en tal sentido estime corresponder…". Ninguna de estas causales que le permiten "suspender" la prestación del servicio han sido acreditadas por la demandada en autos. De todos modos y aun cuando se hubiese dado alguna de esas causas, es obligación de la concesionaria comunicar al usuario las prevenciones que estime corresponder, lo cual aquí nunca ocurrió.

El mismo artículo dispone que la concesionaria podrá disponer el corte de los servicios "*…cuando se comprueben deficiencias en las instalaciones de los Usuarios conectados al sistema, que perturben la normal prestación de los servicios, ocasionen perjuicios a terceros o constituyan un peligro en la vía pública*" (punto 11). Ninguna probanza se produjo en este sentido y que permita imputar responsabilidad a la actora.

Es posible también suspender o cancelar la prestación al Usuario "*…que manipule u opere en las instalaciones de propiedad de la CONCESIONARIA"* (art. 42, punto 20). Nada se acreditó aquí en cuanto a que la actora manipulara u operara en instalaciones de la demandada.

Corresponde tener presente que en el caso de la existencia de instalaciones que tengan deficiencias que perturben la normal prestación del servicio u ocasionen perjuicios a terceros, S. tiene la obligación de *"intimar"* al usuario "*…para que procedan en plazo cierto a solucionarlas; en caso de no recibir respuesta adecuada, la CONCESIONARIA, previa intimación fehaciente, podrá disponer el corte del servicio*" (art. 42, pto. 21). En el caso, nada se acreditó sobre deficiencias en las instalaciones de la actora y menos aun que se haya intimado por ello al usuario en cuestión como lo impone el *"Reglamento"*.

Por último y suponiendo que se hubiese acreditado un incumplimiento de parte del usuario (actora), el *"Reglamento"* prevé los casos en que la concesionaria, de darse esa situación, podrá "suspender" el servicio, pero le impone cumplir con una condición: "*…con comunicación previa al Usuario…*" (conf. art. 37, inc. B, punto 1). Sin perjuicio que ninguna de las causales de

“suspensión” previstas por el mencionado art. 37 se han acreditado por la demandada en autos, corresponde remarcar que tampoco se probó que -previo a disponer la restricción del servicio- S. haya remitido alguna comunicación a la actora, con lo cual queda totalmente sin sustento la posición de la concesionaria.

5.6) He hecho referencia al dictamen pericial practicado en autos como “medida para mejor proveer” y no paso por alto que el mismo mereció un ataque de parte de la demandada (fs. 646/653 vta.). De todos modos, advierto que el mismo no pasa de exteriorizar un claro disconformismo y discrepancia de la parte sobre cuestiones y conclusiones del experto que no le han sido favorables. Inclusive, no surge de la presentación que se hayan rebatido con solidez científica los dichos del experto.

Ante las claras y terminantes conclusiones del Perito Ingeniero H. F., adelanto mi opinión en cuanto a que no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejar de lado sus conclusiones o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación.

Ante la situación que aquí se ha presentado es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC). Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no

lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357). Tengo en cuenta que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial producido en autos está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en su especialidad, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones

no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a los puntos en cuestión que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válido ese dictamen. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un error o que existan probanzas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones (arg. art. 481 y concs. CPCC).

5.7) A la luz de las probanzas producidas en autos y a las constancias obrantes en la acción de "Amparo" oportunamente tramitada entre las partes, mi conclusión no ha de acompañar a la de la Sra. Magistrada de la anterior instancia. Y ello así porque, conforme lo he anticipado en los puntos precedentes, no hay probanzas serias y concretas que avalen la conducta de la demandada para con el usuario (actora) al disponer la restricción en la prestación del servicio de energía eléctrica a partir del día 10 de Diciembre de 2005.

A lo dicho se agrega que tampoco se incorporó probanza conducente para determinar que hubiese existido algún incumplimiento o causal de parte del usuario (actora) que permitiera legal y/o reglamentariamente a la concesionaria disponer tal restricción.

Tengo en cuenta, al realizar esta evaluación, la conclusión a la que arribara la sentencia dictada en la acción de "Amparo" tramitada entre las partes y que tengo a la vista, en cuanto a que la actitud infundada que se le atribuye a S. de cambiar los fusibles por otros de menor amperaje a los existentes al 10/12/05 produciendo ello una restricción en el suministro de la energía, no pudo ser justificada por la demandada; que la pericia técnica descartó que

el medidor sucumbiera por sobrecarga de energía obtenida de manera ilegal (principal argumento de S.); que el experto indicó que la falla se produjo fuera de las instalaciones del amparista; que el cambio de los fusibles que realizara S. alteró los niveles de energía eléctrica que recibía la empresa y la actividad económica que la misma cumplimentaba hasta el 10/12/05 y que dicho cambio configuró una actitud arbitraria (conf. fs. 447 vta./448 del "Amparo"). Y tengo también presente que todas estas conclusiones fueron consentidas por la demandada.

Con respecto a lo concluido por la sentencia en crisis en cuanto a que es la actora quien no cumplió con los pasos necesarios para obtener una provisión de energía eléctrica mayor a la necesaria para el normal funcionamiento de la empresa, conforme lo dispone el Reglamento, generando con ello el daño reclamado, advierto que ello no se ajusta a las normas que he analizado y que en parte he transcripto del mismo y que resultan aplicables, a lo que me remito en orden a la brevedad.

Debo remarcar que, aun cuando se hubiese acreditado fehacientemente que la actora hubiese utilizado o empleado una mayor potencia en su actividad (lo que fue descartado por el experto en la acción de "Amparo"), tampoco se ha acreditado que se hubiese dado la situación que contempla el art. 11, inc. a), del *"Reglamento"*. El mismo dispone que cuando la potencia requerida para un nuevo suministro o cuando se solicite un aumento de potencia en una instalación existente y tal requerimiento o solicitud supere la capacidad de las redes existentes o las reglas del arte lo exijan, *"el Titular a requerimiento de la CONCESIONARIA, estará obligado a poner a disposición de la misma un espacio de dimensiones adecuadas para la instalación de un Centro de Transformación, el que si por razones técnicas así lo determinan, podrá ser usado además para alimentar la red externa de distribución…"*.

Es para mí claro el evidente incumplimiento en que incurrió la concesionaria de las obligaciones que le imponen las leyes que rigen el

servicio público en cuestión (Ley Nac. N° 24.065, Ley Pcial. N° 4312, Ord. Municip. N° 45/82 y el *"Reglamento"*).

Surge clara también la absoluta falta de "buena fe" en la ejecución contractual por parte de la concesionaria (art. 1198 C.Civ.). En efecto, de los términos de la pericial técnica practicada en autos se aprecia de manera indudable que el daño en el medidor de energía fue por una falla externa y no por sobrecarga; que a partir del día 10/12/05 S. podía haber continuado con la prestación del servicio en forma habitual dado que estaba en condiciones técnicas de suministrar la energía necesaria a la actora para el desarrollo de sus actividades; que si la actora hubiera seguido recibiendo el suministro que disponía, hubiera continuado con sus tareas en forma habitual y sin perjuicio propio ni para el sistema de distribución; que no se constataron modificaciones o transgresiones en las instalaciones eléctricas de la actora y que S., al 10/12/05, podría haber construido la línea de baja tensión y cambiado el medidor, pautando con el Usuario los requerimientos y condiciones a tal fin (conf. fs. 682, punto 10°) y de esta forma evitar todo lo que aquí ocurriera y las acciones judiciales que se promovieron entre las partes.

Tengo para mí que la forma de actuar exteriorizada en el caso por la demandada resulta evidentemente un abuso de derecho, una discriminación y una arbitrariedad que determinaron un serio incumplimiento contractual por parte de la concesionaria. Ya he dicho aquí que estamos ante un contrato de adhesión, el cual no debe ser aplicado con abuso de derecho y debe ser interpretado a la luz del art. 1198 del Código Civil, principio éste de buena fe, que debe cumplirse no solamente en la formación del contrato, sino también en el ejercicio y aun en el caso de disolución.

Es que aunque el contrato de adhesión utilice los esquemas del orden jurídico tradicional, pone en peligro el celebrado entre el usuario y la

concesionaria en un punto fundamental: el abuso del poder por parte del contratante dominante, por lo que en esta relación la buena fe lealtad (art. 1198 C.Civ.) impone a la empresa concesionaria el deber de evitar todo aquello que pueda frustrar o perjudicar indebidamente al usuario. Es por ello que si el móvil perseguido por la concesionaria al ejercer sus atribuciones contractuales, no guarda armonía con esa buena fe, sea en lo relativo a la celebración y al cumplimiento del contrato, como en lo referente al ejercicio de las facultades, provocando una disociación entre el derecho subjetivo y la buena fe, surge la norma del art. 1071 del Cód. Civil para poner en su quicio las prerrogativas particulares.

Es por ello que se ha resuelto de manera reiterada que *"si en los contratos de o por adhesión el predominio exclusivo de la parte fuerte puede afectar los principios de igualdad y libertad, el órgano jurisdiccional, para evitar que éstos sean vulnerados, ha de pronunciarse en su fallo para asegurar la vigencia de la justicia, restableciendo, en el conflicto concreto, el equilibrio de las fuerzas"* (CNCom., Sala B, 23/04/83, "Cilam SA c/ Ika Renault SA").

He dicho antes que el usuario se halla en estos casos en una situación de inferioridad en el plano negocial frente a la concesionaria, que se traduce en una imposición -por parte de ésta- de condiciones contractuales que aquél debe aceptar, sin posibilidad de discutirlas. Es por ello que la buena fe exige a la empresa más fuerte, el deber de evitar todo aquello que pueda perjudicar –indebidamente- a la otra parte, y en particular, el deber de no abusar de su poder contractual para provocar situaciones intempestivas e incausadas, puesto que los derechos emanados de los contratos son esencialmente relativos, de lo cual deriva el control funcional de un ejercicio -que tiene raigambre constitucional-para que no se contraríen los fines sociales que el ordenamiento jurídico tuvo en miras al reconocerlos (art. 28, C.N.; arts. 1071, 953, 1198, Cód.Civil). Por ello, siempre que medie incompatibilidad entre el derecho subjetivo y el principio de buena fe,

media la norma del art. 1071 del Cód. Civil, que se alza para poner en su lugar a las prerrogativas individuales.

Debe tenerse en cuenta que los intereses comunes que se interrelacionan no pueden ser deshechos así porque sí, sin que la parte fuerte, en este caso S., agote la posibilidad de encaminamiento, de la vinculación por una senda normal y correcta, lo contrario es abuso de derecho (conf. ZAVALA RODRIGUEZ (h), C.J., "El contrato de concesión automotriz y el abuso de derecho", La Ley 1997-A, 926).

Ha quedado evidenciado, luego del análisis hasta aquí realizado, que la demandada tenía variadas alternativas para dar solución al problema de suministro de energía eléctrica a la parte actora y nada le impedía concretarlo. En lugar de utilizar algunos de los caminos que la ley, el *"Reglamento"* y la buena fe le señalaban, optó por abusar de su poder contractual dominante y restringió la provisión de la energía eléctrica en el nivel que hasta el 10/12/2005 le venía suministrando a la empresa reclamante, provocando con ello que la usuaria no pudiera desarrollar su actividad industrial normalmente.

Pero, además, colocó al usuario en la necesidad de promover una acción de "Amparo", la cual fue admitida condenando a la concesionaria a suministrar a E. M. S.A. la misma cantidad de energía eléctrica que en forma constante le proveía al día 10 de Diciembre de 2005 y que le permitía su normal funcionamiento. Cautelarmente obtuvo la actora la orden de restitución del servicio, lo cual no fue cumplimentado por la demandada provocando la aplicación de "astreintes" (fs. 264) hasta el día 14/07/06 (fs. 485 y vta.). Es que la cuestión no finalizó con el dictado de la sentencia en el "Amparo" (30 de Junio de 2006) sino recién el día 14 de Julio de 2006 en que fue restituido el fluido eléctrico a la actora en los términos condenados y ordenados en la mencionada sentencia. Con lo cual la suspensión del servicio se produjo

desde el 10 de Diciembre de 2005 hasta el 14 de Julio de 2006, conforme resulta acreditado en los autos sobre "Amparo" que tengo a la vista.

En materia de servicios públicos privatizados, es sabido que la ley de reforma del Estado N° 23.696 autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a proceder a la concesión -entre otros- de los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica. A partir de allí, la Ley 24.065 estableció los parámetros esenciales del servicio público que deben prestar las empresas concesionarias, a la par que creó y reguló el órgano de contralor de dicha actividad, bajo la denominación de Ente Nac. Regulador de la Electricidad (ENRE). He dicho ya supra que ese ordenamiento plasmó los objetivos de política general consistentes en la protección de los derechos de los usuarios, así como también la operación y la confiabilidad del servicio en cuestión.

No se discute que los usuarios puedan demandar por la vía judicial que corresponda la reparación integral de los perjuicios sufridos por fallas en la prestación del servicio. En tal orden de ideas, se ha dicho que *"la relación entre el concesionario privado de servicios públicos y el usuario se rige, en principio, por el derecho privado, sin perjuicio de que corresponda al derecho administrativo todo lo atinente a la reglamentación del servicio"* (conf. CASAGNE, J.C., "La intervención administrativa", cit. por PEREZ SANCHEZ, L.R., "Servicio Público, técnica de protección al usuario", Ed. Abeledo Perrot, 1998, pág. 83).

En igual sentido al expuesto, la comisión que abordó el tema "Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos" en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal del año 1996, concluyó que *"cuando el servicio es prestado por empresas concesionarias la relación jurídica contractual se rige por los principios constitucionales y las normas de derecho privado"*. Se precisó así que *"en general, las obligaciones asumidas por las empresas prestadoras frente al usuario son de resultado y la*

responsabilidad de carácter objetivo. La empresa prestadora de servicio, además de la obligación específica, asume una obligación de seguridad", agregando que *"el usuario debe ser considerado como débil jurídico frente al concesionario*". De tal guisa, la conclusión fue la imperativa aplicación de un orden público económico de protección que garantice la vigencia del principio de reparación plena.

A tenor de lo señalado y conforme lo anticipara supra, ninguna duda cabe que el deber de la empresa concesionaria de proveer en forma correcta el servicio público encuadra en las denominadas obligaciones de resultado; ello determina que nos encontremos ante una clara responsabilidad objetiva de origen contractual, con la correlativa obligación tácita de incolumnidad que tiene aquella para con las personas y los bienes de los particulares. Conforme a este esquema, es obvio que el Tribunal quedará relevado de indagar el aspecto subjetivo del obrar atribuido al encartado, de modo que al actor le bastará con acreditar el incumplimiento (en el caso, la falta de prestación del servicio) y su relación con el daño sufrido para que la responsabilidad de aquél se presuma. Obviamente, estará a cargo del emplazado probar alguna causal liberatoria del deber de responder (conf. CNCiv., Sala B, 16/07/07, La Ley 21/01/08, 3).

Los fundamentos hasta aquí expuestos, me llevan a la conclusión que corresponde revocar la sentencia en crisis en cuanto ha considerado que no existió un obrar antijurídico imputable a la demandada y que ha sido la propia actora quien incumplió el contrato. Por el contrario, corresponde declarar -admitiendo los agravios de la parte actora- que la conducta desplegada por la demandada (concesionaria de un servicio público) al haber dispuesto el 10 de Diciembre de 2005 la restricción intempestiva e incausada del servicio de energía eléctrica que venía prestando a la actora y restituirlo -mediante orden judicial- el día 14 de Julio de 2006, constituyó una violación a su obligación contractual de resultado (suministrar energía

eléctrica al usuario), por lo que es objetivamente responsable de los daños y perjuicios que tal comportamiento haya acarreado al reclamante dado que no acreditó ningún eximente de su responsabilidad (arts. 519, 520, 901, 1071, 1198 y concs. C.Civ.). Así lo voto.

6 – <u>El daño (lucro cesante) reclamado por la actora</u>

Ha dicho la parte actora en su demanda que durante el período de restricción de energía sufrido por la empresa desde el 10 de Diciembre de 2005 hasta el 14 de Julio de 2006, la misma quedó paralizada en cuanto a producción, capacidad de captar nuevos trabajos y con los empleados sin tareas. Agregó que la actividad de la empresa consiste principalmente en ejecutar obras civiles, montajes industriales, complementarias como mecanometalúrgica, anexas y conexas, que dependen directamente de la energía eléctrica, siendo una empresa de reconocida trayectoria en la zona.

Sostiene que como consecuencia de la restricción energética las empresas clientes dejaron de solicitar presupuestos ya que conocían la situación en que se encontraba, por tratarse de un hecho notorio, de interés público y con difusión en la prensa local. Agrega que recién pasados dos meses posteriores a la restitución del servicio pudo la empresa comenzar a operar con normalidad.

Toda la situación descripta -dice la demanda- incidió en la facturación mensual y anual y en las inversiones futuras de la empresa, manteniéndose constantes los costos fijos dado que mantuvo a todo su personal.

En el capítulo de los "daños causados" hace una descripción de la organización de la empresa y menciona entre los departamentos de la empresa al Depto. de Técnica y Obras Civiles, el Depto. Administración y el Depto. de Taller, siendo éstos los que funcionan en el macizo 50 del PIL, los que dependen de la energía eléctrica para poder producir y los que generan los mayores ingresos de la empresa constituyendo su principal actividad.

Ante la limitación de la energía eléctrica el sector se vio prácticamente paralizado, quedando imposibilitado de cumplir los compromisos asumidos, retrasándose meses algunas obras, debiendo cancelar otras y no pudiendo asumir nuevos compromisos. La limitación afectó, según la actora, a los Deptos. de Técnica y Obras Civiles y al de Administración. Afirma que pudo mantenerse en el mercado improvisando una actividad paralela que permitió soportar las pérdidas ocasionadas por la falta de producción de los departamentos de taller y obras civiles, a costa de un endeudamiento diferido. Esgrime que la restricción impuesta por la demandada la privó de obtener ingresos correspondientes a su actividad principal y originaria.

Concluye sosteniendo que el daño consiste exclusivamente en el "lucro cesante" que debió soportar la empresa durante el período de restricción de energía y con posterioridad a la restitución de la misma y que está representado por el cercenamiento de utilidades o beneficios materiales que se habrían logrado de no ocurrir el hecho.

Con respecto al monto, lo ha estimado en la suma de $ 300.000.- (Trescientos Mil Pesos), aclarando que el importe definitivo dependerá de lo que en más o menos resulte de la prueba pericial contable a producirse en autos, más costas e intereses desde el hecho dañoso.

La extensión del resarcimiento, en la órbita de la responsabilidad contractual -en la que se inscribe el vínculo entre las partes de autos- se encuentra regulada en el art. 520 del Código Civil, con arreglo al cual *"en el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación"*.

Según el art. 901 del Cód. Civil, son consecuencias inmediatas *"las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas"*.

Y una consecuencia es necesaria cuando el hecho que la origina no es por sí indiferente en la producción del resultado sino que reconoce en el incumplimiento del deudor su causa adecuada, sin que se presente como resultado de un factor eventual (conf, LLAMBIAS, J.J., "Trat. D.Civil.-Obligaciones", 2ª. edic., T.I, N° 296/298).

En otras palabras, en caso de incumplimiento contractual, el deudor sólo responde por los daños que reconozcan en su incumplimiento la causa adecuada según el curso natural y ordinario de las cosas, de modo que resulten previsibles porque acompañan invariablemente al incumplimiento (arg. arts. 901, 903 y 904 C.Civ.; conf. LLAMBIAS, J.J., ob. cit., N° 296/298; ALTERINI, A. - AMEAL, O. - LOPEZ CABANA, R., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", 1995, N° 626/630).

Debe tenerse en cuenta en la problemática en tratamiento que aunque en el lucro cesante sólo puede aspirarse a una certeza relativa sobre la frustración de los beneficios esperados, siempre es menester prueba bastante al respecto. De allí que se haya resuelto en forma pacífica que *"para admitir la procedencia del lucro cesante y genéricamente la de cualquier daño, es preciso que se haya acreditado la existencia de un perjuicio cierto, siendo insuficiente la posibilidad abstracta de un daño, desde que no puede acordarse derecho a una indemnización sobre la base de presunciones"* (CNCom., Sala B, 24/05/88, ED 132-638). Es que la frustración de ganancia asume carácter de daño resarcible sólo cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico (conf .CSJN, 15/12/88, Rep.ED, 23-256, 156-S).

Es por ello que se ha calificado al lucro cesante como la ganancia o utilidad que se vio privado el acreedor a raíz del acto ilícito del deudor, que significa una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que el acreedor razonablemente hubiera podido obtener de no haberse producido el incumplimiento. Sabido es que el daño debe ser cierto, pero en el caso del

lucro cesante esa certeza es siempre relativa, si bien el demandante debe acreditar el perjuicio.

El daño material es el menoscabo al patrimonio de una persona, como conjunto de valores económicos (art. 2313 C.Civ.) y que por lo tanto es susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 C.Civ.), y puede manifestarse en dos formas típicas: como pérdida o disminución de valores económicos ya existentes o sea como un empobrecimiento de patrimonio (daño emergente) o bien como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante) (arts. 509, 1069 C.Civ.) (conf. CAZEAUZ, P.N. – TRIGO REPRESAS, F.A., "Derecho de las Obligaciones", T. 4, pág. 241, Ed. Platense, 1976).

El lucro cesante significa la pérdida de un enriquecimiento patrimonial, o sea, equivale al cercenamiento de utilidades o beneficios materiales que se habrían logrado de no ocurrir el hecho. La certeza del daño significa, como regla general, la necesidad de probar su existencia. Esta demostración incumbe a la víctima que la invoca, salvo en el caso en que operan presunciones legales iuris tantum, por ejemplo, el art. 1084. En la práctica el lucro cesante no puede probarse de manera directa sino por medio de presunciones o inferencias lógicas basadas en el sentido común y la experiencia. Esta limitación deriva de que el hecho fuente ha detenido el curso de los acontecimientos en cuya evolución se habrían podido obtener los beneficios esperados, por lo que es imposible asegurar su resultado (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., comentario al art. 1069 en "Código Civil" y normas complementarias de Alberto J. Bueres, Direcc., Elena I. Highton, Coord., T. 3 A, pág. 103, Hammurabi, 1999).

Remarco: la frustración de ganancia, la privación de un acrecentamiento patrimonial que el acreedor verosímilmente hubiese podido obtener según las circunstancias si el incumplimiento contractual no se hubiera producido.

A esto se denomina “lucro cesante” (conf. MORELLO, A.M., “Indemnización del Daño Contractual”, pág. 189, Ed. Platense, 1974).

Si bien el lucro cesante está condicionado a la prueba de su existencia, las pautas positivas requeridas para su consideración son las siguientes: se trata del equivalente a ganancias razonables, de frustración de ganancias razonablemente esperadas, no se trata necesariamente de la expresión de igualdad matemática que marque la estricta equivalencia con las utilidades sino la posible ganancia neta, dichas ganancias deben relacionarse con un plazo razonable, con un contexto real y responder a legítimas expectativas.

Dice Morello que el lucro cesante no consiste en una simple posibilidad de ganancia, pero tampoco es necesaria la absoluta seguridad de que ésta se habría conseguido. Basta una simple probabilidad objetiva según el curso ordinario de las cosas y de las circunstancias particulares del caso (conf. MORELLO, A.M., ob., cit., pág. 189).

El art. 1069 del Cód. Civil, se refiere al daño “efectivamente sufrido”, así como a la ganancia “dejada de percibir” (lucro cesante). Se trata de una frustración de un lucro esperado (art. 519, Cód. Civil). La “certeza” que exige el reclamo de este rubro se rige por un criterio intermedio entre la mera posibilidad y la seguridad. ORGAZ decía que debía apuntarse a *“la probabilidad objetiva, de acuerdo con las circunstancias del caso”*. Por tanto, a la hora de probar, el pretensor debe acreditar que estaba en condiciones de obtener una determinada ventaja pecuniaria con la prestación objeto del contrato y cuya frustración produce el demérito en el patrimonio (conf. CORREA, J.L., “Condena por incumplimiento contractual: estimación del lucro cesante por la posibilidad objetiva de ganancias”, DJ 11/06/08, 380; DJ 2008-II, 380).

En este caso, debe tenerse presente que la reclamante es una empresa y que su actividad es propia de la del comerciante, con lo que el fin de lucro es la motivación de su profesión habitual y de allí que de las resultas de su

actividad hay -sin ninguna duda- una ganancia esperada. Resulta claro, entonces, que las circunstancias del caso marcan la probabilidad objetiva y razonable de la obtención de utilidades por parte de la reclamante, según el curso ordinario de las cosas, durante el tiempo que duró la reducción del servicio de energía eléctrica imputable a la demandada. Y ello es así porque la empresa dedica su actividad a producir para sus clientes y con la venta de su producción genera las utilidades que le permiten no solo su mantenimiento afrontando sus diversos compromisos sino también distribuir e invertir parte de ellas y crecer. No es otra la razón de su existencia dado que nadie invierte y mantiene una empresa para generar pérdidas.

Debiendo evaluar la magnitud del "lucro cesante" a los efectos de fijar la indemnización a favor de la actora, la prueba pericial contable resulta un elemento esencial, sin perjuicio de lo normado por el art. 167 del ritual.

El Perito Contador designado en autos se ha expedido a fs. 374/438, realizando un detallado análisis de la situación y dando respuesta fundada a cada uno de los puntos de pericia propuestos por las partes.

Tengo en cuenta que a fs. 452/453 el letrado apoderado de la demandada ha impugnado el dictamen en cuestión, pero la entidad de la misma carece del rigor científico necesario como para desvirtuar lo expuesto por el experto. En efecto, la referida presentación muestra una evidente disconformidad y discrepancia con las conclusiones periciales pero en modo alguno rebate las mismas con el rigor que es dable exigir desde el punto de vista de la ciencia contable. No surge de la presentación -ni lo dice el impugnante- que las conclusiones del perito sean absurdas, contrarias a derecho, contrarias a las reglas aplicables al caso o que las mismas sean producto de su capricho personal y/o sin aval que lo sustente. Por lo tanto, no habiendo sido descalificado el dictamen con fundamento y razonabilidad, no he de considerar relevante a dicha impugnación.

A la luz de los principios hasta aquí analizados y reiterando lo que dijera supra sobre la pericia practicada en autos por el Ingeniero Electricista, considero que el dictamen pericial contable está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en su especialidad, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a los puntos en cuestión que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válido ese dictamen. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un error o que existan probanzas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones (arg. art. 481 y concs. CPCC).

De los términos de la perica contable surge que efectivamente la reclamante vio frustrada una ganancia cierta proveniente de una actividad habitual, que podía razonablemente esperarse de no haberse dado el hecho dañoso. Ello habilita a admitir la indemnización por lucro cesante reclamada en autos.

Resulta para mí indiscutible que una restricción en el servicio de energía eléctrica que se produjo de manera intempestiva, sin previo aviso ni causa legítima y que afectó a una importante empresa que -como todas- depende directamente de la utilización del fluido eléctrico que le provee la demandada para poder producir lo que vende, ha tenido como lógica consecuencia que no haya podido satisfacer normalmente la demanda de sus clientes ni afrontar los compromisos en ese aspecto, lo cual le produjo una pérdida al no poder obtener los beneficios esperados, que -por otra

parte- son la razón de ser de su labor, desarrollo y existencia. Sin beneficios no habría empresa.

Tengo en cuenta, remitiéndome a la prueba "de informes" producida en autos, que la empresa C. S. L. hizo saber que tuvo conocimiento de la restricción de energía que tuvo la actora y que como consecuencia de ello dicha empresa ha tenido que utilizar las instalaciones del informante para seguir produciendo (fs. 302). A su vez, otro cliente de la actora (S.) informó en autos (fs. 275) que tuvo conocimiento de la restricción de energía sufrida por E. M. S.A. a principios del año 2006 y que durante ese período no tuvieron intercambio comercial ni contratos con la actora y la empresa A. S.A.I.C. informó en autos (fs. 317) que las obras encomendadas a la actora en Octubre y Noviembre de 2005 fueron entregadas en fecha posterior a la estipulada.

Es evidente que se frustró aquí un lucro esperado y razonable dado que surge de autos que la actora estaba en condiciones de obtener una determinada ventaja pecuniaria, beneficio o utilidad en caso de que la demandada le hubiera continuado suministrando normalmente el fluido eléctrico, tal como lo había venido haciendo hasta el día 10 de Diciembre de 2005; nada surge de autos que indique o permita afirmar lo contrario. Es que la restricción abrupta del suministro implicó una frustración para la usuaria reclamante que produjo un desmedro en su patrimonio, lo cual debe ser reparado por la responsable que lo ocasionara.

Ha dicho el experto que procedió a comparar las ventas del sector afectado por la restricción energética durante el período en que duró la misma, con las ventas efectuadas en los meses posteriores al cese de dicha restricción (fs. 428). En ese camino detalló el volumen de las ventas durante los meses que van de Diciembre de 2005 a Julio de 2006 inclusive y ello arroja un promedio mensual de ventas de $ 349.203,26.- (Trescientos cuarenta y nueve mil doscientos tres pesos con 26/100) (fs. 429).

Luego detalló el volumen de ventas durante los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 2006 y el promedio mensual de ventas fue de $ 1.040.093,46.- (Un millón cuarenta mil noventa y tres pesos con 46/100) (fs. 429).

Los cálculos precedentes lo condujeron a determinar que el promedio mensual de la pérdida de ventas entre Diciembre de 2005 y Julio de 2006 fue de $ 690.890,20.- (Seiscientos noventa mil ochocientos noventa pesos con 20/100), lo que hace un total de pérdida de ventas para el período de: $ 5.527.121,60.- (Cinco millones quinientos veintisiete mil ciento veintiun pesos con 20/100) (fs. 430).

Seguidamente explicó que la pérdida de ventas determinada tuvo dos consecuencias para la empresa, la primera es la utilidad bruta mensual no generada y la segunda la imposibilidad de reinvertir dichas utilidades en la empresa.

A fin de determinar el porcentaje de utilidad de las ventas no realizadas, tuvo en cuenta la participación porcentual sobre los ingresos y gastos del sector afectado por la restricción de conformidad con el balance general del ejercicio económico finalizado el 31/07/06 que acompañó en copia. Es así que, con el descuento de los gastos arribó a determinar una utilidad bruta mensual de $ 126.502.- (Ciento veintiseis mil quinientos dos pesos), lo que hace un total para el período Diciembre 2005/Julio 2006 de: $ 1.012.016.- (Un millón doce mil dieciseis pesos) (fs. 430/431).

Según el dictamen debe considerarse también la pérdida por la no inversión de las utilidades no generadas durante el período de restricción (fs. 430). Ello fue determinado mediante el detalle y cálculos realizados por el perito a fs. 431 y con el que determinó que el importe de la pérdida por la no reinversión mensual por el período Diciembre 2005/Julio 2006 ascendió a la suma de $ 73.697,81.- (Setenta y tres mil seiscientos noventa y siete pesos con 81/100).

Conforme la conclusión del experto, el monto por el "lucro cesante", de acuerdo a lo hasta aquí desarrollado y fundamentado, asciende a la suma de $ 1.085.713,81.- (Un millón ochenta y cinco mil setecientos trece pesos con ochenta y un centavos) (conf. fs. 431).

Por lo tanto, he de proponer el Acuerdo admitir el reclamo de la parte actora a los efectos de ser indemnizada por el "lucro cesante" que el incumplimiento de la demandada le produjo y fijar el importe de la reparación en la suma de $ 1.085.713,81.- (Un millón ochenta y cinco mil setecientos trece pesos con ochenta y un centavos), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales a computarse desde el día 10 de Diciembre de 2005 (fecha de la restricción del servicio eléctrico) hasta el efectivo pago (arts. 519, 520, 901, 1068, 1069 y concs. Cód. Civ.; Ley Pcial. 4312). Es mi voto.

7 – Conclusión

Los fundamentos expuestos me conducen a proponer al Acuerdo la revocación de la sentencia en crisis, admitir los agravios de la recurrente y hacer lugar a la demanda instaurada por E. M. S.A. contra S. (C. L. d. P. de S. P. y V. d. P. M.) condenando a la parte demandada a abonar a la parte actora, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 1.085.713,81.- (Un Millón Ochenta y Cinco Mil Setecientos Trece Pesos con Ochenta y Un Centavos) con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el 10 de Diciembre de 2005 hasta el efectivo pago.

8 – Adecuación de las costas y honorarios

La revocación de la sentencia provoca la necesidad de dar cumplimiento a lo normado por el art. 282 del ritual.

En consecuencia y conforme lo propuesto precedentemente las costas de la primera instancia deben ser impuestas a la parte demandada que resulta vencida en el proceso (art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia, corresponde regular los de los Dres. M. A. B., M. B., L. G. G. y M. J. R. Vida, apoderados y patrocinantes de la parte actora, en conjunto y proporción de ley, en el 18% del monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. M. E. R., C. L. C. y J. F. A., que actuaron en representación de la demandada, en conjunto y proporción de ley, en el 12% del monto del proceso; los del Perito Ing. Electricista C. E. P., en el 3% del monto del proceso y los del Perito Contador R. A. C., en el 5% del monto del proceso; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la anterior instancia.

9 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada deben ser impuestas a la parte demandada que resulta ser la vencida en el recurso interpuesto por la actora (arg. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios del Dr. M. A. B., apoderado de la parte actora, en el 14% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los de la Dra. M. B., patrocinante de la actora, en el 10,5% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los del Dr. M. E. K., patrocinante de la actora, en el 2% del monto del proceso; los del Dr. G. A. C., apoderado de la parte demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Perito Ingeniero H. A. F., en el 5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.
Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara por la parte actora.

2.

2.1.

Se agravia el actor a través de representante, pues el decisorio de autos debe ser descalificado por no ser derivación razonada del derecho vigente.
Para arribar a tal conclusión, estimó que se basó en afirmaciones meramente dogmáticas, incurriendo en absurdo valorativo ya que efectuó una irrazonable ponderación de las constancias de autos.
Critica a la sentencia de la otra Instancia, pues ésta consideró que la conducta desplegada por la demandada no fue violatoria de las obligaciones asumidas en el contrato de consumo, sosteniendo además que fue la actora, quien no cumplió con los pasos necesarios para obtener una provisión de energía eléctrica mayor a la necesaria para el normal funcionamiento de la empresa. Para ello, la quejosa citó el texto del art. 7 del Reglamento de la demandada y concluyó que el decisorio consideró que al 10.12.2005 la actora utilizaba una potencia eléctrica superior a la contratada, sin la conformidad de la demandada; que el mentado art. 7 dispondría que la demandada podía exigir la inmediata modificación de la

instalación y/ o retiro del exceso, suspendiendo el suministro; que la actora no habría concurrido a las oficinas de la demandada a fin de regularizar la relación contractual respecto a la potencia efectivamente requerida, concluyendo que no hubo obrar antijurídico de la demandada y el daño sería imputable al accionar de la propia actora. De ese modo, mal interpretó el citado art. 7, ya que esta norma tiene por norte evitar los perjuicios que pueda causar el mayor consumo, y sólo frente a este supuesto, podría justificarse una eventual suspensión momentánea del servicio. Tales extremos, a su entender, no fueron acreditados en autos.

Considera que fue la prestadora quien incumplió con la obligación de prestar el servicio, adoptar las medidas pertinentes para su logro, pero en modo alguno interrumpir y negarse a prestar el que venía proveyendo. Además, ninguna obligación legal pesaba sobre la actora tendiente a concurrir a las oficinas de la demandada a solicitar la prestación del servicio o firmar un nuevo contrato.

Agrega la queja que no fue la interrupción del servicio al 10.12.2005 el que originó el reclamo de autos, sino los daños ocasionados por su restricción y negativa de la demandada a proveer el mismo servicio que brindaba a esa fecha, en el período que principió en ella y terminó el 14.07.2006.

Puntualiza que la conducta antijurídica atribuida a la demandada consistió en haberse negado a prestar el servicio de suministro de energía eléctrica en el período mencionado.

Refiere que en los autos “E. M. S.A. s/ Acción de Amparo”, se decidió oportunamente suministrar a la actora la misma cantidad de energía eléctrica que en forma constante le proveía la demandada al 10.12.2005.

Pone de resalto el carácter público del servicio que presta la demandada, la normativa de rango constitucional que ampara a la actora, destacando en particular la falta de opciones para que dicho servicio sea brindado por otra proveedora.

2.2.

Por tratarse del reclamo por los daños y perjuicios derivados de la restricción del servicio de energía eléctrica en la sede de la actora, he de comenzar tratando la cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad contractual.

Digo ello así en razón del vínculo que liga a la empresa prestataria del servicio de provisión de energía eléctrica y el usuario.

A la luz de este enunciado es que haré el análisis de la cuestión traída.

La jurisprudencia española ha tratado la cuestión, calificándolo como de "suministro eléctrico". La Audiencia Provincial de Toledo, en sentencia del 21 de abril de 1997 (EDJ 1997/7272) , sostuvo que el contrato de suministro de energía eléctrica se incardina en la modalidad de contrato celebrado por medio de condiciones generales, aunque con la notable particularidad de que tales condiciones no están unilateralmente establecidas por la empresa administradora de energía, sino que el contenido contractual se encuentra predeterminado por disposiciones emanadas de la Administración, lo que priva tanto a la empresa como al usuario de toda posibilidad de negociación sobre las cláusulas contractuales. Más que un contrato sometido a condiciones generales, por tanto, se trata de un contrato típico de los que habitualmente se denomina "contrato normativo", entendiendo por tales aquellos cuyo contenido está en mayor o en menor medida determinado por normas jurídicas.

Asimismo, tal como lo adelantara el Dr. Fiordelisi, las obligaciones emanadas de dicho son de las que la doctrina denomina de "resultado", por lo que, en tales circunstancias, deja de ser relevante toda averiguación sobre la culpa del distribuidor de fluido eléctrico, bastando con acreditar el incumplimiento (en este caso, la restricción del servicio) y el daño sufrido (Vivas, Mario L. " Responsabilidad por daños causados en el servicio

eléctrico”, en “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Trigo Represas, Félix A – López Mesa, Marcelo J, T° VI, Ed. La Ley, p. 194).

Surge de autos y lo ha remarcado el Sr. juez de voto anterior, que frente al corte de energía eléctrica producido por al rotura del medidor en la sede de la actora, la Cooperativa demandada procedió a la conexión de un nuevo medidor con fusibles de 35 Amper, lo que resultó insuficiente para la demanda de energía de la última de las citadas, tal como venía requiriendo y le era suministrada. Tras ello, una nueva intervención de la accionada hizo posible su reemplazo, en dos oportunidades, por fusibles de 63 A, los que también fracasaran por las mismas razones.

Tal situación, que imposibilitaba el normal funcionamiento de las máquinas, obligó a la promoción de una acción de Amparo en sede judicial, a resultas de la cual se dejó establecido que los 63 Amper instalados implicaban una restricción en el servicio, ya que a la fecha del corte de suministro (10.12.2005) la actora venía consumiendo aproximadamente 100 KVA.

Este aserto judicial ha sido corroborado por la pericia técnica acompañada en este proceso a fs. 633/637, ya que en el punto 4) el experto señala que a la fecha mencionada registró consumos entre 60 y 100 Amper, por lo que al instalar 63 Amper quedó clara la restricción.

Destaco, al igual que el Sr. juez de voto anterior, que la sentencia de aquel proceso quedó firme y consentida, teniendo particularmente en cuenta que dicho decisorio tuvo por cierto que la instalación de 63 A alteró los niveles de energía eléctrica que venía recibiendo la actora.

Siguiendo el orden metodológico propuesto por el Dr. Fiordelisi, el punto 2) de la pericia de fs. 633/637 adjudicó el corte de suministro de aquel día 10 de diciembre de 2005 a una falla de sobre temperatura externa en el medidor del lado de la red de distribución, precisamente en la bornera externa del medidor, y que es el punto de conexión a la red pública de

distribución. El daño se produjo por falla externa, y no por sobrecarga.

Además, agregó el experto que la demandada estaba en condiciones técnicas de suministrar la energía que demandaba la actora (punto 5 de la pericia y 1° de fs. 681), señalando que la actora solicitó una demanda base de 40 KVA para el corto plazo y 83 KVA para los siguientes cinco años en el (Expte. 198, fs. 150), sin perjuicio que la accionada oportunamente le aclaró que no podría superar los 40 KVA como potencia máxima hasta finalizar las obras de ampliación del sistema de distribución y ampliación de la Ciudad.

Lo cierto es que hasta el 10.12.2005 S. venía facturando a la actora en base a consumos habituales (punto 3, fs. 681) y que en esa fecha el servicio se vio interrumpido (punto 9, fs. 681), el que sólo quedó normalizado luego de construir un nuevo alimentador independiente para la actora, a consecuencia de la sentencia judicial de Amparo (punto 9, fs. 682). El perito señala que S. pudo haber continuado el suministro con los mismos valores de potencia y energía anteriores al evento (punto 11, fs. 682) y que hasta la fecha del evento la actividad era normal y S. proveía la energía necesaria para el abastecimiento del usuario (punto 19, fs. 682).

Cabe señalar que S. repuso el suministro normal y habitual a la actora mediante una línea de baja tensión dedicada con protección mediante fusibles tipo ABT de 150 A y la instalación de un medidor ALPHA A1R - 15/120 A - 3x380/220V (punto 3, fs. 634).

Sobre la base de la existencia de una obligación de resultado, habida entre la empresa proveedora del fluido eléctrico y la usuaria, cabe arribar a una primera conclusión: en estas obligaciones cobra presencia determinante el fin último. Es decir, se persigue en ellas un fin preciso y determinado, y en tales términos no hay posibilidad de eximirse con la falta de culpa, ya que se trata de una imputación objetiva de responsabilidad, cuyo solo eximente es el *casus*.

En estas obligaciones, el deudor no sólo tiene la obligación de observar una

conducta determinada, sino también el de obtener el logro de la finalidad perseguida por ella, por tal razón, al acreedor le bastará con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor. Éste, para poder liberarse, tendrá que probar la concurrencia de una causal de inimputabilidad (López Mesa, Marcelo J - Trigo represas, Félix A, "Responsabilidad civil de los profesionales", Ed. Lexis Nexos, p. 177).

Por tratarse de un factor de atribución objetivo, el único medio que tiene el deudor para eximirse de responsabilidad, total o parcialmente, es probar la causa ajena (Vivas, Mario L., op. cit, p. 191).

Debo señalar que las razones de orden técnico que impregnan la presente causa, los escasos fundamentos, la parquedad y las dudas que surgían de las contestaciones periciales de fs. 450, frente a la naturaleza del reclamo, impusieron a esta Cámara adoptar la medida de fs. 564/565. Por tal razón, habré de tener en cuenta la pericia que se elaboró a partir de dicha medida para mejor proveer y sus pertinentes aclaraciones.

Las impugnaciones de que ha sido objeto no guardan, a mi juicio, fundamentos técnicos que me permitan apartarme de ella.

La fuerza probatoria del informe pericial debe ser estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca. Claro está que en el caso de autos la prueba pericial cobra especial relevancia en atención a la índole técnica del asunto que obliga al juez, más que en otros casos, atenerse a sus conclusiones en tanto no constituyan afirmaciones irrazonables e infundadas, carentes de todo contenido técnico.

S. tenía la obligación de suministrar toda demanda del servicio de electricidad que le fuera requerida en los términos de su concesión, debiendo asegurar su aprovisionamiento sin que pueda invocar el

abastecimiento insuficiente como eximente de responsabilidad, conforme el art. 21, ley 24.065. En tanto, su art. 27 obliga a estas empresas a efectuar el mantenimiento de sus instalaciones en forma de asegurar un servicio adecuado a los usuarios.

No obstante ello, no escapa a esas obligaciones la de supervisar esa actividad, tal como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido ha señalado que la empresa titular de las líneas media y baja tensión tienen la obligación de supervisión propia de la actividad -como prestataria de un servicio público-, la que le obliga a ejercer una razonable vigilancia de las condiciones en que aquel se presta para evitar consecuencias dañosas (CSJN, Fallos 315:693).

Como puede advertirse, las obligaciones que asume la demandada son sin lugar a dudas, de las denominadas “de resultado”.

Así las cosas, si S. venía proveyendo el servicio en forma normal y al colocar fusibles de 63 A produjo la restricción del servicio hasta que por sentencia judicial se vio precisada a instalar una línea de baja tensión dedicada al usuario, evidente resulta que para eximir su responsabilidad, en forma parcial o total, debía probar el caso fortuito o la culpa ajena.

Me adelanto a señalar que nada de ello logró en autos.

La demandada, al contestar su demanda, sostuvo que el usuario aumentó en forma unilateral y clandestina la potencia declarada y violó el art. 7 del Reglamento que sirvió de base al decisorio para desestimar la acción.

Agregó, con fundamento en la pericial rendida en el juicio de Amparo que el actor consumía más energía que la declarada y contratada.

Respecto de esta última labor, es necesario poner de resalto que: a) hasta el día del evento, el usuario recibía el suministro en forma normal con su equipamiento, salvo reclamos por pérdidas de fases o baja tensión, los que fueron atendidos realizando reposiciones, pero nunca informando al mismo que el problema podría estarse originando en su instalación; b) no constaba

la potencia reclamada por el actor y no pudo precisarse en qué forma se consumía la energía. Según el experto, debía encuadrarse al usuario en categoría "tarifa 3" exigiéndole un medidor multitarifa; c) si bien en los últimos tres meses de 2004 y de 2005 observó más consumo en el primero, para el experto de los autos citados, ello no significó mayores cambios al respecto; d) la solución del problema consistía en un tendido acorde al consumo y la implementación de un medidor multitarifa para poder constatar con certeza la curva de consumo y adecuarse a una nueva tarifa.

Por su parte, la pericia del Ing. P. de estos actuados sostuvo que la actora no tenía contratada la cantidad de potencia que su actividad demandaba, la que era de 40 KVA, sobre la base de lo que surge de la nota 1908/05.

La copia de ese instrumento, glosado en autos a fs. 149 (07.10.05) fue desconocida por la actora, sin que la demandada corroborara su autenticidad a través de otro medio probatorio.

No obstante ello, de la CD de fs. 147 (que no fuera desconocida por su contraparte) surge que la empresa concesionaria señaló que se le otorgaba factibilidad para 40 KVA, manifestando que por razones operativas no se podría otorgar factibilidad para una superior y le aclara que para poder acceder a conectar la nueva acometida era necesario extender la red de baja tensión a su costo.

La primera afirmación del despacho epistolar mencionado quedó desvirtuada con la conclusión pericial de fs. 635 (punto 17) la que señaló que "de lo visto y considerado que luego de los eventos, no se dispone de registros de fallas permanentes en el sistema de distribución de energía eléctrica, y/o accidentes y/o mermas en cuanto a la provisión del suministro, se infiere que S. podía haber continuado con la prestación del servicio en la forma habitual".

Tampoco surge de autos la falta de contratación de una potencia menor a la que la actividad de la actora demandaba.

El perito F. fue contundente al señalar que la categorización del usuario, de acuerdo al consumo, corría por cuenta de S., y si ésta no la encuadró debidamente, siendo su obligación legal hacerlo (arts. 41, ap. 3, 43, inc. 7 y 52 del Reglamento de fs. 685/707), tal carga no podía ser trasladada al usuario.

Además, en caso que la demandada hubiese verificado un aumento en el consumo del usuario, debió aquélla proceder determinando si la variación era circunstancial o permanente, notificarlo y acordar las nuevas condiciones operativas y de las instalaciones (punto 19, pericia de fs. 633/637).

Por otro lado, tal como se dijera antes, la demandada se encontraba obligada a ejercer una razonable vigilancia sobre la debida prestación del fluido eléctrico, aserto que es coincidente con la conclusión pericial del punto 8 de fs. 634 en cuanto a que era la concesionaria quien debía disponer los controles a fin de garantizar la prestación del servicio.

Los Ingenieros B. y F. fueron coincidentes en afirmar que la falla del 10.12.2005 se originó por sobre temperatura externa en el medidor del lado de la red de distribución (punto 2, fs. 633), siendo S. la responsable de lo referido a la red de distribución y provisión de energía (punto 20, fs. 636; punto 13, fs. 682; art. 3, n del Reglamento acompañado a autos).

El Ing. P. informó que el consumo de la actora excedía en 15 KVA el autorizado por S., remitiéndose a la pericia del Ing. B.

Sin perjuicio de ello, el Ing. F. dejó aclarado que tal consumo guardaba relación con fluctuaciones, que son inherentes a cualquier consumo eléctrico y se deben a las características propias de las cargas, que no son constantes. Particularmente, en el caso de las industrias, dichas cargas dependen, entre otros factores, de los requerimientos de la producción (punto 18, fs. 682).

Sentado ello, cuadra analizar si a partir del 10.12.05 la actora se vio afectada por la restricción del servicio que le permitiera desarrollar normalmente su

actividad industrial.

Los peritos B. y F. (punto 4, fs. 634) también fueron coincidentes en afirmar que al colocarse fusibles de 63 A quedó clara la restricción, conforme al consumo que venía requiriendo la actora, cuando de los registros de consumo en kwh surgía evidente que la demandada estaba en condiciones técnicas de suministrar al demandado (punto 5), sin que consten en estas actuaciones razones para proceder a tal limitación (punto 10).

Frente a la imposibilidad de lograr un servicio adecuado con la instalación de fusibles de 63 A, lo cierto es que, según el Ing. F., las medidas técnicas a adoptar son independientes del calibre (63 A), ya que este tipo de situaciones pueden ocurrir con cualquier usuario, sin perjuicio de su categorización e instalaciones aguas abajo del medidor. S. tenía el derecho de verificar las instalaciones con personal idóneo, mas no lo hizo.

Pudo haberse evitado tal restricción de haber S. construido oportunamente la línea de baja tensión y cambiado el medidor, pautando con el usuario los requerimientos y condiciones para tal fin (punto 10, fs. 682), sin que conste en autos las razones que la llevaron a no hacerlo. Adviértase que a partir del 14.07.06, luego de construir un nuevo alimentador independiente para la actora, se normalizó el servicio de suministro eléctrico (punto 9, fs. 682). Nada obstaba a que S. mantuviera los mismos valores de potencia y energía anteriores al evento (punto 11, fs. 682).

De lo dicho hasta aquí se desprende que : a) el daño en el medidor acaecido el 10.12.2005 se debió a una falla externa y no a una sobrecarga producida por el actor; b) que a partir de esa fecha, la demandada no suministró la energía eléctrica requerida, tal como lo venía haciendo, provocando una restricción en la prestación del fluido en orden a los requerimientos de consumo de la actora, sin justificación; c) que sólo obtuvo la actora el fluido eléctrico necesario para satisfacer su demanda -tal como lo hacía en forma constante antes del 10.12.05- gracias a una decisión judicial, cuyos términos

quedaron firmes y consentidos por la accionada; d) que pudiendo la demandada dar solución a la deficiencia en el suministro, no lo hizo sino a instancia de dicha decisión judicial, sin otra razón valedera.

De tales argumentos se desprende que la demandada no logró probar que su incumplimiento (restricción en el servicio) se debió al caso fortuito o fuerza mayor, a un tercero o a la propia víctima.

Al tratarse de una obligación de resultado, es irrelevante toda averiguación sobre la culpa del distribuidor del fluido eléctrico, bastando con acreditar -tal como lo hizo la actora- el incumplimiento (restricción en el servicio por un lapso prolongado de tiempo -10.12.05 y el 14.07.06-) y el daño sufrido (cfr. Vivas, Mario L., op. cit, p. 194).

2.3.

Sentado ello, habré de analizar si de la referida restricción en el servicio se derivó un daño.

El Sr. juez de anterior voto hizo referencia a los dichos de la actora en cuanto a que durante el lapso de tiempo ya mencionado, la empresa de la actora quedó paralizada en su producción, siendo que su actividad principal consiste en la ejecución de obras civiles, montajes industriales, y complementarias, anexas y conexas a aquéllas, cuyo insumo necesario es la energía eléctrica. En tal sentido, señala que los clientes dejaron de solicitar presupuestos, retornando a la normalidad sólo dos meses después de la normalización de la provisión de energía eléctrica. La limitación en la provisión de energía eléctrica impidió cumplir también con compromisos asumidos, viéndose precisada a crear una actividad paralela a costa de endeudamiento financiero. Tales circunstancias privaron a la actora de la obtención de ingresos, reclamando el lucro cesante.

Se ha sostenido que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de la que se ve efectivamente privado el damnificado a raíz de un ilícito o el

incumplimiento de la obligación. Ello implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, SDC 03/10).

Cuando se hace referencia al lucro cesante, se está tratando de determinar cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso. Este pronóstico ulterior debe llevar a concretar un interés cierto del damnificado (Cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, SDC 34/12; Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, 27.08.2009), sin que tal certeza se convierta en absoluta. Se trata, ni más ni menos, que de la ganancia dejada de percibir por el perjudicado (cfr. Cámara en lo Civ. y Com. 1ª, La Plata, Sala 1ª, 01.12.1994, Juba B100366).

De allí que el lucro cesante no se presume, razón por la cual quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su existencia (cfr. esta Cámara, fallo citado; Cámara Nacional Apelaciones en lo Civil, Sala E, 27.02.97, in re: "Jiménez, Pablo y o. c/ Schuartz, Eduardo", en LL 1997-1997-C-252 y DJ 1997-2-656).

Desde esa perspectiva, es en primer lugar a la prueba pericial contable (fs. 374/438) a la que habré de acudir, para determinar si efectivamente la parte actora ha logrado probar la configuración del daño que reclama.

Digo ello así, sin perjuicio de las impugnaciones de la demandada de fs. 452/453, las que, por carecer de fundamentos científicos necesarios (desde que sólo contienen discrepancias con la labor pericial), no habrán de conmover las conclusiones periciales.

A los efectos de determinar la cuantía de la rentabilidad y el eventual lucro cesante -señala el contador- procedió a comparar las ventas del sector afectado por la restricción energética durante el período que duró la misma, con las ventas efectuadas en los meses posteriores al cese de dicha

restricción.

El total de ventas del período diciembre/2005 a julio/2006 arrojó un total de $ 2.793.626,08, con un promedio de $ 349.203,26, mientras que las de septiembre a octubre de 2006 arrojaron un total de ventas de $ 3.120.280,38, con un promedio de $ 1.040.093,46.

De ello, determinó la pérdida de ventas promedio por el período de restricción, por lo que restó el último promedio al primero, concluyendo que la pérdida de ambos períodos fue de $ 690.890,20.

Esa cifra la multiplicó por los ocho meses de restricción, arribando a un resultado de $ 5.527.121,60.

En esa línea de cálculo, determinó el porcentaje de utilidad de las ventas no llevadas a cabo, sobre la participación porcentual de ingresos y gastos, teniendo a la vista el balance general del ejercicio finalizado en julio de 2006, concluyendo que la incidencia de los costos era del 81,69% y la utilidad bruta mensual de $ 1.012.015,96 (fs. 430).

Tuvo también en cuenta la no inversión de utilidades no generadas durante el período de limitación de energía, arribando a la cifra de $ 73.697,81, considerando que el lucro cesante consistió en la sumatoria de $ 1.012.015,96 más $ 73.697,81, esto es, $ 1.085.713,81.

Atento la inexistencia de razones para apartarme de las conclusiones periciales, y en coincidencia con el Dr. Fiordelisi, estimo que el lucro cesante sufrido por la actora durante el período de restricción asciende a $ 1.085.713,81, al que deberá adicionarse intereses conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde el 10.12.2005 hasta su efectivo pago.

A dicha prueba habré de adunar el informe de C. S. L. (fs. 302), S. (fs. 275) y A. S.A.I:C (fs. 317), coincidentes todos en aseverar la inactividad de la actora durante el plazo denunciado como de restricción con las consecuencias que de ello se derivaron: cambio de lugar de producción, falta de intercambio comercial y entregas posteriores a las pactadas,

respectivamente.

2.3.1.

No he de soslayar que el monto de resarcimiento excede el reclamado oportunamente en la demanda.

No obstante, debo dejar debidamente aclarado que el reclamo allí consignado de $ 300.000 lo fue a instancias del monto definitivo que resultara de la prueba pericial contable “a producirse en autos”, y que ello fue motivo de oportuna aclaración en el alegato de la parte actora (fs. 479).

El tipo de fórmulas utilizado por la actora como así la utilización de la fórmula: "... o de lo que en más o en menos fije su alto criterio en concepto de indemnización por el daño producido" deja al arbitrio del juzgador la procedencia de una mayor o menor suma a la reclamada por el actor, exhibiendo con ello su intención de no inmovilizar su reclamo, limitándolo al monto peticionado, por lo que la sentencia condenatoria por un monto superior al mismo, no resulta violatoria del principio de congruencia (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Pacheco, Carlos y otros c. Municipalidad Malvinas Argentinas y otro”, 27/04/2011, La Ley Online, AR/JUR/15820/2011).

En definitiva, no se otorga un monto de condena mayor al solicitado, desde que este último quedó subordinado al resultado de la prueba a rendir, y la parte demandada se encontraba en perfectas condiciones para disentir y acreditar en forma adversa, el valor pretendido o la inexactitud de la cuantificación del daño realizada por vía de la prueba pericial.

Por tales razones, estimo que deberá revocarse la sentencia recurrida y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma de $ 1.085.713,81, a la que deberá adicionarse intereses conforme tasa activa del Banco del Chubut S.A. desde el 10.12.2005 hasta su efectivo pago, en concepto de lucro cesante.

3.

En los términos del art. 282, del CPCC las costas y honorarios de la Instancia anterior deberán ser readecuados. Por tal razón, las costas deberán ser soportadas por la demandada (art. 69, del CPCC).

En cuanto a los honorarios, los mismos deberán ser fijados, para cada uno de los profesionales intervinientes, en el porcentual que lo ha establecido el Dr. Fiordelisi, en atención al mérito, calidad, extensión y resultado obtenido por cada uno de ellos (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y cc, ley arancelaria).

4.

Con respecto a las costas de esta Instancia, le deben ser impuestas a la parte demandada (art. 69, del CPCC), debiendo regularse los honorarios de los letrados intervinientes en el modo en que lo hace el Sr. Juez preopinante (arts. 5, 13, 18, 46 y cc, ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos expuestos precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR la sentencia apelada dictada a fs. 491/495 vta.

2) ADMITIR LA DEMANDA interpuesta por E. M. S.A. contra S. (C. L. d. P. d. S. P. y V. d. P. M.), condenando a la parte demandada a abonar a la parte actora dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 1.085.713,81.- (Un Millón Ochenta y Cinco Mil Setecientos Trece Pesos con

Ochenta y Un Centavos) con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el 10 de Diciembre de 2005 hasta el efectivo pago.

3) IMPONER LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA a la parte demandada (art. 69 CPCC).

4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA, regulándose los honorarios de los Dres. M. A. B., M. B., L. G. G. y M. J. R. V., apoderados y patrocinantes de la parte actora, en conjunto y proporción de ley, en el 18% del monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. M. E. R., C. L. C. y J. F. A., que actuaron en representación de la demandada, en conjunto y proporción de ley, en el 12% del monto del proceso; los del Perito Ing. Electricista C. E. P., en el 3% del monto del proceso y los del Perito Contador R. A. C., en el 5% del monto del proceso; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la anterior instancia.

5) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC), **REGULANDOSE** los honorarios del Dr. M. A. B., apoderado de la parte actora, en el 14% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los de la Dra. M. B., patrocinante de la actora, en el 10,5% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los del Dr. M. E. K., patrocinante de la actora, en el 2% del monto del proceso; los del Dr. G. A. C., apoderado de la parte demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Perito Ingeniero H. A. F., en el 5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.
Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de noviembre de 2013.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A
1) REVOCAR la sentencia apelada dictada a fs. 491/495 vta.
2) ADMITIR LA DEMANDA interpuesta por E. M. S.A. contra S. (C. L. d. P. d. S. P. y V. d. P. M.), condenando a la parte demandada a abonar a la parte actora dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de $ 1.085.713,81.- (Un Millón Ochenta y Cinco Mil Setecientos Trece Pesos con Ochenta y Un Centavos) con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. desde el 10 de Diciembre de 2005 hasta el efectivo pago.
3) IMPONER LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA a la parte demandada (art. 69 CPCC).
4) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA, regulándose los honorarios de los Dres. M. A. B., M. B., L. G. G. y M. J. R. V., apoderados y patrocinantes de la parte actora, en conjunto

y proporción de ley, en el 18% del monto del proceso que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia; los de los Dres. M. E. R., C. L. C. y J. F. A., que actuaron en representación de la demandada, en conjunto y proporción de ley, en el 12% del monto del proceso; los del Perito Ing. Electricista C. E. P., en el 3% del monto del proceso y los del Perito Contador R. A. C., en el 5% del monto del proceso; en todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.), quedando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la anterior instancia.

5) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (arg. art. 69 CPCC), **REGULANDOSE** los honorarios del Dr. M. A. B., apoderado de la parte actora, en el 14% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los de la Dra. M. B., patrocinante de la actora, en el 10,5% de los que les correspondan por su labor en primera instancia; los del Dr. M. E. K., patrocinante de la actora, en el 2% del monto del proceso; los del Dr. G. A. C., apoderado de la parte demandada, en el 3% del monto del proceso y los del Perito Ingeniero H. A. F., en el 5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 5, 9, 13, 18, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDC. CONSTE.