000028/2015

Esquel, de abril de 2015.-

------<u>VISTO:</u>----------

-----La apelación intentada (fs. 81) por la parte actora contra el decreto judicial de fs. 80 del 04 de febrero de 2015, con agravios expresados a fs. 83/87 del presente legajo; y ----------

------<u>CONSIDERANDO:</u>----------

------El juez de la instancia original denegó la medida cautelar planteada por el actor por inexistencia del peligro en la demora, y por no haberse acreditado perjuicio irreparable. Sostiene que estas cuestiones deben valorarse con suma prudencia cuando la pretensión cautelar es coincidente con la pretensión sustantiva.----------

La actora se agravió. Sostuvo que *"La especial situación del caso (...) amerita el adelantamiento jurisdiccional, pues (...) todos los meses se produce una expoliación al patrimonio de los usuarios quienes se ven efectivamente dañados*".----------Manifestó que la cautelar y la cuestión de fondo no son idénticas. La primera tiene por finalidad el cese de la expoliación patrimonial mensual de los usuarios. La segunda persigue la restitución de todas aquellas sumas que se han percibido en forma ilegitima.----------Entiende también el recurrente que en autos están dados todos los requisitos de admisibilidad de la medida.----------En cuanto a la medida pretendida, debemos destacar que la cautelar de prohibición de innovar tiene por finalidad impedir la modificación de un estado de cosas vigente mientras tramita el proceso.----------

----Ahora bien: indiscutido resulta que, de acuerdo al art. 232 del CPC y C., para su procedencia, se requieren determinados presupuestos: la "*verosimilitud del derecho*" *–fumus bonis iuris* – y el "*peligro de un daño inminente" –periculum in mora* – e irreparable (SCJN; Fallos 307:2267; LL 1985-A-46). A ello debe agregarse la contracautela prevista en el art. 201 del rito provincial. La ausencia de uno de ellos sella la suerte adversa de la cautelar solicitada.----------

-----Puestos a analizar la cuestión propuesta, resulta oportuno señalar que nos hallamos frente a una típica *relación de consumo* (art. 3 Ley Nro. 24.240 de Defensa del Consumidor sustituido por el art. 3 de la Ley Nro. 26.361).----------

-----Tratándose de servicios públicos domiciliarios con legislación específica, los requisitos para la procedencia de la cautelar, deben ponderarse a la luz de aquella legislación propia y de los principios que surgen de la Ley Nro. 24.240, reformada por su similar Nro. 26.361.----------Así las cosas, y conforme se desprende del texto de la Ley Nro. 24.065 Régimen de la Energía Eléctrica, se ha previsto la protección del usuario (art. 2° inc. a) y la prohibición de abusos derivados de la posición dominante de la prestadora del servicio (art. 19°), ambos en el marco de la Ley Nro. 22.262 de Defensa de la Competencia.----------Tales principios aparecen congruentes con los términos de la mencionada Ley de Defensa del Consumidor, siendo que aquéllos se erigen como un antecedente valioso de esta última.----------A los fines de facturarse un nuevo rubro o categoría, resulta imprescindible la autorización del Honorable Concejo Deliberante local (arts. 233 de la Constitución de la Provincia del Chubut en función del Anexo I de la Resolución Nro. 2061/2012 de fecha 22.11.2012 emanada de la Secretaría de Energía de la Nación que aprobó la Programación Estacional de Verano para el Mercado Eléctrico Mayorista a la vez que estableció la aplicación de precios de referencia, disponiendo la prohibición de aplicar o agregar ningún otro factor, precio o cargo adicional de los establecidos en la normativa vigente, con excepción de aquellos sobrecostos atribuibles a la remuneración de las Unidades Generadoras de Energía Generación Móvil conforme a lo establecido en las Notas Nro. 8754 de fecha 15.11.2011 y Nro. 3547 de fecha 04.06.2012, ambas de la Secretaría de Energía; de los sobrecostos por demanda excedente aplicables a los grandes clientes del distribuidor y definidos en Resolución Nro. 1281 de fecha 04.09.2006, entre otros -v. art. 2do.-).----------Que en virtud de lo dicho, entendemos que la facturación del cargo que se cuestiona debe ser autorizado por los cuerpos deliberativos locales, circunstancia que no se presenta en el *sub exámine* a estar por la constancia que luce agregada a fs. 75.----------

----------Tal y como lo venimos diciendo, estimamos que la actuación de la accionada no superó el test inicial que surge de la legislación específica y debemos subsidiariamente recurrir, en este caso, a los principios alojados en la Ley Nro. 24.240 de Defensa del Consumidor (t.o. por Ley Nro. 26.361) en función de los arts. 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional y 33 de la Constitución de la Provincia del Chubut, estimando de aplicación el principio *in dubio pro consumidor*, pues en el plexo normativo mencionado se ha establecido como regla obligatoria de interpretación que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor y si aún existiesen dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (art. 3° última parte de la Ley Nro. 24.240 de Defensa del Consumidor).----------
----------Y ello resulta así, pues el derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que se encuentra dentro del ámbito del derecho privado, pero reconoce base constitucional (art. 43 segundo párrafo constitución Nacional y art. 33 de la constitución de la Provincia del Chubut). En su función, la solución debe buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema y sin recurrir a la analogía, pues lo característico de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de normas generales. Así, el microsistema se compone de las siguientes normas: La norma constitucional que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; Los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter "*principiológico*", es decir, tiene sus propios principios y por esta razón es que la ley 26.361 señala que debe prevalecer la interpretación de los principios más favorables al consumidor (art. 3); y las normas infraconstitucionales, sea que exista un Código o un "*estatuto del consumidor*"; el elemento activante es la relación de consumo, es decir, que siempre que exista una relación de este tipo se aplica el microsistema

(LORENZETTI, Ricardo Luis; "*Consumidores*"; 2ª edición actualizada; Año 2.009; Rubinzal-Culzoni Editores; pág. 49/50).----------
----Estimamos que en el marco jurídico así descripto corresponde tutelar acabadamente los derechos del consumidor concediendo cautelarmente la protección de sus intereses económicos, toda vez que la medida solicitada no se confunde con el objeto de la postulación inicial que se intenta (v. fs. 15) que pretende la restitución de las sumas ilegítimamente percibidas, en tanto

que la medida cautelar articulada persigue que se deje de cobrar, en adelante, aquél cargo.----------

------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut,---

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

-----1°) REVOCAR el decreto judicial de fs. 80 del 04 de febrero de 2015; por los considerandos expuestos.----------

------2º) DISPONER como medida cautelar innovativa (art. 232 CPCC) el cese de la percepción del denominado "**Cargos Fijos: Adicional por Infraestructura**" por parte de la Cooperativa de Provisión de Servicios Públicos y Consumo 16 de Octubre Ltda. y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.----------**------3°) FIRME** que se encuentre el presente interlocutorio, librar oficio a la Cooperativa de Provisión de Servicios Públicos y Consumo 16 de Octubre Ltda. a fin de dar cumplimiento a lo resuelto.----------**----4°) REGÍSTRESE**, notifíquese, cúmplase y devuélvase.----------

---La presente resolución es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V Nº 17 del DJP) y encontrarse recusado el Dr. Claudio A. Petris.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2015 DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS. CONSTE.-