En Puerto Madryn, a los días de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:

"F., J. M. C/ C. D. P. D. S. P. Y V. D. P. M.

(S.) S/ Acción de amparo" (Expte. Nº 203- Año 2015) venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 10088/2014) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 364.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. La sentencia apelada rechazó la acción de amparo interpuesta por J. M. F., contra la C. d. P. d. S. P. y V. d. P. M. (S.), impuso las costas del juicio en el orden causado (art. 17 de la Ley V N° 84) y reguló honorarios a los letrados, perito y consultor técnico.

Para así resolver la magistrada de grado se expidió por la cuestionada legitimación activa del actor y reiteró los argumentos por los que confirió al caso la aptitud de acción de clase, otorgándole efecto erga omnes a las resoluciones que se dictaran en relación a los socios y usuarios de los servicios de la C. L. d. P. d. E., S. P. y V. d. P. M. (S.), es decir, sin identificación de las categorías administrativas que se le da a los usuarios por su condición de consumo. Recordó además que la resuelto en ese

aspecto por providencia de fs. 61/62, no fue cuestionada por la demandada, encontrándose por ello, firme y consentida.

Dijo luego que en atención al objeto de la pretensión incoada por la parte actora, y luego de examinar con detenimiento las constancias obrantes en la causa no se logró acreditar clara, inequívoca y certeramente el incumplimiento denunciado por la parte actora que habilitara el dictado de una sentencia condenatoria, con efecto erga omnes al que se le atribuyó al presente pronunciamiento, como fue entendido en la resolución dictada a fs. 61/62 -no cuestionada por las partes-, sin perjuicio de que la pretensión fue deducida exclusivamente por un particular, a la sazón, socio y usuario de los servicios que brinda la C. demandada y por lo tanto sujeto habilitado para articularla.

Señaló que la cuestión a resolver involucra un universo de usuarios con diversas categorías, lo que comprende un debate contable complejo que pone de manifiesto lo inadecuado de la vía escogida, pues aún el largo tiempo que se dedicó a la producción de la prueba pericial contable, se advierte de imposible concreción y control por medio de esta vía del amparo que no se constituye en apta para canalizar esta multiplicidad de situaciones conforme a la categorización de usuarios y el cuadro tarifario aplicable según qué tipo de usuario se trate (conf. Categorías establecidas en el art. 52 del Reglamento de Suministro y Conexión del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica de S., obrante a fs. 116/127).

Agregó que la prueba producida no resulta suficiente para definir un incumplimiento por parte de la accionada, pues la cuestión planteada exhibe una complejidad que excede el limitado marco cognoscitivo de la acción de amparo.

En apoyo de su fundamentación analiza el informe del perito contador R. A. C. y el informe del Consultor Técnico propuesto por la parte actora, los

pedidos de explicaciones formuladas y su respuesta por parte del primero y dice que existen algunas diferencias en los cálculos a favor del usuario auditado, pero también existen reintegros efectuados en forma correcta según lo peritado, y en otros casos se verifican diferencias a favor de S., datos que surgen de distintos usuarios y dependiendo el rubro que se evaluó.

Reflexiona que de esa manera no es difícil advertir que para que prospere una acción por las diferencias reclamadas, se debe auditar a cada uno de los usuarios en todos los rubros liquidados, siendo más cerca de veinte mil según los datos acercados por la demandada, resultando una tarea extremadamente extensa en el marco de un proceso sumarísimo,

excediendo en demasía el acotado proceso que se debía haber transitado por el modo en que fue interpuesta la demanda.

Agrega que ha quedado demostrada la falta de grave perjuicio del actor, así como también del colectivo a quien representa, pues no se ha logrado demostrar que existan diferencias a favor de todos los usuarios de S. por los rubros reclamados, y que no hayan sido resarcidas por la

demandada.

En otro considerando y bajo el título de *" Existencia de otras vías legales más aptas y adecuadas para la solución del caso y para la protección de los derechos que se dicen lesionados"* expresa que las medidas de prueba fueron insuficientes para determinar una condena y que esa circunstancia habla por sí sola de la improponibilidad de la pretensión a través de la vía escogida, resultando a su entender que las vías habilitadas por la Ley 24.240 (ref. por Ley 26.361) de Defensa del Consumidor resultan el remedio judicial más idóneo como lo han establecido los pronunciamientos judiciales de Tribunales de Primera Instancia locales y lo ha confirmado esta Cámara. Indica que F. no formuló el reclamo que establece el Reglamento de Suministro y Conexión del Servicio Público de Distribución de Energía

Eléctrica.
Sostuvo luego que no vislumbraba la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta ni el grave perjuicio irrogado por la deficiente facturación denunciada y que en el caso la acción incoada y la insuficiencia de la prueba concretada no se corresponden con la exigencia enunciada lo que demuestra la improcedencia de la vía elegida.
En definitiva resuelve rechazar la acción de amparo incoada. ----------
La sentencia es apelada y fundados los agravios a fs.352/ 358, sin que la contraria hubiera ejercido la facultad que le brinda el art. 11 de la Ley V N°84.

2. <u>Los agravios de la parte actora</u>

2.a) En el primer agravio dice que la sentenciante yerra en la apreciación e identificación del acto lesivo, contradiciendo de modo explícito su providencia de fs. 61/62, lo que convierte a la sentencia en un acto jurisdiccional inválido.
Para evidenciarlo recuerda el objeto del amparo y que denunció como acto lesivo el incumplimiento por parte de la demandada de la OM N°8705 (BO 27/03/14) puesto que en las facturaciones correspondientes al período abril, con vencimiento en mayo de ese año, hizo caso omiso a la norma y continuó cobrando a todos los usuarios sus tarifas, con cuadros tarifarios, cobro de impuestos y tasas que no se encontraban autorizados por el poder concedente. Acota que en la sentencia ninguna referencia se hace al acto lesivo identificado en el punto 3.4 de la demanda.
Procura evidenciar en su queja la violación al principio de no contradicción transcribiendo los argumentos considerados a fs. 61/62 para el dictado de la cautelar y que no puede sostenerse luego que no se logró acreditar el incumplimiento denunciado.

Resalta que en la sentencia se ignoró que en la audiencia celebrada el día 20/05/2014, los representantes de la demandada reconocieron que no cumplieron con la ordenanza 8705 asumiendo el compromiso de

compensar valores al reliquidar los consumos facturados conforme el esquema que transcribe. Aluden a la nota remitida por S. al CD.

Refiere al incumplimiento de negar categóricamente los hechos denunciados conforme el CPCC y que su parte logró acreditar de manera clara e inequívoca el incumplimiento denunciado en la demanda.

Se queja que en la sentencia, se cae en el absurdo de omitir el análisis de la conducta de la propia demandada respecto de su condición de socio, limitando el análisis al conjunto de asociados y citando un reglamento de provisión de energía eléctrica inaplicable porque la cuestión tiene que ver con la provisión de agua potable, servicio de cloacas, sus respectivos cuadros tarifarios, impuestos y tasas aplicadas.

Define que en la sentencia se prescinde de analizar el objeto de la pretensión incoada, que no era si la demandada cumplió o no con devolver sumas de dinero como lo ordenó la OM 8705, circunstancia a la que se dedica casi en exclusividad la sentencia, sino a la existencia de un acto lesivo por parte de la demandada cual era aplicar en las tarifas de sus asociados cuadros tarifarios que no se encontraban vigentes al momento de iniciar la presente acción.

Agrega que en la audiencia celebrada se resolvió designar un perito contador y consultor técnico que concluyeron que la demandada no

reintegró correctamente a los usuarios testeados las sumas que se cobraron indebidamente.

Finaliza el agravio señalando que acreditado el incumplimiento, debió la magistrada pronunciarse sobre la condena o no a restituir las sumas

ilegítimamente percibidas por la demandada, pero que la sentencia se desvió del análisis del tema al expedirse si la demandada a partir del compromiso asumido devolvió bien o mal las sumas.

2.b) Para el segundo agravio la queja radica en que la magistrada resuelve que el amparo no era la vía idónea, estableciendo que correspondían las previstas en la LDC.

Reitera que la magistrada de grado ya se había expedido sobre la cuestión al analizar la admisibilidad formal, por lo que resulta al margen de todo razonamiento lógico señalar luego que la demanda es improponible. Cuestiona la interpretación residual de la acción de amparo y que las vías consumeriles implicarían la frustración de derechos.

2.c) En el tercer agravio señala que la magistrada de grado no ha valorado correctamente los hechos invocados por el recurrente y que fracasa por deficiente y contradictoria fundamentación cuando estima que la arbitrariedad o ilegalidad no resulta manifiesta o que no existe perjuicio irrogado. Dice que no hace falta prueba pericial contable porque el acto lesivo surgía del mero cotejo de documental, sin perjuicio que S. ha reconocido el hecho, el que por otro lado resulta de público y notorio, lo que releva a su parte de prueba.

Agrega que desconoce el motivo para el cambio de criterio cuando se expidió respecto de la verosimilitud del derecho para admitir la cautelar y luego, al dictar sentencia, no pudo vislumbrar lo afirmado en aquella oportunidad procesal.

Solicita finalmente se haga lugar al amparo con costas.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

La Ley V N° 84 establece en su art. 7mo. que recibida la demanda, el juez examinará su admisibilidad preliminar bajo los requisitos previstos en los artículos precedentes y se expedirá dentro del plazo improrrogable de un (1) día.

La magistrada de grado despachó a fs. 61 que *"2°) Satisfaciendo la demanda interpuesta los presupuestos legales enunciados en los arts. 3, 4, 5 y 6 de la Ley V N° 84 en orden a su admisibilidad preliminar, declaro la procedencia formal de la presente acción de amparo (art. 7 y concs. de la Ley V N° 84).",* admitiéndosela como acción de clase al decidir *"imprímase a la presente acción de clase efecto erga omnes para las resoluciones que se dicten en lo sucesivo en relación a los socios y usuarios de los servicios de la C. L. d. P. d. E., S. P. y V. d. P. M. (S.).* La admisibilidad formal del amparo ganó firmeza, sin perjuicio de lo cual y en forma liminar al tratamiento de la cuestión de fondo debo señalar que la determinación de la legitimación para obrar de las partes puede ser dilucidada de oficio por los jueces de la causa, en cualquier etapa del proceso, aun cuando la contraria no hubiere opuesto la pertinente defensa, toda vez que ella es una de las condiciones necesarias de la acción.

En efecto, la calidad o legitimación ad causam (entendida como la identidad entre la persona del actor o del demandado, y aquéllas especialmente habilitadas por la ley para asumir tales calidades) es un extremo que el juez debe examinar previamente a la entrada en la pura sustancia del asunto, pues de faltar la misma ningún derecho a favor del actor podrá ser declarado.

En otras palabras -por regla- la falta de legitimación constituye un impedimento sustancial para que el magistrado pueda expedirse acerca de la existencia del derecho que se controvierte en el juicio, ya que representa

un requisito de la pretensión contenida en la demanda, y no una excepción en sentido estricto ni un impedimento procesal. Así, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, porque -lejos de referirse al procedimiento- contempla la relación que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Comportando la ausencia de legitimación en la causa un impedimento sustancial para que el juez pueda encarar el análisis de la cuestión central del litigio, o sea la que concierne a la existencia de la relación jurídicosustancial en debate, si él se encuentra, en el momento de emitir sentencia, con que falta dicha condición debe así declararlo de oficio.

Y ello es lo que a mi criterio acontece en esta litis.

Al tiempo de proponer la acción el Sr. J. M. F., fijó el objeto del amparo requiriendo: a) que S. se abstenga de continuar facturando los servicios públicos de su competencia de manera irregular y aplique las disposiciones de la Ordenanza 8705 a la totalidad de socios y usuarios desde el día 27 de marzo de 2014 en que entró en vigencia la ordenanza 8705 y b) se la condene a la restitución de las sumas ilegítimamente percibidas con relación a los servicios públicos, tasas, impuestos y demás rubros que conforman sus facturas, que se determine en la etapa procesal oportuna, con más los intereses que la empresa aplica a los socios.

La magistrada de grado admitió con base en el precedente Halabi que en el caso, era clara la existencia de un derecho individual homogéneo de incidencia colectiva y que se encontraba reunidos los recaudos que viabilizaban la acción colectiva en base a ese fallo.

En el fallo "Halabi" y en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos cuya salvaguarda se procura, la Corte distinguió tres categorías: individuales, de

incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

A tal fin introduce en el derecho argentino un diseño novedoso que los jueces deben tener en consideración al resolver en una causa de esta naturaleza.

Tal como se señalara en el fallo, no existe una ley general de acciones de clase, no obstante, la Corte entiende que eso no obsta la posibilidad de iniciar procesos de tutela de los bienes de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos. Ante la falta de una ley, la Corte estipula algunos requisitos a los que debería someterse esa presentación. En primer lugar, para la procedencia de esta acción se requiere: 1) una causa fáctica común, 2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y 3) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, salvo en ciertos casos de fuerte interés estatal, como lo es la tutela de consumidores y usuarios. En segundo lugar, la Corte fija ciertos requisitos de admisibilidad formal: 1) la precisa identificación del grupo afectado, 2) la idoneidad del representante y 3) la existencia de un planteo que involucre cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas al colectivo. Finalmente, la Corte determina ciertos requisitos que deben arbitrarse: 1) la adecuada notificación de quienes puedan tener interés en el litigio, a fin de que puedan optar por quedar fuera del pleito, o comparecer como partes o contrapartes y 2) adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos colectivos.

Para dilucidar si se dan en autos tales recaudos podrá coincidirse que se trataría de la tercera categoría de derechos tutelados en el art. 43, esto es aquellos intereses de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos y donde existiría un hecho único que causa una

lesión a una pluralidad de sujetos cuál sería el incumplimiento de la OM 8705 y que no se justificaría, prima facie, que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda denunciando el incumplimiento y reclamando la restitución de las sumas percibidas ilegítimamente, lo cumpliría con el recaudo de dificultad de acceso a la justicia.

En segundo término deberá establecerse quiénes son los sujetos habilitados para articularla y bajo qué condiciones puede resultar admisible y finalmente, cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

En cuanto al sujeto legitimado para demandar en defensa de los derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte afirmó que es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento jurídico que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del citado segundo párrafo del arto 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano (conf. consid. 19 infine del fallo "Halabi" citado).

Si el que entabla la acción es un afectado directo por el hecho que da lugar a la pretensión colectiva, el mismo actuará durante la tramitación del proceso a nombre propio, con el propósito de obtener la tutela de un interés compartido. Vale decir, de un interés que él comparte con otros sujetos afectados por el mismo hecho dañoso pero que no participan en el proceso plural. En tal caso, el legitimado será, a la vez, parte en sentido formal y también sustancial.

Desde esa perspectiva, el actor J. M. F. justificó su carácter de afectado, con las facturas emitidas a su nombre y que se agregan a fs. 24/25 de las cuales y

por el simple cotejo surge que no se cumplió con la compensación y reintegro de los montos que dispuso la OM 8705.

El Sr. F. al promover la acción y para justificar su legitimación activa para obtener el efectivo expansivo de la sentencia, invocó

precedentes jurisprudenciales a partir del caso Halabi, citando entre ellos un precedente de esta Cámara que no se corresponde con la cuestión en litigio, desde que en el caso G. se abordó la legitimación para el ejercicio de la protección de derechos de incidencia colectiva indivisibles, que como se refleja en el precedente Halabi no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Analizada la cuestión soy del criterio, que al analizar la legitimación del Sr. F. se ha omitido considerar, como recaudo elemental para la admisibilidad formal de esta acción colectiva, la precisa identificación del grupo o colectivo afectado.

El actor alega que se habría producido una lesión al universo de socios y/o usuarios de S. al incumplir con la OM que disponía que la Cooperativa debía realizar los ajustes y compensaciones de los cobros realizados durante los períodos para los que dispuso se retrotraiga la

facturación.

Desde esa perspectiva puede aceptarse que existía un interés homogéneo de que se cumpla con la OM, pero necesariamente debía integrarse con el interés restitutivo que se procura y que también debió ser analizado para determinar si F. podía arrogarse la representación colectiva. Es de toda evidencia que el vínculo que se da entre cada socio y la entidad cooperativa y en orden al objeto del amparo, lo que en autos se reclama lo es en base a intereses individuales. Véase que en mérito a lo que surge de la propia normativa cuyo cumplimiento se procuraba, los socios no revisten una

única categoría, se desconoce cuáles son las características de cada una de ellas, no se define si todos los socios o usuarios pertenecen al universo que se dice afectado; a falta de esos datos no se puede estimar la medida aproximada de la clase involucrada y en definitiva no alcanza para individualizar al grupo colectivo afectado que se señale "todos los socios y/usuarios".

Debió y no lo hace dar fundamentos para individualizarlo y no quedar en el marco de un vasto número de personas que estarían afectadas pero que, a falta de una correcta identificación, quedan excluidos del tratamiento colectivo.

Vale recordar que es la *"precisa identificación del grupo o colectivo afectado"* lo que va a diferenciar a este tipo de procesos de la regla general en materia de legitimación enunciada en el fallo Halabi (cons. 10). *"Los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos… En estos casos, no hay una variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivos sobre un bien individualmente disponible para su titular, quien debe indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se considere cuestión justiciable".*

Por otro lado, la ausencia de individualización de la clase afectada, impide avanzar respecto del recaudo de la idoneidad de quien pretende asumir su representación.

En las acciones colectivas el concepto de representación se transforma pues se trata de una representación global de sujetos indeterminados, pero que necesariamente actúa en beneficio del grupo previamente caracterizado. *"El análisis de la capacidad representativa debe partir de la regla de acuerdo a la cual la legitimación de derechos individuales corresponde a su titular; luego analizar si se*

da un supuesto de excepción, es decir si la acción es colectiva porque existe la posibilidad de encontrar elementos comunes a todos los derechos individuales. También es necesario el preciso reconocimiento del grupo afectado, toda vez que siempre puede afirmarse que un hecho afecta a toda una población, o que la inconstitucionalidad de una ley tiene consecuencias para todo el país, pero para que la agregación se posible y útil debe existir una cantidad de sujetos identificables. Con claridad sobre los sujetos que conforman la clase debe controlarse el parámetro en estudio, es decir si el sujeto que se presenta tiene capacidad para actuar por todos los que la conforman" (Silva M. F "Debida representación Colectiva "en Revista de Derecho Procesal "Procesos Colectivos" 2012 Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 167).

Se ha afirmado que *"Todo el sistema de derechos y garantías ideado por el constituyente depende, en cuanto a su operatividad, de que la persona que la invoca en sede judicial, esto es, quien pretenda acceder al servicio de justicia ostente la debida legitimación para accionar. En otros términos, la fuerza normativa de la Constitución y su operatividad depende de un sujeto legitimado, por lo que sí se carece de tal legitimación, no puede pretenderse judicialmente que la Constitución sea aplicada e interpretada"* (Cfr. Gómez, Claudio D., "La legitimación del "afectado" del artículo 43, 2° párrafo de la Constitución Nacional: doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba").

Luego de todo lo expuesto voy a concluir que el Sr. J. M. F., no se encontraba habilitado para instar un proceso de tenor supra

individual, en tanto a falta de identificación del colectivo afectado, no tiene legitimación para actuar en nombre de lo que ha resultado un grupo de usuarios afectados y consecuentemente no se han dado los presupuestos fácticos, que a falta de normativa procesal expresa, contiene el precedente Halabi para viabilizar una acción colectiva.

Respecto del reclamo individual y en los límites de los argumentos recursivos, no corresponde me expida en razón de no haber sido materia de agravio.

Concluyo mi voto, proponiendo al Acuerdo se confirme el rechazo del amparo aun cuando por argumentos totalmente disímiles a los expuestos en la sentencia de grado.

4 . <u>Las costas.</u>

Las costas en la Alzada serán impuestas por su orden y ello porque tanto el art. 17 de la ley V N° 84 como el 69 2da parte del CPCC, autoriza a eximir de aquellas a quien hubiera tenido razón suficiente para litigar que entiendo es el supuesto de autos.

Los honorarios del Ab. C. M. y conforme la actividad cumplida en esta sede soy del criterio que deberían fijarse en el 28 % de los que se determinen para la instancia de grado. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

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

1.

Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de Cámara, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del CPCC en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

2.1.

Recurre la actora el decisorio de autos por entender su yerro al considerar que no se logró acreditar de manera clara, inequívoca y certera el incumplimiento denunciado por su parte.

Considera que la sentencia se equivoca en la apreciación e identificación del acto lesivo, contradiciendo de modo explícito el auto de fs. 61/62, convirtiendo a la sentencia en arbitraria.

Tras reseñar el objeto de su demanda, sostuvo que oportunamente denunció como acto lesivo el incumplimiento, por parte de la demandada, de la OM 8705 (B.O. 27.03.14) ya que en las facturaciones correspondientes al período abril, con vencimiento en mayo de 2014, haciendo caso omiso a las prescripciones de la norma, continuando en el cobro a todos los usuarios de las tarifas, con cuadros tarifarios, cobro de impuestos y tasas que no se encontraban autorizados por el poder concedente.

En una primera conclusión afirma el recurrente que al momento de incoar la demanda, la accionada actuaba al margen de las normas que regulan su funcionamiento y cuadros tarifarios.

Considera que, en atención a sus decisiones precedentes, tras el dictado de la sentencia la Sra. Jueza a quo ha violado el principio de no contradicción, al tiempo que ignoró el reconocimiento de sus representantes en el sentido del incumplimiento de la norma, como así su compromiso de compensar los valores correspondientes a la reliquidación de los consumos facturados en el mes de abril con vencimiento en mayo, con la facturación de mayo, con vencimiento en junio de 2014. Con respecto a los períodos de consumo de los meses de noviembre y diciembre de 2013, enero y febrero de 2014, proceder a su compensación con la facturación de los meses de junio, julio, agosto y septiembre conforme con el cuadro obrante a fs. 92/93, alterando únicamente lo relacionado al mes de abril de 2014. Aduna que forma parte de la prueba de lo que afirma, la nota de fs. 92, reconociendo que por una

cuestión de tiempo y ajustes del sistema, no pudieron o no quisieron cumplir con la Ordenanza incumplida. Aclara que el pronunciamiento no tuvo en consideración la documental aportada por su parte, pues de haber sido así, un mero confronte de facturaciones le hubiera permitido arribar a la conclusión de que la demandada cobró la misma tarifa que venía percibiendo, sin retrotraer la situación a agosto de 2013, ni dejó de facturar las penalizaciones, y aplicó un cuadro tarifario ilegal.

Sostiene que su parte, contrariamente a lo considerado en el pronunciamiento, acreditó de manera clara, inequívoca y certera el incumplimiento de la demandada.

Afirma que el decisorio recurrido cayó en el absurdo de omitir la particular situación del peticionante, limitando el análisis al resto de los asociados, dando cuenta de una situación fáctica que no está vinculada con el caso de autos.

Considera que el pronunciamiento se detuvo sólo en las afirmaciones de la pericia contable y del consultor técnico acerca de si se reintegraron correctamente las sumas percibidas por la demandada ilegalmente.

Refiere que con solo analizar casos testigos, independiente de la categoría que revisten, los expertos concluyeron que la demandada no cumplió íntegramente con el compromiso asumido en dicha audiencia, existiendo conceptos que nunca se reintegraron. Así, verificado el acto lesivo, el decisorio debió expedirse sobre la condena o no a restituir las sumas ilegítimamente percibidas por la demandada, pese a lo cual, desvió su análisis, el que concentró en si las sumas fueron bien o mal devueltas.

2.2.

Se agravia también por cuanto el decisorio de autos entendió que la vía escogida era inadecuada, siendo la vía habilitada la de la normativa de defensa del consumidor.

Considera que la sentencia anterior omitió expedirse sobre la existencia del acto lesivo y lo limita a las eventuales diferencias a favor de los socios, siendo su fallo incongruente. Afirma que cuestiona en autos la negativa a aplicar una norma con arbitrariedad e ilegalidad que resultan arbitrarias y manifiestas, y se sustentan en la falta de base legal de la tarifa aplicada en el mes de abril de 2014 y en el incumplimiento de la OM 8705 que estableció la devolución de lo percibido de más a los usuarios. Estima que no hay otra vía judicial expedita y menos aún idónea, colocando de ese modo a la acción de amparo en una de características residuales en contradicción con lo previsto por el art 5, de la ley que la regula.

2.3.

El tercer aspecto de su agravio se asienta sobre la injusticia del fallo apelado, ya que ha afirmado la falta de justificación de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, como a que no hay perjuicio por la deficiente facturación, omitiendo que la exigencia para promover la acción de amparo consiste en la restricción de los derechos constitucionales provocada por un acto u omisión de autoridad pública, sea claramente individualizada por el accionante, que se indique con precisión el o los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso

de un breve debate. Afirma que el decisorio no ha evaluado suficientemente los antecedentes de autos, siendo su argumentación

deficiente y contradictoria. Considera que para verificar el ilícito que se denuncia, es decir el incumplimiento a la Ordenanza municipal, no se requiere de una prueba pericial contable, sino de un simple cotejo de

documental. Añade que lo que antes tuvo por verosimilitud del derecho, ahora, en el decisorio los desconoce sin motivo alguno.

3.

La Sra. Jueza de grado declaró la procedencia formal de la acción instaurada a fs. 61/62, en los términos del art 7, ley V N° 84.

En el decisorio hoy en análisis, desestimó la acción por entender que existían otras vías legales más aptas y adecuadas para la solución del caso y la protección de los derechos que se dicen lesionados. Entendió, en cambio, que las vías consumeristas eran las habilitadas para dilucidar cuestiones como las que hoy nos ocupan, la que el actor no transitó.

El segundo de los argumentos que tuvo en cuenta para rechazar la acción incoada fue la consideración de no encontrarse reunidos los requisitos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ni el grave perjuicio causado por la deficiente facturación. Consideró que la ilegalidad del acto lesivo debía aparecer de modo claro, no bastando que el proceder denunciado entrañe la restricción de alguna libertad constitucional, sino requiriendo además que el acto carezca del mínimo respaldo normativo tolerable para subsistir como tal. Sostiene que la acción promovida y la insuficiencia probatoria no se corresponden con la exigencia enunciada.

4.

4.1.

El objeto de la acción de amparo tuvo dos aristas: a) que la demandada se abstuviera de continuar facturando los servicios públicos de su competencia de manera irregular y aplicaran las disposiciones de la Ordenanza 8705 de la totalidad de los socios y usuarios desde el día 27.03.2014, fecha en la que entró en vigencia; b) se la condene a la restitución

de las sumas ilegítimamente percibidas con relación a los servicios públicos, tasa, impuestos y demás rubros que conforman sus facturas, en el plazo que establezca, conforme las sumas que determinará el experto en la etapa procesal oportuna, con más los intereses correspondientes, según la OM 8705.

Es decir, promueve acción con alcances para todos los socios de la demandada, excepto los que deben excluirse conforme el fallo "Halabi" de la Corte Nacional.

A fs. 61/62 se dejó establecido que la incoada era una acción de clase con efecto *erga omnes*, disposición que quedó firme y consentida por las partes.

Previo a toda consideración, corresponde expedirme sobre la legitimación del accionante para incoar este tipo de acciones.

En efecto, es deber del juez verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de las pretensiones de oficio, extremo que si bien no se encuentra expresamente contemplado en el art. 34, del CPCC, ha de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales indispensables e indisponibles, al momento de la demanda y eventualmente, en el del dictado de la sentencia.

Si no están ellos reunidos, si el accionante no tiene legitimación o si no la tiene el accionado, el juez debe desestimar la pretensión, aun cuando ello no hubiese sido expresamente pedido por una de las partes.

En tal sentido se ha decidido que la investigación acerca de la titularidad de la pretensión, además de constituir un tema de análisis previo por versar sobre un presupuesto de la acción, configura materia cuyo examen debe ser abordado de oficio por la jurisdicción, dado que la calidad de sujeto de los derechos que se esgrimen, ya para demandar o para contradecir, es imprescindible para el dictado de un pronunciamiento válido (cfr. Cámara

en lo Civil y Comercial 2ª, La Plata, Sala II, 11/05/2006, "Pedreira c. Baldini", Juba sum. B301473.

Los presupuestos procesales son los supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal (cfr. Von Bulow, Oscar, "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", Buenos Aires, EJEA, 1964).

Dichos presupuestos son, esencialmente, de validez: los requisitos indispensables para que pueda constituirse o nacer una relación procesal válida. No son presupuestos de existencia: el proceso puede nacer igual sin ellos, claro que adolecería de un vicio de invalidez. De tal suerte, los presupuestos procesales son los requisitos o condiciones que deben concurrir a fin de que en una *litis* pueda dictarse un pronunciamiento válido, sea favorable o desfavorable. Los presupuestos procesales son, así, elementos condicionantes del ejercicio que el juez pueda hacer de su poder -deber de proveer sobre el mérito de la pretensión (Cfr. Cám. Apelaciones de Trelew, Sala A, 24/02/2009, in re "U. c. Ministro de Coordinación de Gabinete S /amparo"; en igual sentido, ídem, 28/04/2009, in re "B. s/acción de amparo" e ídem, 21/09/2011, "G. c. H.").

Por tal razón lo relativo a la legitimación -tanto activa como pasiva- no es una cuestión que pueda quedar en manos de las partes ni deferida exclusivamente a las alegaciones que ellas puedan hacer o no hacer, sino que es el juez quien tiene el deber insoslayable de velar, antes de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, porque la legitimación tanto activa como pasiva se encuentre debidamente determinada y presente en la litis (cfr. López Mesa, Marcelo J, “El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia”, LA LEY 12/06/2012, 1, LA LEY 2012-C , 1269, Cita Online: AR/DOC/2506/2012).

Por ende, la primera función relevante del juez en una causa es indagar si están reunidos los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, y si ello ha quedado supeditado a prueba posterior, hacerlo en el momento de la sentencia. De lo contrario, nos encontramos frente a un supuesto de improponibilidad subjetiva de la demanda que no sólo autoriza, sino que obliga al juez al rechazo de la pretensión (cfr. esta Cámara, SDC 13/14).

4.2.

Sentado ello, y en el caso concreto de la acción de clase que me toca analizar, debo realizar una primera aproximación al tema de la legitimación, apuntando que, tal como lo ha señalado la Corte Nacional, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos (cfr. CSJN "Halabi", Fallos, 332:111).

En razón de lo expuesto, y siendo que el Supremo Tribunal ha realizado en esta materia una labor docente y esclarecedora, habrá de ser el fallo citado el punto de referencia para elucidar la mentada legitimación a la que me referí antes.

Se ha señalado que cuando se presenta una persona individual y articula una pretensión que considera colectiva, parece "adecuado" que el juez tome las riendas del caso para examinar: 1) si el peticionario está legitimado; 2) la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del

bien jurídico afectado por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas, y 3) si, además de los requisitos anteriores, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto. Si estas condiciones se dan, entonces habrá que hacer una publicidad general del inicio de la "acción colectiva" para que se puedan sumar otros interesados o se plantee en su caso la litispendencia. Integrado el proceso por individuos particulares o de éstos con asociaciones , recién es el momento de plantear el tema de la representación adecuada, previa audiencia de todos los interesados presentes, sin perjuicio de citar al defensor del pueblo (si lo hubiere, claro está), al defensor de niños, niñas y adolescentes y al Ministerio Público, según corresponda (cfr. Falcón, Enrique M, " Representación adecuada y actuación individual", en Procesos Colectivos, Revista de Derecho Procesal, número extraordinario 2012, p. 150).

Siguiendo la directriz del fallo "Halabi", es menester señalar que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

El caso de autos pareciera pertenecer a la tercera categoría a la que se refiere el segundo párrafo del art. 43, CN, ya que se encuentra conformada por derechos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos. Se trata de derechos patrimoniales derivados de afectaciones al usuario. Ello así desde que la demanda tuvo por objeto: a) la abstención de la demandada de continuar facturando de manera irregular, debiendo

aplicar las disposiciones de la O.M. 8705 a la totalidad de socios y usuarios desde su vigencia, y b) la condena a restituir las sumas ilegítimamente percibidas con relación a los servicios públicos, tasas, impuestos, y demás rubros que conforman la facturación, con más intereses.

No hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea: el incumplimiento a la O.M. 8705, tal como se planteara en la demanda.

Pero hete aquí que, siguiendo con los lineamientos de la Corte Nacional, sólo ese presupuesto fáctico es común a todos esos intereses. Desde este punto de vista, dada esa homogeneidad fáctica y normativa conlleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Pero aparece la figura de la legitimación, que por el encuadramiento en la tercera categoría del segundo párrafo del art. 43, CN, haciendo valer el derecho de usuarios y consumidores, merece un tratamiento especial.

4.3.

La norma constitucional señalada inicia con el sujeto *afectado* el enunciado de los legitimados para interponer amparo "contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general". En contra de las apariencias, no ha sido fácil la determinación del significado de *afectado*. Ello, porque en el primer párrafo del mencionado art. 43 habilita justamente a quien ha padecido la amenaza o la vulneración misma a uno de sus derechos, es decir, el

afectado particular, titular de una prerrogativa jurídica individualizada por la ley y que es puesta en riesgo o menoscabada mediante el acto u omisión lesivos del particular o autoridad (cfr. Lorenzetti, Ricardo L. "Justicia Colectiva", Ed. Rubinzal Culzoni, p. 140).

Ese *afectado* puede actuar sólo por sí (Gozaíni, Osvaldo A, "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", en LL, 2005-B-1393), o ser también representante expreso de un grupo o sector (cfr. Lorenzetti, op. cit).

En el caso de autos, el actor invocó su condición de vecino, socio, usuario y consumidor, e invocó un fallo de esta Cámara que respondía a causas ajenas a su condición de usuario y consumidor y ninguna relación tiene con el caso en análisis.

Digo ello así, pues, a poco de analizar, se advierte que el caso de autos no es de aquellos en los que se ejercen derechos de incidencia colectiva que participan de la cualidad indivisible, donde el afectado es quien compone el grupo de lesionados de esos derechos, en el sentido que, aunque afectado personalmente no sume a ese perjuicio colectivo otro personal y directo que se diferencia del de los demás. El aire, la atmósfera, el agua, y tantas otras de titularidad indivisible y pluriindividual, suscitan en los sujetos una cotitularidad del derecho que es de cada uno y es de todos, que no pierde su esencia cuando el afectado es uno o cualquiera de ese grupo, sin la añadidura de un perjuicio personal y directo, como sucede en el caso que nos ocupa hoy, porque personal y directo viene a ser el perjuicio compartido por todos en esa cotitularidad (cfr. Bidart Campos, Germán, "La legitimación del afectado en el derecho ambiental", en LL, 2004-D-787)

Por otra parte, cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila

frente a "lo público" que afecta los derechos en juego, las respuestas no pueden ser generales o idénticas al presupuesto ordinario.

En los procesos constitucionales, y, dentro de ellos, en las acciones de grupo, aplicar un criterio único, sobre todo en un campo de arenas movedizas, sin otra referencia que la doctrina y la jurisprudencia, huérfano de norma legal que reglamente el derecho del grupo, puede ser demasiado
estricto y hasta injusto.

En autos, más allá del interés homogéneo en hacer cumplir la Ordenanza municipal, el núcleo central de la petición consistió en las consecuencias del cumplimiento de la norma, que radica en un interés restitutivo o indemnizatorio que puede tener tantos montos diferenciados como
usuarios del sistema existen.

Es decir, se trata de un universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar en su demanda, el que resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso.

Es pocas palabras, si bien existe un interés común en el cumplimiento de la norma, necesariamente, llevado al terreno de la práctica, sus efectos variarán de uno a otro inexorablemente.

Cierto es que con la protección de los derechos de incidencia colectiva se habilita una legitimación extraordinaria o anómala. En las causas colectivas de derechos indivisibles (que no es el caso de autos), los sujetos se encuentran relevados de probar un perjuicio particular, sobre una persona o un patrimonio, debiéndolo hacer sobre el daño al bien colectivo. En los conflictos sobre derechos individuales homogéneos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra

en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (cfr. Falcón, op. cit, p. 161).

Cuando los sujetos reconocidos legalmente se presentan autoinstituyéndose como legitimados para proteger los derechos o intereses de otro, sin autorización particular, ni poder de los sujetos defendidos o representados, el sujeto que se presenta tiene que poseer una capacidad suficientemente representativa de todo el grupo afectado, es decir de todos los titulares de los derechos debatidos que integran el colectivo. Esta capacidad debe observarse en relación con los derechos discutidos en el pleito (cfr. Del H. Silva, María F, "Debida representación colectiva", en Procesos colectivo, Revista de Derecho Procesal, número extraordinario 2012, p. 166).

En síntesis, como señala Gozaíni, la cuestión se reduce a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende Gozaíni, op. cit), y a mi juicio esa consistencia no es tal. El *afectado* al que se refiere la norma del art. 43, CN no abarca al titular de un interés homogéneo individual, sin perjuicio de los restantes legitimados que ella prevé, por carecer de suficiente capacidad representativa.

4.4.

Desde otro ángulo, arribo a la misma conclusión.

En el caso de autos, por encontrarse involucrados interés individuales homogéneos, el análisis de la capacidad representativa debe partir de la regla de acuerdo a la cual la legitimación de derechos individuales corresponde a su titular; luego analizar si se da un supuesto de excepción, es decir si la acción es colectiva porque existe la posibilidad de encontrar

elementos comunes a todos los derechos individuales; finalmente, es necesario el preciso reconocimiento del grupo afectado, pues para que la agregación sea posible y útil debe existir una cantidad de sujetos identificables (Del H Silva, op. ci, citando a Lorenzetti, Justicia Colectiva", op. cit, p. 107).

Con respecto al primer requisito, el recaudo está cumplido con la agregación de la documental de fs. 24/25; también lo está el segundo, en orden a lo que surge *prima facie* de fs.33/46, de fs. 16, de la documental de fs. 180/185 y 299, 301 y 303 y acta de fs. 108/.

Con respecto al tercero, la respuesta es negativa.

Con relación a esto último, recientemente la Corte Nacional ha señalado que la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir con su objetivo, por lo tanto, resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual obliga a caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que sea posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante, como determinar quiénes son sus miembros, así como también, que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción (CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros", 10/02/2015; Publicado en: LA LEY 11/06/2015 , 4, Cita Online: AR/DOC/731/2015).

El actor de autos no ha identificado a ese universo de afectados, ni siquiera se conoce si todos los usuarios lo son; menos aún, los ha categorizado de acuerdo a las tablas y cuadros tarifarios de la O.M. 8705/14; tampoco lo ha hecho identificando quiénes, o al menos cuántos corresponden a la categoría "residencial", "no residencial", "comercial", "autoridades", "no asociados" "rurales", "grandes consumidores" de baja, media o alta tensión, etc, etc.

Tampoco se sabe, pues no lo expuso, si todos ellos resultaron perjudicados en una ciudad de más de 90.000 habitantes, con industrias metalúrgicas de envergadura, minería, pesca, actividad hotelera, turística, ciudadanos comunes de bajos, medios y altos recursos.

Por tales razones, considero que el actor no se encuentra legitimado para incoar una acción de clase como la aquí promovida, por carecer de suficiente capacidad representativa para actuar en nombre de un grupo indefinido de personas, invocando intereses homogéneos individuales de estas características, ya que no se encuentra contemplado dentro de las previsiones que al respecto puntualiza el art. 43, CN, ni cumplir con los recaudos expuestos anteriormente.

Aunque con otros fundamentos, corresponde confirmar el fallo apelado.

5.

No corresponde expedirme sobre su reclamo individual, pese a haberlo hecho también por propio derecho, en razón de no haber sido ello materia de agravio (arg. art. 165, inc. 6, del CPCC).

6.

Atento como se resuelve, el análisis de los agravios vertidos por la actora deviene abstracto.

7.

En atención a la naturaleza de la cuestión, y considerando que el actor bien pudo considerarse con derecho a litigar, las costas de esta Instancia deben ser impuestas por su orden (art. 69 parrafo 2do., del CPCC, y art. 17 ley V N° 84).

Los honorarios del profesional interviniente en esta sede deben fijarse en el modo en que lo hace la Dra. de Villafañe(arts. 5,6,7,8,9,33,38 y cc, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. **CONFIRMAR**, por otros argumentos, la sentencia de fs.339/349.
2. **IMPONER** las costas en esta Alzada por su orden (arts. 69 2da párr. CPCC y 17 Ley V N° 84). **REGULAR** los honorarios del Ab. P. C. M. en el 28 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).
4. **DE FORMA.**

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 el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2015.

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. **CONFIRMAR**, por otros argumentos, la sentencia de fs.339/349.
2. **IMPONER** las costas en esta Alzada por su orden (arts. 69 2da párr. CPCC y 17 Ley V N° 84). **REGULAR** los honorarios del Ab. P. C. M. en el 28 % de los que se determinen en la instancia de grado (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /15 SDL. CONSTE.