



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

//nos Aires, de abril de 2013.-

Y VISTOS, Nº 23.210/2012 “Lahitou Juan Pablo c/ EN PEN ENRE y otros
s/ varios”, CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 208/212 el Sr. Juez de primera instancia, desestimó la procedencia de la acción colectiva intentada por el demandante de autos, y dispuso que la sustanciación del proceso continúe únicamente para permitir la defensa de los derechos individuales del actor Juan Pablo Lahitou, a quién por otra parte le denegó la medida cautelar solicitada.

En primer lugar, el magistrado *a quo*, precisó que la demanda fue iniciada por el actor invocando el carácter de consumidor y usuario residencial del servicio público de distribución de electricidad prestado por EDESUR, contra la creación del denominado “coeficiente estacional” incorporado a las facturas sin que exista un acto administrativo general o particular que lo hubiera creado.

Señaló que la acción fue planteada en su propio interés y en representación de la clase compuesta por todos aquellos usuarios del servicio público de distribución de electricidad a cargo de EDESUR y de EDENOR a los cuales se les haya impuesto y cobrado el referido coeficiente.

Añadió que el accionante solicitó el dictado de una medida cautelar para que se suspenda a su respecto y del resto de los usuarios el cobro del “coeficiente estacional” durante la tramitación del presente proceso hasta la resolución de la cuestión de fondo.

En ese marco, recordó la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi, Ernesto c/ PEN Ley 25.873 – dtos. 1563/04 s/amparo ley 16.986” (*Fallos*: 332:111), y afirmó que a diferencia de lo ocurrido en ese caso, en estos autos no se trata de una cuestión cuyos efectos alcancen por igual y sin excepción a todos los usuarios o consumidores del servicio público; ni tampoco de una pretensión cuya naturaleza impida, fáctica o jurídicamente restringir el alcance de una eventual e hipotética resolución favorable únicamente al accionante, como



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

ocurre por regla general en todos los procesos judiciales donde las sentencias que se dictan sólo tienen efecto entre las partes intervinientes.

Destacó que el actor no acreditó en modo alguno que el interés patrimonial individual de cada uno de los sujetos supuestamente afectados por la aplicación del factor de estabilización en sus facturas de consumo de electricidad, no justifique la promoción de una demanda y en consecuencia, que de no admitirse la procedencia de la acción colectiva se viera afectado el acceso a la justicia.

Con arreglo a lo decidido, se refirió a la cautelar solicitada respecto del actor y sobre el punto expresó que, a la ausencia de elementos suficientes que acrediten sumariamente la existencia de un daño irreparable para el peticionante, debe añadirse que la Resolución N° 155/2012 (ENRE B.O. 5/7/2012) aprobó los valores de los Cuadros Tarifarios de Edenor SA y Edesur SA, con vigencia a partir de la facturación correspondiente a los consumos registrados con posterioridad a la cero hora del 1° de junio de 2012, e instruyó a esas empresas a calcular el Factor de Estabilización, al momento de efectuar la respectiva facturación, lo que denotaría una decisión concreta sobre la cuestión traída a juicio de parte de la autoridad administrativa, que justificaría *prima facie* el accionar de las distribuidoras mencionadas, dejando sin sustento aparente a la supuesta vía de hecho que denuncia el demandante.

Agregó que el ENRE publica en su página web que cada usuario sería libre de solicitar a su distribuidora la factura sin ese cálculo, que se realiza sobre la base de los consumos registrados en los últimos seis bimestres, determinándose un consumo promedio que es el monto que se paga en cada bimestre, lo cual indicaría que no se trata de un supuesto de aumento de tarifa propiamente dicho por el servicio prestado, sino de una nueva manera de pago que el usuario podría no aceptar, lo que nuevamente aventaría la existencia de un gravamen irreparable para el actor e impide tener por reunidos en el caso los presupuestos establecidos en los incisos 1° y 2° del art. 230 del Código Procesal.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

En esos términos desestimó la medida precautoria solicitada.

II.- Que contra esa resolución interpuso la parte actora el recurso de apelación que obra a fs. 215 y lo fundó a fs. 217/225.

Se quejó porque se le denegó la legitimación para accionar en defensa de la clase de usuarios afectados por la vía de hecho denunciada, mediante una interpretación que desnaturaliza el instituto de la acción de la clase, aplica mal el precedente “Halabi” (*Fallos*: 332:111) , y exige una prueba imposible cual es la de acreditar que en cada uno de los casos en que se ha cobrado el factor de estabilización, sobre un universo de casi 3 millones de usuarios, no se justifica la promoción de una demanda individual.

Al respecto sostuvo que la desproporción que existe entre los costos de interponer la acción judicial y el monto involucrado en la misma es evidente. Destacó que al momento de interponer la demanda el daño económico en su caso ascendía a la suma aproximada de \$ 900, lo que demuestra que cualquier abogado sería reticente a embarcarse a resultado en una empresa jurídica de tamaño complejidad y riesgos.

En el mismo sentido, señaló que se ha demostrado la existencia entre los afectados de cifras que no llegan a los \$ 10 pesos bimestrales y que, sin embargo, en el universo agregado de las prestadoras conforman un monto dinerario considerable.

Añadió que la posibilidad de las devoluciones parciales no obsta a la impugnación de una vía de hecho que detrae fondos de los usuarios, en un contexto inflacionario, sin que esa deducción esté basada en el consumo realizado ni en sustento normativo alguno.

Como corolario, afirmó que la argumentación en crisis revela una visión restrictiva que intenta limitar el acceso a la justicia de los usuarios y consumidores de servicios públicos vulnerando la protección consagrada en los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional.

En punto al rechazo de la medida cautelar peticionada expresó que es falsa la alegación relativa a que su parte nada dijo sobre la posibilidad de



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

no pagar el coeficiente. Remitió al respecto a lo expuesto en la demanda acerca del trámite cumplido ante la distribuidora y la intimación recibida bajo apercibimiento de corte del servicio.

Destacó que el *a quo* pasó por alto los pasajes de la demanda en que se describieron los reclamos efectuados y resaltó que sin ajuste de ningún tipo, sujeto a los efectos de la inflación y con total indiferencia al costo de oportunidad perdido entre el uso que le hubiese dado a su dinero y la compulsiva exigencia para se le entregue a EDESUR, el factor de Estabilización y/o Coeficiente Estacional no propende al superior interés del usuario sino que, por el contrario, supone una ilegal, arbitraria y lesiva medida en contra de la clase que intenta representar.

Por otro lado, cuestionó los argumentos subsanadores de la vía de hecho expresados en la resolución para transmitirle a un panfleto del ENRE las características y estabilidad propia de los actos administrativos regulares.

Sostuvo que la eventual legitimidad o razonabilidad de la vía de hecho no puede ser debatida en esta instancia ya que el coeficiente estacional no se sustenta en acto administrativo alguno que cumpla con los requisitos esenciales y pueda, por ende, ser susceptible de un completo escrutinio judicial. Lo único que es válido sostener, dijo, es lo que genera, esto es, que permite a la distribuidora cobrarle al usuario sin que haya consumido y cortarle el servicio ante la falta de pago del coeficiente, todo sin que exista norma alguna que lo haya creado ni modificado las normas que regulan como se compone la tarifa y que rubros pueden cobrarse.

Agregó que siendo que el coeficiente estacional ha sido subrepticamente incorporado sin previa consulta y sin explicación, no permite pues, un legítimo y oportuno control, o como en este caso, defensa. Señaló que la vía de hecho por su misma esencia impide toda discusión sobre su razonabilidad y el sentenciante ha incumplido dicha premisa.

Finalmente, expresó que la pretensión cautelar no solapa con la demanda, puesto que a título precautorio se solicitó la suspensión del cobro



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

del indebido rubro extra tarifario, y por el fondo se solicita la devolución de lo cobrado indebidamente.

Formuló reserva del caso federal.

III.- Que en orden a los agravios expuestos, cabe señalar que la reforma constitucional del año 1994 ha ampliado el universo de sujetos legitimados para actuar en procesos judiciales, en tanto el art. 43 establece que el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que propendan a la protección de ciertos intereses colectivos, podrán accionar para la defensa de derechos relativos al medio ambiente, el usuario y consumidor, formas de discriminación y derechos de incidencia colectiva en general (en ese sentido CNACAF, Sala III, “Confederación Argentina de Mutualidades -Inc.Med.- c/E.N.-AFIP- DGI Resol. 2525/08 s/D.G.I.” Expte. 14.736/09, sentencia del día 26/08/09).

Sobre el punto el Alto Tribunal ha sostenido que si bien la Constitución Nacional, tras la reforma de 1994 ha ampliado el universo de los sujetos legitimados para accionar por la vía del amparo que tradicionalmente estaba limitado a los que fueran titulares de un derecho subjetivo individual, esta amplitud no se ha dado para la defensa de cualquier derecho sino como medio para evitar discriminaciones y tutelar los derechos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 del texto constitucional, es decir, los que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general (*Fallos* 326:3007).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, efectuó precisiones relativas a la legitimación procesal en la vía del amparo prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional, al dictar sentencia en los autos “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, el día 24 de febrero de 2009.

En esa oportunidad, el Alto Tribunal expresó: “Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

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

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones...” (Considerando 9° in fine).

“ Que la regla general en materia de legitimación es que 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, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados” (Considerando 10).

“Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva... Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular” (Considerando 11).

“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.

En estos casos 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. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre” (Considerando 12).

IV.- Que la última categoría mencionada precedentemente, es la que adquiere relevancia para el *sub examine* pues en ella fundó el recurrente su



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

legitimación para representar a los usuarios de Edesur y Edenor que pagan el Coeficiente de Estabilización impugnado en autos.

El propio actor, invocó el precedente citado para sostener que le asiste el derecho a representar a la clase de usuarios referidos, y cuestionó la decisión en crisis por cuanto, en su criterio, se apartó de la doctrina que emerge de la sentencia de *Fallos*; 332:111.

Por ser ello así, corresponde señalar en primer lugar que el presente proceso no tramita por la vía del amparo (como ocurrió en el caso “Halabi”), sino que a fs. 199 se decidió imprimir al proceso el trámite de los juicios ordinarios (art. 319, 330 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) – ver fs. 199-.

Asimismo, debe precisar que el más Alto Tribunal en el precedente al que se viene haciendo referencia, (*Fallos*: 332:111), después de indicar que en materia de legitimación procesal corresponde delimitar las tres categorías de pretensiones mencionadas -individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos- consideró que este último tipo de acciones, referidas a intereses individuales, se estructuran sobre ciertos elementos, a saber: i) existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (fallo citado, cons. 13, segundo párrafo), ii) la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar (cons. 13, tercer párrafo); y iii) cada uno de los intereses individuales considerados aisladamente, no deben justificar en sí mismos la promoción de una demanda para protegerlos (cons. 13, cuarto párrafo) (CNACAF, Sala IV Expte. 142.321/02 "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Edesur s/Proceso de conocimiento", del 31/03/10).

Desde esa perspectiva, los argumentos de la resolución apelada no aparecen desvirtuados por los agravios expresados por la actora, habida cuenta que, por aplicación del criterio sostenido incluso por la quejosa (y



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 "LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS"

que resulta del precedente del Máximo Tribunal que se citó) resulta válido exigir de su parte la demostración de los presupuestos que habilitan la representación pretendida.

En efecto, la admisión formal de toda acción colectiva, requiere la verificación de ciertos "recaudos elementales que hacen a su viabilidad", entre los cuales se enuncian: una precisa identificación del grupo afectado; idoneidad de quien pretenda asumir su representación; existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos, etc (C.S.J.N. "Halabi", Fallos: 332:111, cons. 20) y ninguno de esos recaudos elementales se han cumplido en autos.

A esta altura resulta conviene señalar que el propio recurrente expresó que hay casos de devoluciones del rubro de la tarifa cuestionado en autos y supuestos en los que la afectación patrimonial difiere sustancialmente (cabe advertir que en el escrito recursivo se mencionan casos en los que se ha debido pagar \$ 10 y otros de aprox. \$ 900 como es del actor, al lado de algunos en los que el coeficiente se tornó negativo dando lugar a una devolución -ver fs. 220 y montos que se detallan en el cuadro de fs. 222/vta.)

En tales condiciones, debe concluirse que el referido factor de legitimación y la incidencia de los derechos patrimoniales individuales, enteramente divisibles, en la medida que pueden y deben ser articulados por los afectados directos, son intrínseca y sustancialmente distintos de los verificados en el mencionado precedente "Halabi" y que -en su hora- determinaron la habilitación al ejercicio individual de la acción intentada (cfr. doctrina de esta Sala -en su anterior integración- Causa N° 38.462/09



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

"Cámara Industria y Comercio Carnes y Derivados R.A. cl E.N. M. Agricultura y otro dto. 906109 si amparo ley 16.986", de fecha 31/03/2010) por lo que en definitiva la solución allí adoptada no puede ser traspalada al supuesto verificado en esta causa.

Con arreglo a lo dicho, cabe reiterar que las conclusiones expuestas *ut supra* no se ven alteradas por la habilitación singular reconocida por el Alto Tribunal en el precedente "Halabi" (*Fallos*: 332:111), pues en los aspectos particulares de dicho decisorio, ella ha sido otorgada en el supuesto del ejercicio individual de una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, que permite obtener una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la *causae petendi*, pero no hay beneficio directo para el individuo que invoca la legitimación (en este sentido esta Sala Expte. 29.593/11 "Halabi Ernesto c/ EN -ley 26.536- s/ proceso de conocimiento", 6/03/12).

Por lo demás, tanto la pretensión entablada en el precedente mencionado como la discusión de fondo sobre la cual versaba (v.gr. el derecho a la intimidad en el ámbito de las telecomunicaciones) conllevaban indefectiblemente a extender los efectos de la sentencia a terceros que no habían sido parte litigio, otorgando eficacia *erga omnes* a las decisión final, y es por ello que los Magistrados de la Corte manifestaron que “si bien la privacidad, desde cierto punto de vista, puede ser considerada como un bien propio de cada individuo en particular, no se trata en el caso de un reclamo de protección limitado a un cierto espacio físico o a algún aparato de comunicación en particular. Por el contrario, lo que entre en juego es el derecho a la privacidad en el ámbito de las telecomunicaciones. Ello, por definición, presupuesto la interacción con otros interlocutores, cuya ausencia de protección por ser ajenos al juicio derivaría, necesariamente, en el fracaso dela protección al amparista...”. De manera que la materia sobre la cual versaba la pretensión resultaba indivisible desde el punto de vista fáctico, y el Tribunal se vio obligado a considerar tal situación al resolver la causa, circunstancia que no se encuentra en este caso (en el mismo sentido



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

CNACAF, Sala IV Expte. 142.321/02 "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Edesur s/Proceso de conocimiento", del 31/03/10).

Como corolario, se concluye que no existe en autos un grupo de interés homogéneo y uniforme, identificado correcta y adecuadamente por la actora, ni un hecho detonante único generado por las demandadas, que repercuta sobre todos los individuos de manera similar, como así tampoco una pretensión concretamente enfocada en un aspecto colectivo con alcance y efecto uniforme para todos los integrantes de dicho grupo.

Esto es así, habida cuenta que la opción conferida a los usuarios para la supresión del cálculo del “factor de estabilización”, la concreta existencia de coeficientes positivos o negativos (según los promedios y rango del consumo) y por ello mismo, el carácter y efecto fluctuante de dicho coeficiente sobre la facturación de cada usuario, (con la consiguiente devolución de los montos percibidos), descarta de manera ostensible la presencia de intereses individuales homogéneos en los distintos individuos participantes del universo cuya agrupación y representación se pretende, lo que obsta también a considerar como homogéneo el perjuicio que se invoca y en el que se sustenta la legitimación –lo cual, por cierto ha sido reconocido por el decisorio de fs. 208/212-.

V.- Que de otro lado, debe enfatizarse que quien pretende asumir la defensa de los intereses individuales referidos, es un usuario que se considera perjudicado por el cobro del rubro contenido en la factura de electricidad que impugna. Se trata de un afectado que como tal, se encuentra habilitado para iniciar la acción en defensa de su derecho, pero carece de interés jurídico para representar a personas que, como ocurre en autos, no conoce en su mayoría (en este sentido Roland Arazi, “El `afectado` como legitimado activo en las acciones colectivas”, LA LEY, 2013-B, ejemplar del 9 de abril de 2013, págs.. 1 a 3).

Sobre el punto, se ha señalado que la legislación nacional otorga legitimación al consumidor o usuario para ejercer acciones judiciales individuales cuando sus intereses resultan afectados o amenazados, pero



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

esta legitimación se refiere a acciones que ejerza el usuario por su propio derecho, en cambio se confiere legitimación para ejercer acciones en defensa de intereses de incidencia colectiva a las asociaciones; al Ministerio Público Fiscal; al Defensor del Pueblo y a la autoridad de aplicación nacional local (ver, José Ovalle Favela, Ponencia presentada en la 1º Conferencia Internacional y 13º Jornada Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, junio de 2012, publicada en el libro de Ponencias ps. 135 y ss., esp. P. 138, citado en LL2013-B, ejemplar del 9 de abril de 2013, págs.. 1 a 3).

Se sigue de lo dicho que el texto constitucional invocado por la actora, no ha incorporado la categoría de acción de clase, ni una suerte de acción popular. La ley fundamental, protege los derechos subjetivos de los particulares que entrañan siempre un grado de afectación personal y directa, mas no los legitima para promover acciones colectivas (en ese sentido, Cassagne, Juan Carlos, “Sobre la protección ambiental”, LA LEY, 1995-E, 1217).

Asimismo, debe precisarse que la Ley 24.240 tampoco otorga al usuario particular la capacidad legal para representar a un grupo. En efecto, de acuerdo con la norma referida, el consumidor particular sólo podrá efectuar la denuncia pertinente a fin de que tomen la correspondiente participación las asociaciones de consumidores reconocidas, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público o la autoridad de aplicación. De otro modo, la suerte de estos intereses difusos quedaría librada al mayor o menor empeño de este consumidor particular, quien –hipotéticamente– podría llegar a desistir o renunciar a la acción o, incluso, tener un oculto interés de que tal acción no prospere (Farina, Juan N. “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Astrea, 4º ed., Año 2008, p. 554).

Desde esta perspectiva, resulta que la legitimación invocada por el actor, en tanto pretende asumir la representación de una clase de usuarios de los servicios de energía eléctrica que prestan Edenor y Edesur, carece de sustento alguno, en tanto bajo los parámetros expuestos precedentemente,



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

la atribución alegada no deriva de los preceptos constitucionales involucrados (arts. 42 y 43 de la CN), ni de la doctrina expuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de *Fallos*; 332:111, como tampoco de las disposiciones de la Ley 24.240 (citada por el recurrente).

Por lo expuesto, deben desestimarse los agravios expuestos contra el rechazo de la legitimación colectiva invocada por el actor y confirmar en ese aspecto la resolución apelada.

VI.- Que por otro lado, cabe pronunciarse en punto a las quejas expresadas en contra de la denegatoria de la medida cautelar solicitada.

En primer lugar debe recordarse que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundamentación de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica, pues si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar (CSJN, *Fallos*: 330, 3126).

En el mismo sentido, debe señalarse que como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (*Fallos* CS 306:2060).

Asimismo, para acceder a cualquier medida precautoria debe evidenciarse fehacientemente el peligro en la demora que la justifique, "el que debe ser juzgado de acuerdo a un juicio objetivo o derivar de hechos



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

que puedan ser apreciados incluso por terceros (*Fallos* 314:711; 317:978; 319:1325; 321:695 y 2278; 323:337 y 1849)”; ese presupuesto es aún más exigible cuando “la petición cautelar coincide con la petición de fondo, en tanto su concesión implicaría desnaturalizar la finalidad asegurativa que inspira el instituto cautelar, cuando no existan circunstancias que justifiquen un adelanto de jurisdicción”. (Sala IV Expte. N° 884/10, *Suvia Patricio Aurelio y otro c/ EN - M° Defensa - EMGE - Dto. 628/92 s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*”, 22/02/11).

VII.- Que bajo los parámetros expuestos, los agravios del apelante carecen de virtualidad para revertir la decisión cuestionada, pues siendo que el recurrente ha manifestado en el escrito recursivo que “...en los últimos bimestres el coeficiente se tornó negativo dando lugar a una devolución del 7% del total que tuviera que anticipar” (ver fs. 220 primer párrafo), resulta que, no se advierte un perjuicio concreto que debe evitarse mediante el dictado de la medida preventiva requerida; criterio que es insusceptible de variación aun en el supuesto contrario (coeficiente positivo), pues en definitiva y aun en tal supuesto la entidad de los valores involucrados y la concreta posibilidad de recupero de las sumas que –hipotéticamente– hubieran sido abonadas sin causa por el concepto impugnado, descartan la configuración de extremos de urgencia, de daño inminente o de la generación de situaciones de dificultosa reparación ulterior, que justifique la adopción del mecanismo cautelar que se postula.

En efecto, los argumentos expuestos con relación a la pérdida de oportunidad y el perjuicio derivado del efecto de la inflación en la modalidad de devolución en cuestión, aparecen, en este estado inicial de las actuaciones, como la expresión de un daño eventual o hipotético que no justifica el dictado de la tutela anticipada pretendida.

Desde esta perspectiva, al no tenerse por acreditado el peligro en la demora invocado por el actor, el resto de los argumentos expuestos en la apelación carecen de trascendencia, habida cuenta que si bien es doctrina reiterada que si bien es cierto que los dos requisitos exigidos por el art.



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

230 del C.P.C.C.N. se hallan relacionados de modo tal que, a mayor peligro en la demora no cabe ser tan exigente en la demostración de la verosimilitud del derecho y viceversa, ello es posible cuando, de existir realmente tal peligro en la demora, se haya probado en forma mínima el *fumus bonis juris*; no pudiendo ser concedida la medida cautelar cuando no se ha podido demostrar la configuración de los mencionados recaudos.

VIII.- Que por otro lado, debe recordarse que la tutela anticipada, por sus limitaciones, impide un examen adecuado del sustento fáctico involucrado, en atención a la complejidad de las cuestiones planteadas, debiendo surgir la verosimilitud en el derecho en forma patente u ostensible del propio planteo efectuado frente a la actividad administrativa impugnada, extremo que no se verifica en el supuesto aquí analizado.

Asimismo, cabe señalar que el objeto de la cautelar solicitada coincide con el del juicio, lo que impide el dictado de la tutela anticipada, pues “no procede una medida cautelar si de la consideración de las circunstancias que señala la actora se exigiría avanzar sobre los presupuestos sustanciales de su pretensión que, precisamente, constituyen el objeto del litigio; es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, lo que está vedado en este tipo de medidas” (esta Sala *in re*, N° 29.871/2012 “Fruticola Costa del Chubut SA c/ EN AFIP DGI DTO 113/11 s/ Dirección General Impositiva”, del 6/12/2012, Expte., N° 21.980/08 “Nuñez Miguel Angel y Otros -Inc. Med.- c/EN -M° de Justicia- GN -Dto. 1081/05 s/Personal Militar y Civil de las FFAA. y de Seg.”, 4/11/08; Expte. 23.378/09, “Unión Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Argentina S.A s/ amparo ley 16.986”, 24/11/09).

Finalmente, corresponde agregar que las limitaciones al marco cognoscitivo propio de las medidas cautelares, determinan que la decisión que a su respecto se adopte sea provisoria (art. 202 del código de rito), tanto si se la concede como si se la rechaza. De modo que lo que se resuelve, deriva de los elementos tenidos en cuenta y que surgen de la causa en su



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA II
23210/2012 “LAHITOU JUAN PABLO C/EN-PEN-ENRE Y OTROS
S/VARIOS”

estado actual; sin perjuicio que, en los términos del art. 203 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el interesado pueda solicitar una nueva medida, o denunciar circunstancias que importen la modificación sustancial y relevante del contexto considerado.

En mérito a lo expuesto corresponde desestimar los agravios expuestos por el actor en contra del rechazo de la medida cautelar solicitada.

Por lo expuesto, el Tribunal Resuelve: Desestimar la apelación interpuesta a fs. 215y confirmar la resolución de fs. 208/212 en todo lo que fue materia de agravios, con costas. ASI SE DECIDE.-

Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

LUIS M. MARQUEZ

MARIA CLAUDIA CAPUTI

JOSE LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA