



## ¿Cómo sustraerse de –o incorporarse a– los amparos colectivos?<sup>1</sup>

Por Estela B. Sacristán<sup>2</sup>

### I. Preliminar

#### a) *El tema:*

El tema al cual se dedican estos párrafos hace a una cuestión que pudo verse en las redes sociales después de que se fallara CEPIS<sup>3</sup>: en las sintéticas expresiones que suelen leerse en dichas redes, había personas que se preguntaban cómo podían “salirse” de los efectos del fallo. Incluso mostraban la última factura, como si el monto que ella ostentaba justificara externamente el interrogante y, en general, el deseo moral de sufragar un importe tal vez menos irracional. La cuestión no resultaba –ni resulta hoy– baladí, y encierra un interrogante jurídico relevante.

#### b) *El perfil procedimental del caso CEPIS:*

Así como tenemos una imagen de los casos tarifarios como planteos multidisciplinarios, también podemos distinguir, en ellos, aspectos procedimentales, procesales y procesal-constitucionales insitos en los mismos, sin perjuicio de las cuestiones de fondo que en ellos se debatían, tales como el quantum de una tarifa, entre otros supuestos.

En cuanto a los aspectos procesales, recordaremos que un recaudo, para acceder a la instancia judicial, es el de caso o controversia. Este recaudo se potencia ante casos constitucionales. En el célebre caso de la impugnación de la creación de una empresa estatal (*Ashwander v. Tennessee*), en 1936, la jurisprudencia estadounidense nos legó las llamadas “reglas de Brandeis”, que, entre otras, exigen el caso o controversia. Mas esta línea de análisis es extraña a CEPIS pues en él se debatió una cuestión de puro derecho, de tenor procedimental administrativo.

<sup>1</sup> Texto de la ponencia presentada en el Panel Nro. 7, “Procesos colectivos y servicios públicos”. 2° Núcleo temático: litigios complejos y efectividad de los derechos fundamentales. La versión en la que se basan estas breves anotaciones puede verse en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, Buenos Aires, Ábaco, 2016, Nro. 11, pp. 207-221.

<sup>2</sup> Abogada (UMSA, 1992, mejor promedio de su promoción); especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA, 1998); doctora en Derecho (UBA, 2006, tesis calificada sobresaliente). Profesora de derecho administrativo (UCA).

<sup>3</sup> *Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo*, FLP 8399/2016/CS1, del 18/8/2016.

CEPIS es un fallo centrado en lo procedimental. En él se puso en juego la validez de las resoluciones impugnadas, y que fue fallado por la nulidad de las mismas en punto a los usuarios residenciales que tienen acceso a la red de distribución de gas natural por redes, sin perjuicio de lo relativo a la tarifa social. El eje de esa impugnación giró en torno a un recaudo procedimental, de procedimiento administrativo: si las nuevas tarifas debían fijarse, en sede administrativa, sin o con audiencia pública previa.

En el renglón procedimental, una nulidad formal o procedimental, como la declarada en el caso de los medidores de agua con facturación global con cargo al consorcio, tuvo efectos generales. Así se falló la cuestión en 2000 y 2009 para el área servida por la entonces concesionaria.

Similar temperamento se advierte en *CEPIS* y sus efectos: el usuario que pudo haber reclamado informalmente ante la distribuidora de gas a fin de sufragar el monto incluyendo el aumento dispuesto por esas resoluciones (anuladas), se pudo haber encontrado con una respuesta del tenor de “tenemos que acatar la sentencia y no podemos cobrar un importe distinto al que aparece en la factura, que obedece a la nulidad declarada”. Es que, si se quiere, una nulidad procedimental es objetiva, formal, y, o bien podría tener efectos generales, o bien podría generar un precedente que se reiteraría en todos los casos futuros similares que se plantearan.

En *CEPIS* se declaró la nulidad de las resoluciones Ministerio de Energía y Minería de la Nación N° 28 y N° 31 del 2016. Y la simple pregunta que inspira esa decisión, dados sus efectos expansivos –que la Corte Suprema misma reconoce-, que alcanzan a todos los usuarios residenciales (sin perjuicio de lo previsto en materia de tarifa social) es la siguiente: ¿habrá alguna forma de salirse de esa clase de efectos? Si un usuario dotado de un superlativo sentido moral quisiera pagar facturas que incluyeran el aumento dispuesto por esas resoluciones (anuladas), ¿tendría ese imaginario usuario la posibilidad jurídica de hacerlo?

Las líneas que siguen indagan, muy sintéticamente dado el tiempo asignado para la exposición, en tal planteo.

## **II. Una mirada normativa**

### **a) Nivel constitucional y legal formal**

Los extremos legales con los que se enfrenta nuestra pregunta tienen, por delante, una Ley reglamentaria del artículo 43 de la Constitución Nacional, que no ha sido sancionada, con lo que no se han reglamentado los amparos colectivos. A su vez, la Ley de régimen de amparo N° 16.986 no pudo prever, en 1966, los amparos colectivos.

La Ley N° 24.240, de defensa del consumidor, en su artículo 54, no fija una notificación previa o comunicación similar a efectos del ejercicio de la posibilidad allí prevista.

### **b) Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

La Acordada N° 32/2014, de la Corte Suprema, no regula el mentado aspecto, vgr., no fija la posibilidad de salirse o sustraerse de la clase, y, eventualmente, de los efectos de la sentencia.

La Acordada N° 12/2016 establece que el juez “hará saber a los integrantes del colectivo (...)”, mas no avanza en tal aspecto. Ello conduce a preguntarse: ¿cómo se hará saber? ¿Cuántas veces? ¿Se hará saber por cédula u oficio o por carta certificada, carta con contenido certificado

o carta documento? ¿Quién hará frente a los gastos de envío postal si tal fuere la modalidad adoptada? ¿Se pondrían en juego datos personales al administrarse la nómina de destinatarios? También conduce a preguntarse: una cuestión de tan simple obtención como la nómina de quienes reciben la factura de la distribuidora de gas a efectos de “hacer saber”, ¿implicaría afectar el derecho a la intimidad de dichos particulares? ¿Habría que tachar ciertos datos de la nómina para no afectar dicho derecho?

### ***c) Derecho procesal estadounidense***

Para las acciones de clase –figura vinculable a los amparos colectivos-, el Derecho procesal civil estadounidense prevé, en lo principal, regímenes de *opt-in* y de *opt-out*. Ello significa que la Ley establece cuáles planteos tendrán clases conformadas por quienes efectivamente decidan incluirse (*opt-in*) en la clase. Y la Ley también establece cuáles planteos tendrán clases conformadas por *default*, tal que cada uno de los integrantes tenga la posibilidad de optar por salirse o excluirse (*opt-out*) de la clase.

En cierto sentido, las clases formadas por *opt-in* trasuntan menos agresividad, y mayor respeto por la autonomía personal, que las clases de conformación automática de las que hay que un miembro puede decidir excluirse u *opt-out*.

Los planteos de puro derecho son de *opt-out*, conforme al U.S.C. (23)(b)(3). El planteo de *CEPIS*, enderezado a la obtención de una nulidad procedimental por ausencia de audiencia pública previa, es un supuesto de puro derecho, y por ello tipifica en la citada 23(b)(3).

De allí que, si las Leyes rituales estadounidenses se aplicaran en Argentina, un particular tendría que haber podido salirse o excluirse de la clase o colectivo para eventualmente salirse o excluirse de los efectos de la sentencia que resolviera un caso de puro derecho como *CEPIS*. Ahora, ¿se prevé en nuestro ordenamiento tal posibilidad? Ya hemos visto que no se la prevé, en especial en las Acordadas vigentes. La cuestión es importante jurídicamente: si esa posibilidad de autoexclusión no existe, habrá menoscabo a la autonomía de la voluntad, faceta humana que se ha visto privilegiada por la jurisprudencia en otros célebres casos como *Arriola* o *FAL*, sobre tenencia de estupefacientes para consumo y sobre aborto impune.

### **III. Un precedente estadounidense muy relevante:**

El fallo de la Corte Suprema estadounidense *Phillips Petroleum*, 472 U.S. 797, de 1985, brinda respuesta a lo principal de lo planteado aquí. El mismo ha sido desarrollado por Bianchi, Alberto B. en su libro *Acciones de Clase*.

En un litigio relativo a liquidación de intereses sobre regalías, hallándose involucrados casi 33.000 acreedores de dichas regalías –superficiarios de terrenos en los que se desarrollaban actividades de explotación de hidrocarburos-, acreedores que se hallan dispersos en varios estados, dicho Tribunal sentó dos lineamientos de marcada relevancia para casos como *CEPIS*:

Primero, el debido proceso, en una acción de clase, exige (i) la notificación a cada hipotético miembro de la clase; (ii) la oportunidad de comparecer; (iii) la opción de *opt-out* o de sustraerse de la clase.

Segundo, el *opt-out* o posibilidad de salirse o sustraerse de la clase se efectúa mediante el envío, a cada hipotético miembro de la clase, de un formulario de “solicitud de exclusión”. De tal modo, el particular puede optar por no hacer nada (y quedar incluido), o bien puede

decidir devolver ese formulario de “solicitud de exclusión” completado a efectos de sustraerse de la clase y, eventualmente, de los efectos de la sentencia. En *Phillips Petroleum*, una clase originariamente enderezada a tener casi 33.000 miembros terminó siendo integrada por 28.000 miembros.

Literalmente, en *Phillips Petroleum*, 472 U.S. 797, esp.p. 810-811, se lee:

*“In most class actions an absent plaintiff is provided at least with an opportunity to ‘opt out’ of the class, and if he takes advantage of that opportunity he is removed from the litigation entirely. This was true of the Kansas proceedings in this case. The Kansas procedure provided for the mailing of a notice to each class member by first-class mail. The notice, as we have previously indicated, described the action and informed the class member that he could appear in person or by counsel, in default of which he would be represented by the named plaintiffs and their attorneys. The notice further stated that class members would be included in the class and bound by the judgment unless they ‘opted out’ by executing and returning a ‘request for exclusion’ that was included in the notice.”*<sup>4</sup>

#### IV. En conclusión

Quedar comprendido en los efectos de una sentencia dictada en un juicio en el que nunca se tuvo opción de sustracción o exclusión, y sin posibilidades de hacerlo útilmente o sin incurrir en gastos de contratación de profesionales, parecería reñido con principios básicos. Se hallarían en juego la autonomía personal (artículo 19, Constitución Nacional) tomándose a la libertad como *prius*, idea que se halla plasmada en el Preámbulo de la Constitución argentina: “asegurar los beneficios de la libertad”.

En esta escena, parecería trascendente dar alguna oportunidad para expresar el consentimiento en punto a poder salirse de la clase o colectivo.

Personalmente, entendemos que el sistema de *opt-in* –ser notificado a los fines de manifestar la voluntad de incluirse en el colectivo- parecería garantizar un libre y verdadero consentimiento y evitaría gravamen a principios constitucionales como los recordados.

En caso de que se esté por el sistema de *opt-out* –tal parecería ser el espíritu que, con serias tachas, emanaría de la Ley N° 24.240 de protección del consumidor; no así de las Acordadas antes repasadas-, tendrían que ofrecerse, al menos, dos ocasiones para sustraerse o excluirse del colectivo antes de la definitiva construcción de éste. Ello podría implementarse mediante el envío postal, en dos ocasiones, del formulario de manifestación de voluntad de exclusión o “pedido de exclusión”. Previo a ello, la nómina de hipotéticos miembros de la clase tendría que ser requerida a quien la administra (por ej., una empresa distribuidora de gas), y antes de la remisión de la nómina a quien deberá efectuar los envíos postales –v.gr., la interesada, es decir, la actora- deberían

---

<sup>4</sup> «En la mayoría de las acciones de clase, a un actor ausente se le brinda, al menos, una oportunidad de ‘optar por excluirse’ de la clase, y si él toma ventaja de esa oportunidad será apartado completamente del litigio. Esto fue cierto respecto del proceso en Kansas en este caso. El proceso de Kansas establecía el envío de un aviso, por correo first class, a cada uno de los miembros de la clase. El aviso, como hemos indicado previamente, describió a la acción e informó al miembro de la clase que podría comparecer personalmente o mediante letrado; subsidiariamente, sería representado por los actores nominados y sus abogados. El aviso asimismo estableció que los miembros de la clase serían incluidos en la clase y la decisión judicial les sería vinculante a menos que «optaran por excluirse» mediante la formalización y devolución de un ‘pedido de exclusión’ incluido en el aviso.» (traducción de la autora)

tacharse datos que puedan afectar la intimidad de los comprendidos en dicha nómina.

Podemos razonablemente entender que, notificando por un medio postal certificado (o de contenido certificado), a cada miembro del colectivo, y brindando la opción de excluirse mediante el llenado y suscripción de un “formulario de pedido de exclusión” a devolver en el plazo que se fije, se evitaría que todos los que quedaron comprendidos en la clase o colectivo resulten alcanzados, en forma autoritaria, por el la decisión judicial.

De ese modo, se evitaría que quienes desearan sustraerse se vean obligados a, por ejemplo, revisar diariamente una *webpage* de publicación de amparos colectivos. También se evitaría que quienes desearan sustraerse tengan que incurrir en gastos de honorarios profesionales para lograr una hipotética exclusión de resultados inciertos atento la carencia actual de regulación del supuesto.

Al omitirse el envío postal de una notificación -a los fines de manifestar la voluntad de excluirse mediante la devolución del respectivo formulario de pedido de exclusión, la tramitación y efectos de la causa *CEPIS* vino a lesionar la autonomía personal de quienes se vieron incluidos en un colectivo de compulsiva construcción. Autonomía personal que la propia Corte Suprema ha privilegiado en otros casos, como vimos

A todo evento, ausente una regulación, como la que hoy se verifica, sobre *opt-in* u *opt-out*, en las acciones de amparo colectivo la decisión judicial debería alcanzar sólo a los asociados de la o las entidades actoras. Ello pues son dichos asociados los que eligieron unirse a la respectiva asociación, y pueden, hipotéticamente, haber participado en la decisión asociacional de promover la acción de amparo colectivo y en todo lo que ella involucra.

En síntesis, la oportuna solicitud de consentimiento de cada miembro del colectivo –sea para excluirse del mismo, sea para incluirse en el mismo- asegura el debido proceso a los particulares, trasunta respeto por la autonomía personal de éstos y coadyuva a la prudencia judicial desplazando la imposición autoritaria de un resultado judicial.