

JULIO PABLO COMADIRA

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Derecho administrativo y principio de juridicidad

Acto administrativo

Contrato administrativo

Organización administrativa

Responsabilidad del Estado



CATHEDRA
J U R I D I C A

EDICIONES CATHEDRA JURÍDICA

Lavalle 1280

C1048AAF - Ciudad de Buenos Aires

República Argentina

Tel.: (54-11) 4382-4780/0295

Fax: (54-11) 4382-4780

E-mail: info@cathedrajuridica.com.ar

cathedrajuridica@yahoo.com.ar

www.cathedrajuridica.com.ar

Comadira, Julio Pablo

Estudios de derecho administrativo : Derecho administrativo y principio de juridicidad. Acto administrativo. Contrato administrativo. Organización administrativa. Responsabilidad del Estado / Julio Pablo Comadira. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Cathedra Jurídica, 2019.

568 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3886-62-1

1. Derecho Público. I. Título.

CDD 342

Hecho el depósito que dispone la ley 11.723

Está prohibida y penada por la ley la reproducción total o parcial de este libro por ninguna forma o procedimiento. Reservados todos los derechos.

La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos*

1. Introducción

Uno de los capítulos que ha merecido la mayor cantidad de opiniones y teorías disímiles en el derecho argentino, es la vinculada con la determinación de la situación jurídica subjetiva de los particulares frente a la Administración Pública y, en especial, en el procedimiento administrativo. En concreto, el debate tradicional se ha centrado en procurar distinguir entre sí las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple¹.

Por cierto, en los términos clásicos de la discusión, la delimitación adecuada de aquellos conceptos tiene relevantes consecuencias prácticas que exceden la mera especulación teórica. En

* Publicado originariamente en AA.VV., *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Adrus D&L Editores, Lima, 2013, vol. I, ps. 165 y ss. Reproducido, también, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, ps. 271 y ss.

¹ Por supuesto, a esas categorías debe sumarse, en especial luego de la reforma constitucional de 1994, la de los derechos de incidencia colectiva. Su análisis, ciertamente, excedería el objeto y los márgenes de un trabajo como el presente. Ver, de todos modos, la causa “Halabi” (CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, *Fallos*, 332:11) y COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 123 y ss.

efecto, en el reconocimiento de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple se plantea no sólo la legitimación que cabe reconocerle a su titular en el plano estrictamente administrativo, sino también —y fundamentalmente— en la instancia judicial, incluyendo el alcance de las pretensiones —anulatoria e indemnizatoria— que resultaría viable articular en una u otra sede.

Por ello, en las próximas páginas me propongo, primero, profundizar en la relevancia tradicional que, entre nosotros, se ha adjudicado a la distinción recién referida y, a la vez, indagar en las distintas teorías que se han propuesto para conceptualizar las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Finalizada la tarea anterior intentaré —en segundo término— demostrar, junto con autorizada doctrina, que la división entre derecho subjetivo e interés legítimo es ajena a nuestro sistema jurídico y que, en la práctica, sólo ha operado como una propuesta teórica que ha permitido limitar el alcance de la tutela judicial efectiva a situaciones que, por el contrario, merecían el amparo judicial.

Desde esa visión, entonces, abordaré, en tercer lugar, el aspecto central de este trabajo que consiste en indagar cuál es la situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y, agregó, durante la ejecución de los contratos hasta su extinción.

Por último, antes de las conclusiones, me referiré al nuevo decreto 893/12, reglamentario del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el decreto delegado 1023/2001 que, en lo que aquí interesa, aporta una novedosa y auspiciable solución en línea con lo propuesto en estas páginas, más allá de una alguna incoherencia o insuficiencia en su regulación.

2. La distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

2.1. La relevancia tradicional de la distinción

Como adelanté, alcanzar un criterio que permita distinguir adecuadamente entre las clásicas situaciones jurídicas subjetivas

de los particulares, conocidas como derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, no constituye, en la aproximación tradicional de la temática, un mero ejercicio intelectual carente de proyecciones prácticas.

En efecto, según la concepción clásica², quien resulta titular de un derecho subjetivo puede requerir su protección tanto en sede administrativa como judicial y peticionar ante ellas, no sólo la anulación del acto que afecta su derecho, sino, también, la indemnización de los daños y perjuicios experimentados a raíz de la violación normativa consumada.

En cambio, al titular afectado de un interés legítimo sólo se le reconocería protección en sede administrativa, limitada esta protección, por lo demás, a la anulación del acto ilegítimo, siendo viable el acceso a la justicia únicamente en la medida en que una norma lo autorizara, la que, de todos modos, no podría otorgar más que la posibilidad de anular el acto ilegítimo —quedando afuera, por ende, la posibilidad de ser indemnizado—.

² Puede verse una explicación de las derivaciones de la distinción —independientemente de la teoría asumida por cada uno de los autores— en: MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 75/76; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, ps. 333 y ss.; CANDA, Fabián Omar, “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, UCA, Buenos Aires, 2005, ps. 131 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, ps. 477 y ss.

Por otra parte, se puede ampliar y profundizar el estudio de estas categorías en: URRUTIGOITY, Javier, “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss. y, del mismo autor, “Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa”, en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 415; GUSMÁN, Alfredo Silverio, “Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo”, *ED*, 182-1059; DATES, Luis E., “Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Descripción, evaluación y crítica de las categorías jurídicas de la ley 19.549”, *RAP* 413:7; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V, Capítulo VII; OBERDA, Gastón Darío, “Las partes en el procedimiento administrativo”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 218/219.

Por último, la afectación de un interés simple sólo concedería legitimación para presentar una denuncia en sede administrativa, sin que el denunciante adquiriera la calidad de parte en el procedimiento administrativo ni que la Administración, en principio, tenga el deber de resolverla.

Se advierte, entonces, la significación implicada en lograr una correcta conceptualización de cada una de las situaciones jurídicas aludidas pues, en ella, está comprometido el alcance de la tutela administrativa y judicial efectiva³, tanto en su faz anulatoria como indemnizatoria.

En esa línea, encuadrar en la noción de interés legítimo una determinada situación de un particular suponía, en los hechos, limitar su tutela al ámbito administrativo, vedándole, en principio, la instancia judicial y la viabilidad de obtener una indemnización por los daños derivados de la afectación de ese interés.

De allí, en consecuencia, los constantes esfuerzos doctrinarios por procurar delimitar satisfactoriamente cada una de las figuras hasta llegar, como veremos, a la postulación teórica de erradicar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, criterio, este último, que parece imponerse en la actualidad doctrinaria, legislativa y jurisprudencial y, a nuestro juicio, en el nuevo decreto 893/12, reglamentario, como dije, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

A esos esfuerzos me refiero, entonces, en los próximos puntos, clasificando las diversas teorías que se han ensayado.

³ Cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa “Astorga Bracht”, introduce por primera vez en su jurisprudencia la noción de “*tutela administrativa efectiva*” (CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 327:4185, considerando 6°). Concretamente, fundó el derecho a la “tutela administrativa y judicial efectiva” en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inc. 3°, aps. a y b; y 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por supuesto, también debe tenerse presente el art. 18 de la Constitución Nacional.

Sobre el alcance de la tutela administrativa efectiva puede verse el clarificador trabajo de Pablo Perrino (PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75).

2.2. Las teorías para distinguir el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple

2.2.1. La teoría de la exclusividad y la concurrencia

La primera propuesta para distinguir entre el derecho subjetivo y el interés legítimo —probablemente la más difundida en Argentina— es la que tiene en cuenta la situación de exclusividad o concurrencia en la que puede ubicarse el particular frente a la Administración y la conducta que le es debida por esta.

Así, Gordillo, en su momento, puntualizaba que el derecho subjetivo “...se caracteriza por la reunión de dos elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad”. En cambio, según esta misma orientación, el interés legítimo “...se caracteriza por lo general por la reunión de los siguientes elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia; c) puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de interés legítimo, que el individuo debe en este caso tener también un interés personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama”⁴.

⁴ GORDILLO, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2ª ed. corregida y aumentada, 1971, ps. 107/108.

No obstante, en la actualidad, Gordillo plantea que la “...Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso (...) el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2009, 9ª ed., t. 2, p. II-3). Y, más adelante, agrega que “El clásico derecho público argentino nacional, atrasado legislativamente respecto del derecho comparado local y extranjero, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa. El derecho de todo habitante se reducía en un ‘interés simple’ que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

En la misma línea podemos ubicar a Hutchinson⁵, Escola⁶ y Pearson⁷.

También Fiorini se refiere a la exclusividad y concurrencia para distinguir al derecho subjetivo y el interés legítimo cuando afirma que "...el derecho subjetivo que manifiesta la pertenencia particularizada y excluyente, se presenta como interés legítimo cuando desaparece el dato de la exclusividad"⁸.

En una orientación similar —aunque no igual— Zanobini concluye que debe sostenerse "...en la definición de derecho subjetivo la fórmula del 'interés jurídicamente protegido', considerando también que el elemento diferencial debe buscarse únicamente en el sentido de la norma del derecho objetivo, del cual deriva la protección respectiva. Si la norma toma en consi-

Eso cambió radicalmente, como estamos viendo y seguiremos ampliando más adelante, con la Constitución de 1994" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. II-31).

De todos modos, si bien luego señala que "Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo...", añade que "...tal vez sea prematuro anunciar su desaparición del mundo jurídico en derecho administrativo, razón por la cual mantenemos por ahora su tratamiento". Y, así, en la última edición del t. 2 de su *Tratado* se ocupa de la noción de "interés legítimo" y recuerda que "...en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha 'concurrencia' abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un 'interés personal y directo' en la impugnación del acto" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. IV-1/2 y 5).

⁵ HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 453: "Se considera derecho subjetivo como una protección que el ordenamiento jurídico otorga exclusivamente a un individuo determinado (...) tiene que haber dos elementos: a) que existe una norma jurídica que predetermine exactamente cuál es la actividad administrativa debida, es decir, que diga específica y claramente lo que debe hacerse y que lo diga antes de que esa situación se produzca; b) que esta conducta esté dada en relación a un individuo determinado, contemplado en situación de exclusividad". Ampliar en la obra del mismo autor: HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, ps. 250 y ss. (en especial ps. 254; 255, nota 199; y 260).

⁶ ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 184.

⁷ PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, segunda edición corregida y aumentada, ps. 51/52.

⁸ FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 60.

La situación jurídica subjettiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos*

1. Introducción

Uno de los capítulos que ha merecido la mayor cantidad de opiniones y teorías disímiles en el derecho argentino, es la vinculada con la determinación de la situación jurídica subjettiva de los particulares frente a la Administración Pública y, en especial, en el procedimiento administrativo. En concreto, el debate tradicional se ha centrado en procurar distinguir entre sí las nociones de derecho subjettivo, interés legítimo e interés simple¹.

Por cierto, en los términos clásicos de la discusión, la delimitación adecuada de aquellos conceptos tiene relevantes consecuencias prácticas que exceden la mera especulación teórica. En

* Publicado originariamente en AA.VV., *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Adrus D&L Editores, Lima, 2013, vol. I, ps. 165 y ss. Reproducido, también, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, ps. 271 y ss.

¹ Por supuesto, a esas categorías debe sumarse, en especial luego de la reforma constitucional de 1994, la de los derechos de incidencia colectiva. Su análisis, ciertamente, excedería el objeto y los márgenes de un trabajo como el presente. Ver, de todos modos, la causa “Halabi” (CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, *Fallos*, 332:11) y COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 123 y ss.

efecto, en el reconocimiento de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple se plantea no sólo la legitimación que cabe reconocerle a su titular en el plano estrictamente administrativo, sino también —y fundamentalmente— en la instancia judicial, incluyendo el alcance de las pretensiones —anulatoria e indemnizatoria— que resultaría viable articular en una u otra sede.

Por ello, en las próximas páginas me propongo, primero, profundizar en la relevancia tradicional que, entre nosotros, se ha adjudicado a la distinción recién referida y, a la vez, indagar en las distintas teorías que se han propuesto para conceptualizar las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Finalizada la tarea anterior intentaré —en segundo término— demostrar, junto con autorizada doctrina, que la división entre derecho subjetivo e interés legítimo es ajena a nuestro sistema jurídico y que, en la práctica, sólo ha operado como una propuesta teórica que ha permitido limitar el alcance de la tutela judicial efectiva a situaciones que, por el contrario, merecían el amparo judicial.

Desde esa visión, entonces, abordaré, en tercer lugar, el aspecto central de este trabajo que consiste en indagar cuál es la situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y, agregó, durante la ejecución de los contratos hasta su extinción.

Por último, antes de las conclusiones, me referiré al nuevo decreto 893/12, reglamentario del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el decreto delegado 1023/2001 que, en lo que aquí interesa, aporta una novedosa y auspiciable solución en línea con lo propuesto en estas páginas, más allá de una alguna incoherencia o insuficiencia en su regulación.

2. La distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

2.1. La relevancia tradicional de la distinción

Como adelanté, alcanzar un criterio que permita distinguir adecuadamente entre las clásicas situaciones jurídicas subjetivas

de los particulares, conocidas como derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, no constituye, en la aproximación tradicional de la temática, un mero ejercicio intelectual carente de proyecciones prácticas.

En efecto, según la concepción clásica², quien resulta titular de un derecho subjetivo puede requerir su protección tanto en sede administrativa como judicial y peticionar ante ellas, no sólo la anulación del acto que afecta su derecho, sino, también, la indemnización de los daños y perjuicios experimentados a raíz de la violación normativa consumada.

En cambio, al titular afectado de un interés legítimo sólo se le reconocería protección en sede administrativa, limitada esta protección, por lo demás, a la anulación del acto ilegítimo, siendo viable el acceso a la justicia únicamente en la medida en que una norma lo autorizara, la que, de todos modos, no podría otorgar más que la posibilidad de anular el acto ilegítimo —quedando afuera, por ende, la posibilidad de ser indemnizado—.

² Puede verse una explicación de las derivaciones de la distinción —independientemente de la teoría asumida por cada uno de los autores— en: MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 75/76; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, ps. 333 y ss.; CANDA, Fabián Omar, “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, UCA, Buenos Aires, 2005, ps. 131 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, ps. 477 y ss.

Por otra parte, se puede ampliar y profundizar el estudio de estas categorías en: URRUTIGOITY, Javier, “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss. y, del mismo autor, “Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa”, en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 415; GUSMÁN, Alfredo Silverio, “Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo”, *ED*, 182-1059; DATES, Luis E., “Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Descripción, evaluación y crítica de las categorías jurídicas de la ley 19.549”, *RAP* 413:7; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V, Capítulo VII; OBERDA, Gastón Darío, “Las partes en el procedimiento administrativo”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 218/219.

Por último, la afectación de un interés simple sólo concedería legitimación para presentar una denuncia en sede administrativa, sin que el denunciante adquiriera la calidad de parte en el procedimiento administrativo ni que la Administración, en principio, tenga el deber de resolverla.

Se advierte, entonces, la significación implicada en lograr una correcta conceptualización de cada una de las situaciones jurídicas aludidas pues, en ella, está comprometido el alcance de la tutela administrativa y judicial efectiva³, tanto en su faz anulatoria como indemnizatoria.

En esa línea, encuadrar en la noción de interés legítimo una determinada situación de un particular suponía, en los hechos, limitar su tutela al ámbito administrativo, vedándole, en principio, la instancia judicial y la viabilidad de obtener una indemnización por los daños derivados de la afectación de ese interés.

De allí, en consecuencia, los constantes esfuerzos doctrinarios por procurar delimitar satisfactoriamente cada una de las figuras hasta llegar, como veremos, a la postulación teórica de erradicar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, criterio, este último, que parece imponerse en la actualidad doctrinaria, legislativa y jurisprudencial y, a nuestro juicio, en el nuevo decreto 893/12, reglamentario, como dije, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

A esos esfuerzos me refiero, entonces, en los próximos puntos, clasificando las diversas teorías que se han ensayado.

³ Cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa “Astorga Bracht”, introduce por primera vez en su jurisprudencia la noción de “*tutela administrativa efectiva*” (CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 327:4185, considerando 6°). Concretamente, fundó el derecho a la “tutela administrativa y judicial efectiva” en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inc. 3°, aps. a y b; y 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por supuesto, también debe tenerse presente el art. 18 de la Constitución Nacional.

Sobre el alcance de la tutela administrativa efectiva puede verse el clarificador trabajo de Pablo Perrino (PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75).

2.2. Las teorías para distinguir el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple

2.2.1. La teoría de la exclusividad y la concurrencia

La primera propuesta para distinguir entre el derecho subjetivo y el interés legítimo —probablemente la más difundida en Argentina— es la que tiene en cuenta la situación de exclusividad o concurrencia en la que puede ubicarse el particular frente a la Administración y la conducta que le es debida por esta.

Así, Gordillo, en su momento, puntualizaba que el derecho subjetivo “...se caracteriza por la reunión de dos elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad”. En cambio, según esta misma orientación, el interés legítimo “...se caracteriza por lo general por la reunión de los siguientes elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia; c) puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de interés legítimo, que el individuo debe en este caso tener también un interés personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama”⁴.

⁴ GORDILLO, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2ª ed. corregida y aumentada, 1971, ps. 107/108.

No obstante, en la actualidad, Gordillo plantea que la “...Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso (...) el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2009, 9ª ed., t. 2, p. II-3). Y, más adelante, agrega que “El clásico derecho público argentino nacional, atrasado legislativamente respecto del derecho comparado local y extranjero, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa. El derecho de todo habitante se reducía en un ‘interés simple’ que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

En la misma línea podemos ubicar a Hutchinson⁵, Escola⁶ y Pearson⁷.

También Fiorini se refiere a la exclusividad y concurrencia para distinguir al derecho subjetivo y el interés legítimo cuando afirma que "...el derecho subjetivo que manifiesta la pertenencia particularizada y excluyente, se presenta como interés legítimo cuando desaparece el dato de la exclusividad"⁸.

En una orientación similar —aunque no igual— Zanobini concluye que debe sostenerse "...en la definición de derecho subjetivo la fórmula del 'interés jurídicamente protegido', considerando también que el elemento diferencial debe buscarse únicamente en el sentido de la norma del derecho objetivo, del cual deriva la protección respectiva. Si la norma toma en consi-

Eso cambió radicalmente, como estamos viendo y seguiremos ampliando más adelante, con la Constitución de 1994" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. II-31).

De todos modos, si bien luego señala que "Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo...", añade que "...tal vez sea prematuro anunciar su desaparición del mundo jurídico en derecho administrativo, razón por la cual mantenemos por ahora su tratamiento". Y, así, en la última edición del t. 2 de su *Tratado* se ocupa de la noción de "interés legítimo" y recuerda que "...en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha 'concurrencia' abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un 'interés personal y directo' en la impugnación del acto" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. IV-1/2 y 5).

⁵ HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 453: "Se considera derecho subjetivo como una protección que el ordenamiento jurídico otorga exclusivamente a un individuo determinado (...) tiene que haber dos elementos: a) que existe una norma jurídica que predetermine exactamente cuál es la actividad administrativa debida, es decir, que diga específica y claramente lo que debe hacerse y que lo diga antes de que esa situación se produzca; b) que esta conducta esté dada en relación a un individuo determinado, contemplado en situación de exclusividad". Ampliar en la obra del mismo autor: HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, ps. 250 y ss. (en especial ps. 254; 255, nota 199; y 260).

⁶ ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 184.

⁷ PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, segunda edición corregida y aumentada, ps. 51/52.

⁸ FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 60.

deración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición de derecho subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses sólo indirectamente protegidos. Por lo tanto, el derecho subjetivo puede definirse como ‘un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y como tal protegido por él de manera directa e inmediata’⁹.

En suma, deberá reconocérsele un derecho subjetivo al particular cuando la conducta le es debida por la Administración en una situación de exclusividad respecto de otros particulares; mientras que le corresponderá un interés legítimo si la misma conducta le es debida en concurrencia con otros.

2.2.2. *La teoría de las normas de acción y de relación*

Una segunda teoría es aquella que, para distinguir las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, parte de una división previa de las normas administrativas en “normas de relación” y “normas de acción”. El expositor fundamental de esta propuesta en Argentina ha sido Marienhoff¹⁰ quien, a su vez, sigue al italiano Guicciardi.

En ese esquema, las “normas de relación” son “...las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales”. En cambio, las “normas de acción” son “...las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público”. Así, las “normas de relación” delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudada-

⁹ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª ed. italiana de 1949, vol. I, Parte General, ps. 239/240.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, t. V, ps. 556 y ss.

deración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición de derecho subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses sólo indirectamente protegidos. Por lo tanto, el derecho subjetivo puede definirse como ‘un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y como tal protegido por él de manera directa e inmediata’⁹.

En suma, deberá reconocérsele un derecho subjetivo al particular cuando la conducta le es debida por la Administración en una situación de exclusividad respecto de otros particulares; mientras que le corresponderá un interés legítimo si la misma conducta le es debida en concurrencia con otros.

2.2.2. *La teoría de las normas de acción y de relación*

Una segunda teoría es aquella que, para distinguir las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, parte de una división previa de las normas administrativas en “normas de relación” y “normas de acción”. El expositor fundamental de esta propuesta en Argentina ha sido Marienhoff¹⁰ quien, a su vez, sigue al italiano Guicciardi.

En ese esquema, las “normas de relación” son “...las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales”. En cambio, las “normas de acción” son “...las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público”. Así, las “normas de relación” delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudada-

⁹ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª ed. italiana de 1949, vol. I, Parte General, ps. 239/240.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, t. V, ps. 556 y ss.

no mientras que, las “normas de acción”, regulan la actividad que la Administración puede desarrollar en su propia esfera jurídica.

En esa inteligencia, entonces, se propone que la violación de una “norma de relación” por la Administración supondría afectar un derecho subjetivo.

Por el contrario, si se transgrede una “norma de acción”, sólo se afectaría un interés simple, que no es más que “...el interés vago e impreciso que cualquiera del pueblo puede tener respecto de la buena marcha de la Administración”. No obstante, en algunos casos, puede haber ciudadanos que por la observancia o inobservancia de una “norma de acción” resulten favorecidos o perjudicados en modo particular en relación con otros ciudadanos. En estos supuestos, cuando la persona está en una “especial situación de hecho” o “particular posición” respecto de un determinado acto administrativo, se genera un “interés calificado” del ciudadano cuya proyección procesal es el interés legítimo.

En definitiva, podríamos concluir que, para esta postura, las “normas de relación” dan origen a un derecho subjetivo mientras que, las “normas de acción”, generan un interés simple, salvo que el particular esté en una especial situación hecho respecto del acto administrativo, en cuyo caso tendrá un interés legítimo.

2.2.3. *La teoría del caso concreto*

Esta posición ha sido asumida en doctrina por Mairal. Para este autor, si bien reconoce valor como pauta de orientación a la distinción entre normas de acción y relación, “...la verdadera pregunta a formular en cada caso en que la respuesta no surja expresamente del derecho legislado, es la siguiente: ¿es conveniente desde el punto de vista de los intereses y valores en juego que en la circunstancia concreta que se ha planteado, pueda el particular en cuestión defender sus intereses ante un tribunal judicial?”¹¹. En esta línea, agrega, entonces, que “La respuesta exigirá analizar otros factores, amén del propósito del legislador cuando sancionó la norma que se alega violada por la Administración, a saber: la posibilidad de que la intervención judicial

¹¹ MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública...*, cit., p. 85.

provoque un serio entorpecimiento en la actividad administrativa; el carácter y gravedad de los perjuicios que sufrirá el particular a raíz de la conducta ilegítima de la Administración; la posibilidad de que la misma acción, con el mismo propósito, sea iniciada separadamente por otros individuos, con riesgo de que se produzca una proliferación de causas ante los estrados judiciales, y, en definitiva, el plexo de valores jurídicos y sociales en juego en el caso planteado”¹².

Consciente de la crítica por falta de certeza que podría generar dicha pauta, Mairal argumenta que “La solución parecerá heterodoxa y, por lo demás, chocará contra nuestra preferencia por las reglas de tipo abstracto que otorgan al derecho una apariencia de claridad y sistema cara a nuestra formación lógica. Sin embargo, no es otro el razonamiento que en la realidad siguen los jueces para determinar si un individuo goza o no de acción judicial para defender su interés frente a la Administración, aunque una vez que han llegado a la conclusión que reputan justa la expliquen sentando la premisa de que dicho individuo gozaba de un derecho subjetivo y, ‘consecuentemente’, debía reconocérsele la acción judicial, o inversamente, que por estar en juego ‘únicamente’ un interés legítimo la acción judicial era improcedente. Y es correcto que el juzgador tome en cuenta los argumentos que indicamos, pues ellos son los que mueven al legislador a otorgar o denegar la acción judicial cuando resuelven expresamente el caso, por lo cual ante su silencio el juez deberá dar al caso individual sometido a su jurisdicción aquella solución que se conforme con la regla general que sentaría de estar investido de la facultad legislativa”¹³.

En definitiva, para esta propuesta doctrinaria será necesario evaluar —aunque siguiendo la orientación de la teoría de las normas de acción y de relación— si es conveniente desde el punto de vista de los intereses y valores en juego que, en el caso concreto, pueda el particular en cuestión defender sus intereses ante un tribunal judicial.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ídem*, ps. 85/86.

2.2.4. *La teoría de la utilidad procesal y sustancial*

Desde otro punto de vista, se ha intentado encontrar la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo en el tipo de utilidad que le generan las normas al particular.

Así, Cassagne en un primer momento había señalado que “...mientras el derecho subjetivo es el poder jurídico atribuido a un sujeto por el ordenamiento jurídico en garantía de un bien o interés que le proporciona una utilidad sustancial directa e inmediata, el interés legítimo ofrece al particular una garantía de legalidad, lo que importa una utilidad instrumental, donde a través de la observancia de la legalidad puede el particular obtener la tutela indirecta del propio derecho sustancial...”¹⁴.

Esta teoría, en Italia, fue propuesta por Alessi¹⁵, a quien seguía Cassagne.

En esa línea, las normas que confieren al particular una utilidad sustancial darían lugar a derechos subjetivos, mientras que, en cambio, las que otorgan una utilidad instrumental generarían intereses legítimos.

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, segunda edición actualizada, ps. 392/393; id., “La impugnación judicial de los reglamentos en el orden nacional”, *LL*, 1979-C-721; id., *Derecho Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, séptima edición, t. I, p. 222. Igualmente, debe decirse que, para este autor, los intereses legítimos eran merecedores de tutela judicial (ver en especial la última obra citada).

De todos modos, con posterioridad, Cassagne se refiere a la “superación de las categorías tradicionales” y señala que “...las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo, así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de la legitimación procesal (...). Así, una persona será portadora del interés que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, ps. 512/513). Ver, también, del mismo autor, “El acceso a la justicia”, *LL*, 2004-D-1218, en especial punto IV.1 y nota 73.

¹⁵ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, t. II, ps. 444 y ss.

2.3. La necesidad de superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Su improcedencia en nuestro sistema jurídico

2.3.1. Mi opinión: la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo debe superarse en el derecho argentino. El “derecho a qué” del particular y la determinación de la conducta jurídica debida por la Administración

Desde otra perspectiva de análisis, se ha expresado, con acierto, que es necesario superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo no sólo porque, en rigor, es ajena a nuestro sistema jurídico sino porque, en la práctica, deja desprotegidas situaciones que indudablemente merecen tutela judicial.

En efecto, en primer lugar, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo puede tener razón de ser, eventualmente, en el derecho italiano —donde incluso se reconoce la seria dificultad que genera el intentar precisarla¹⁶— en el que históricamente gravitó para determinar la jurisdicción competente. En este sentido, Roehrssen apunta que en Italia los remedios jurisdiccionales con los que cuentan los ciudadanos —en contraposición con los institutos o remedios puramente administrativos— “...son principalmente dos: la acción judicial ante los tribunales ordinarios, para la tutela de los derechos subjetivos; el recurso ante los tribunales administrativos regionales, para la tutela, sea de intereses legítimos, sea, en los casos taxativamente indiciados por la ley, de derechos subjetivos”¹⁷.

A tal punto la noción de “interés legítimo” se vincula con el derecho italiano que el profesor de Italia, Domenico Sorace, recuerda que “...la figura del interés legítimo surgió y se ha desarrollado en conexión con las particulares características de nues-

¹⁶ NIGRO, Mario, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1994, quarta edizione, p. 87.

¹⁷ ROEHRSSSEN, Guglielmo, *La justicia administrativa en Italia*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 17. Ver, también: SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, 2002, seconda edizione, ps. 60/61; NIGRO, Mario, *Giustizia...*, cit., p. 131; CARINGELLA, F.; DELPINO, L.; DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, Simone, 2005, XXII edizione, p. 779; LANDI, Guido y POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, nona edizione, ps. 689 y ss. y 798 y ss.

tro sistema de tutela jurisdiccional en los conflictos con la administración pública”¹⁸.

Por ello, el problema, entre nosotros, se suscita, precisamente, cuando se importan a nuestro derecho figuras jurídicas incompatibles con la arquitectura jurídica local. En esta línea, se advierte que en Italia la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo permite determinar la jurisdicción en la que se dará tutela al derecho subjetivo o al interés legítimo, estando claro que, justamente, en cualquier caso son merecedores de protección jurisdiccional, ora por los tribunales administrativos, ora por los tribunales ordinarios. Sin embargo, cuando se traslada esa clasificación a nuestro derecho, al no contar en Argentina con ese esquema jurisdiccional que permite acudir, luego de la instancia Administrativa, a los tribunales administrativos o a los ordinarios, se condena al desamparo a las situaciones jurídicas conceptualizadas como intereses legítimos.

En otras palabras, los denominados intereses legítimos, a diferencia de lo que ocurre en Italia¹⁹, quedan, en el derecho local, sin protección “jurisdiccional” alguna pues, como vimos, la doctrina tradicional en Argentina señala que ante la afectación de un interés legítimo sólo es posible articular un recurso administrativo en sede administrativa, no siendo viable acudir a la instancia judicial y no existiendo, entre nosotros, como regla, la jurisdicción de los tribunales administrativos. Se aprecia, así, las consecuencias negativas de incorporar a nuestro derecho una figura que tiene sentido en otro sistema jurídico: situaciones que en otro ordenamiento jurídico son susceptibles de ser tuteladas en una instancia jurisdiccional (los tribunales administrativos), en nuestro sistema quedan desprovistas de toda tutela una vez agotada la vía administrativa.

Por ello, como ya se adelantó, la clasificación criticada, a la par se estar concebida para un sistema jurídico distinto al argen-

¹⁸ SORACE, Domenico, *Diritto...*, cit., p. 361 (traducción propia).

¹⁹ De todos modos, en Italia también se ha dicho que en el último tiempo, por diversas razones —entre las que se incluye la “...superación del dogma de la no resarcibilidad de los daños a las lesiones de los intereses legítimos...”— se ha reducido fuertemente la relevancia de la distinción (SORACE, Domenico, *Diritto...*, cit., ps. 59 y 361). En la misma inteligencia: CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1994, ps. 357 y ss.

tino, es, en el derecho vernáculo, generadora de consecuencias disvaliosas al privar de protección judicial a situaciones que indudablemente ameritan acceder a la tutela judicial. En el decir de Dates, "...la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, que podría tener razón de ser en otros países, resulta estéril y peligrosa para nuestro sistema jurídico"²⁰.

En el mismo sentido, con acierto Barra ha puntualizado que "...la crítica más intensa que merece esta distinción es en cuanto a sus efectos prácticos, en la medida que el administrado titular de un 'interés legítimo' aparece con una protección menor —y en muchas ocasiones, totalmente desprotegido— con respecto al titular de un 'derecho subjetivo'"²¹.

Por esa razón, como sostiene el mismo autor, "sólo se tienen —y se pueden hacer valer, en juicio o través de un recurso administrativo— *derechos*"²², pues "...sólo se debe tener en consideración (...) la pretensión concreta que el administrado hace valer en su demanda (ya que en sede administrativa la distinción carece de este efecto práctico, por lo menos de manera tan determinante). Es el *derecho a qué*, lo que debe ser examinado por el juez en el momento de dictar sentencia, examen que efectuará de acuerdo con los hechos invocados y las probanzas aportadas. Es, entonces, una calificación que se hará *al final*: 'tiene derecho a (...); no tiene derecho a (...)'"; sin partir de juicios previos basados en una demasiado sutil consideración de la situación del administrado:

²⁰ DATES, Luis E., "Derecho subjetivo...", cit., p. 8. Y agrega más adelante: "... en el derecho público argentino, basado en un sistema judicialista de jurisdicción única —en el cual los jueces son los que controlan, en última instancia, la legalidad de la actividad de la Administración pública— la figura del interés legítimo no debería tener razón de ser" (p. 18).

Ver, en la misma línea, GUSMAN, Alfredo Silverio, "Situaciones jurídicas...", cit., cuando sostiene que "...la clásica distinción tridimensional, entre derecho subjetivo/intereses legítimos y simples... está planeada para sistemas de doble jurisdicción, como en Francia, Italia, pero que carece de mayor sentido en nuestro ordenamiento"; y ABERASTURY, (h), Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 63.

²¹ BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 274. Y, del mismo autor, "La situación jurídica del administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo", *RAP* 11:7.

²² BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, cit., p. 275.

‘es titular de un interés legítimo, por consiguiente no está habilitado para intentar esta determinada acción’...”²³.

De tal manera, como expresaba mi padre, “...se debe reconocer legitimación toda vez que el administrado pueda exigir una determinada conducta de la Administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de *exclusividad* o de *conurrencia*, esté regulada por normas de *acción* o de *relación* o, en fin, se entienda que resulte de normas tuitivas de garantías *sustanciales* o *instrumentales*. Determinado un *qué jurídicamente debido* procede, entonces, su exigibilidad judicial”²⁴.

En suma, se debe superar y eliminar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo²⁵ para indagar, en cada caso, el *derecho a qué* del particular o la conducta jurídica que le es debida por la Administración, reconociéndole legitimación tanto en sede administrativa como judicial para reclamar la reparación o restablecimiento del derecho vulnerado o exigir la conducta obviada.

2.3.2. *Las tendencias legislativas actuales que superan la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo*

Por otra parte, tampoco puede dejar de mencionarse que, en los últimos tiempos, se aprecia en la Argentina una tendencia le-

²³ BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, cit., ps. 277/278.

²⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 123. Y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo (Laura MONTI – Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 454.

Adhiere a esa misma idea, con cita de mi padre, PETRELLA, Alejandra, “Legitimación para impugnar los pliegos licitatorios”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 163.

²⁵ Como ha apuntado Trevijano Fos en España, también recordado por mi padre, Barra y Dates, “No existen derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración, como ocurre en Italia, por la sencilla razón de que derecho e interés sustancial no andan por caminos paralelos, como se cree corrientemente, sino que se encuentran íntimamente enlazados (...) el interés sustancial no es distinto del derecho, sino que es aquello que en cada momento moldea y rellena su concepto” (TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, t. I, p. 562).

gislativa a superar o eliminar definitivamente la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

En esa línea, por nombrar algunos ejemplos, no puede dejar de apuntarse, en primer lugar, que el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, en su art. 13, reconoce legitimación judicial a quien “invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”²⁶.

En similar sentido, el art. 6° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone, en lo que aquí interesa, que “Pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”²⁷.

A su vez, si bien la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549²⁸ y su decreto reglamentario²⁹ conservan en su literalidad la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo —y ante la ausencia a nivel nacional de un código contencioso administrativo— no puedo dejar de citar el proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, que obtuviera media sanción por el Honorable Senado de la Nación en 2008, que en su art. 5° también preveía que “Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en la presente ley, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”³⁰.

²⁶ En función de este artículo, Gordillo plantea que “Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo, cuando ya el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires —para dar un ejemplo cuantitativamente importante en cuanto a justiciables— lo equipara al derecho subjetivo en cuanto a la legitimación y cuando el derecho constitucional de incidencia colectiva que emerge de las normas nacionales es de aplicación obligatoria en todo el país” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. IV-1).

²⁷ No obstante, la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —anterior al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad— mantiene, en varios artículos, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo (cfr. arts. 7°, inc. d; 22, inc. f, ap. 1°; 24; 59, inc. b; 92; 96 y 103).

²⁸ Cfr. art. 1°, inc. f), ap. 1° y art. 7°, inc. d).

²⁹ Decreto 1759/72: arts. 3°, 39, inc. b); 74 y 84.

³⁰ La misma previsión tenía el proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación.

Por último, como veremos más adelante, creo que el decreto 893/12 se inserta en esta tendencia superadora de la clasificación que distingue entre derechos subjetivos e intereses legítimos.

3. La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual

En el marco conceptual expuesto, entonces, corresponde indagar en la situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros respecto de los procedimientos contractuales.

En ese orden, si atendiéramos al criterio de la “exclusividad o concurrencia”, la situación jurídica de los oferentes, en un procedimiento licitatorio, encuadraría en la figura del interés legítimo, pues el respeto de las normas y principios del procedimiento de selección les es debido a todos ellos en concurrencia. Así, según la doctrina tradicional, ante una violación de las reglas o los principios que rigen la licitación pública, los oferentes sólo podrían articular los recursos o reclamos que correspondan en sede administrativa, estándoles vedada la posibilidad de acudir a la instancia judicial. En su caso, la única situación que cabría calificar de derecho subjetivo, es la del adjudicatario o contratista, pues ya dejaría de concurrir con otros oferentes para posicionarse en una situación de exclusividad ante la Administración. Por ello, en este último supuesto, si la Administración incurriera en un incumplimiento contractual, el contratista podría, ahora sí, acceder a la instancia judicial una vez agotada la vía administrativa.

En similar línea, siguiendo la teoría de las “normas de acción y de relación”, los oferentes, en el mejor de los supuestos, sólo podrían invocar la afectación de un interés legítimo si se transgredieran las normas y principios del procedimiento licitatorio, en el caso configurado a partir de ubicarse en una especial situación de hecho ante el incumplimiento de una norma de acción.

En la misma orientación, según la doctrina de la “utilidad instrumental o sustancial”, frente a una violación del procedimiento licitatorio los oferentes tendrían la tutela propia del interés

legítimo ante la afectación, en esta hipótesis, de una garantía de utilidad instrumental como lo serían las reglas y principios procedimentales.

Por último, la teoría del “caso concreto” no permite formular una conclusión general pues, según aquella, la protección judicial de los oferentes durante el procedimiento licitatorio dependerá de las circunstancias concretas del supuesto de que se trate.

Ahora bien, ¿qué ocurre si, como aquí se propone, siguiendo la propuesta de Barra y mi padre, entre otros³¹, se supera la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo? Específicamente, ¿cuál es la situación jurídica subjetiva de los oferentes y, añadido, de los autoexcluidos si se elimina la división entre derecho subjetivo e interés legítimo? O, en concreto, ¿a qué tienen derecho los potenciales oferentes ante un llamado a licitación pública, los oferentes durante el procedimiento de selección y aquellos que se autoexcluyeron del trámite licitatorio teniendo en cuenta los pliegos de bases y condiciones que lo rigen?

Sin duda, ninguno de ellos tiene un derecho a la adjudicación³², máxime cuando la Administración siempre conserva la facultad de no contratar, revocando el llamado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia³³.

Sin embargo, frente al llamado a licitación pública, los potenciales oferentes tienen derecho a que no se les impida arbitrariamente el acceso al procedimiento³⁴ (por. ej.: con cláusulas

³¹ A la que entiendo que adhiere Dates (DATES, Luis E., “Derecho subjetivo...”, cit.). Ver, además, URRUTIGOTY, Javier, “El derecho subjetivo...”, cit.; ABERASTURY (h), Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso...*, cit., p. 63.

También, en la actualidad, como se dijo, Cassagne alude a la superación de las categorías tradicionales (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, ps. 512/513).

³² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, reimp., t. III-A, p. 224.

³³ A nivel nacional, el segundo párrafo del art. 20 del decreto delegado 1023/01 establece que “Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes”. Esta disposición contempla, pues, la facultad de la Administración de revocar el llamado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

³⁴ En una línea parecida, señala Marienhoff: “Si el licitador reúne todos los requisitos de idoneidad —moralidad, eficacia técnica y solvencia económica—, su ‘derecho’ a ser admitido en la licitación es obvio. Trátase de un ‘derecho’, propiamente

en los pliegos que ilegítimamente afecten la concurrencia³⁵ o la igualdad³⁶).

tal. Cuando no existe reparo alguno en el orden administrativo, cabe advertir que la prerrogativa de una persona o entidad para intervenir en una licitación no es otra cosa que una manifestación o reflejo de su derecho a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a comerciar..." (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 223).

Por su parte, Petrella señala que "...aun quien no ha formulado una oferta puede impugnar los pliegos de una licitación mientras pueda demostrar su derecho a participar..." (PETRELLA, Alejandra, "Legitimación...", cit., p. 165).

³⁵ REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 38. Señala este autor que "La existencia de barreras artificiosas, exigencias no necesarias o condiciones irrazonables en relación con el objeto contractual, violan este principio liminar de la contratación administrativa" (ibíd.). Ver, también, FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación Pública. Selección del contratista estatal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 44; LAMOGLIA, Carlos M., "Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración", *Revista de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 1075.

Por ejemplo, la Corte Suprema declaró inconstitucional una cláusula de un pliego que establecía que los solicitantes debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al COMFER en que se indicara expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por el COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones (CSJN, 14/10/2004, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986", *Fallos*, 327:4185). Concretamente, el alto Tribunal sostuvo, por un lado, que dicha cláusula viola los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos —que en Argentina cuentan con jerarquía constitucional equivalente, art. 75, inc. 22, C.N.— que "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva" (consid. 6°); y que "...atenta, por otra parte, contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre concurrencia e igualdad, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de este tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios" (consid. 8°).

³⁶ No en vano el decreto delegado 1023/2001 expresamente consigna que ante la inserción en los pliegos de cláusulas o especificaciones que sólo pueden ser cumplidas por determinado interesado, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, deberá revocarse inmediatamente el procedimiento en el estado en que se halle y la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes. De todos modos, también debe aclararse que el principio de igualdad en la elaboración de los pliegos, que exige un contenido igualitario, no impide que se establezcan categorías objetivas debidamente fundadas (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 206; MAIRAL, Héctor A., *Licitación...*, cit., p. 20; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, segunda edición actualizada y ampliada, p. 69).

La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos*

1. Introducción

Uno de los capítulos que ha merecido la mayor cantidad de opiniones y teorías disímiles en el derecho argentino, es la vinculada con la determinación de la situación jurídica subjetiva de los particulares frente a la Administración Pública y, en especial, en el procedimiento administrativo. En concreto, el debate tradicional se ha centrado en procurar distinguir entre sí las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple¹.

Por cierto, en los términos clásicos de la discusión, la delimitación adecuada de aquellos conceptos tiene relevantes consecuencias prácticas que exceden la mera especulación teórica. En

* Publicado originariamente en AA.VV., *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional*, Adrus D&L Editores, Lima, 2013, vol. I, ps. 165 y ss. Reproducido, también, en *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2014, ps. 271 y ss.

¹ Por supuesto, a esas categorías debe sumarse, en especial luego de la reforma constitucional de 1994, la de los derechos de incidencia colectiva. Su análisis, ciertamente, excedería el objeto y los márgenes de un trabajo como el presente. Ver, de todos modos, la causa “Halabi” (CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986”, *Fallos*, 332:11) y COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. I, ps. 123 y ss.

efecto, en el reconocimiento de un derecho subjetivo, un interés legítimo o un interés simple se plantea no sólo la legitimación que cabe reconocerle a su titular en el plano estrictamente administrativo, sino también —y fundamentalmente— en la instancia judicial, incluyendo el alcance de las pretensiones —anulatoria e indemnizatoria— que resultaría viable articular en una u otra sede.

Por ello, en las próximas páginas me propongo, primero, profundizar en la relevancia tradicional que, entre nosotros, se ha adjudicado a la distinción recién referida y, a la vez, indagar en las distintas teorías que se han propuesto para conceptualizar las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple.

Finalizada la tarea anterior intentaré —en segundo término— demostrar, junto con autorizada doctrina, que la división entre derecho subjetivo e interés legítimo es ajena a nuestro sistema jurídico y que, en la práctica, sólo ha operado como una propuesta teórica que ha permitido limitar el alcance de la tutela judicial efectiva a situaciones que, por el contrario, merecían el amparo judicial.

Desde esa visión, entonces, abordaré, en tercer lugar, el aspecto central de este trabajo que consiste en indagar cuál es la situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y, agregó, durante la ejecución de los contratos hasta su extinción.

Por último, antes de las conclusiones, me referiré al nuevo decreto 893/12, reglamentario del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el decreto delegado 1023/2001 que, en lo que aquí interesa, aporta una novedosa y auspiciable solución en línea con lo propuesto en estas páginas, más allá de una alguna incoherencia o insuficiencia en su regulación.

2. La distinción entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

2.1. La relevancia tradicional de la distinción

Como adelanté, alcanzar un criterio que permita distinguir adecuadamente entre las clásicas situaciones jurídicas subjetivas

de los particulares, conocidas como derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, no constituye, en la aproximación tradicional de la temática, un mero ejercicio intelectual carente de proyecciones prácticas.

En efecto, según la concepción clásica², quien resulta titular de un derecho subjetivo puede requerir su protección tanto en sede administrativa como judicial y peticionar ante ellas, no sólo la anulación del acto que afecta su derecho, sino, también, la indemnización de los daños y perjuicios experimentados a raíz de la violación normativa consumada.

En cambio, al titular afectado de un interés legítimo sólo se le reconocería protección en sede administrativa, limitada esta protección, por lo demás, a la anulación del acto ilegítimo, siendo viable el acceso a la justicia únicamente en la medida en que una norma lo autorizara, la que, de todos modos, no podría otorgar más que la posibilidad de anular el acto ilegítimo —quedando afuera, por ende, la posibilidad de ser indemnizado—.

² Puede verse una explicación de las derivaciones de la distinción —independientemente de la teoría asumida por cada uno de los autores— en: MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Depalma, Buenos Aires, 1975, ps. 75/76; COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. actualizada y ampliada, ps. 333 y ss.; CANDA, Fabián Omar, “La legitimación en el procedimiento administrativo nacional”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, UCA, Buenos Aires, 2005, ps. 131 y ss.; BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, ps. 477 y ss.

Por otra parte, se puede ampliar y profundizar el estudio de estas categorías en: URRUTIGOITY, Javier, “El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 219 y ss. y, del mismo autor, “Derecho subjetivo e interés legítimo en la contratación administrativa”, en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, p. 415; GUSMÁN, Alfredo Silverio, “Situaciones jurídicas subjetivas en el derecho administrativo”, *ED*, 182-1059; DATES, Luis E., “Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. Descripción, evaluación y crítica de las categorías jurídicas de la ley 19.549”, *RAP* 413:7; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, t. V, Capítulo VII; OBERDA, Gastón Darío, “Las partes en el procedimiento administrativo”, en TAWIL, Guido S. (dir.), *Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 218/219.

Por último, la afectación de un interés simple sólo concedería legitimación para presentar una denuncia en sede administrativa, sin que el denunciante adquiriera la calidad de parte en el procedimiento administrativo ni que la Administración, en principio, tenga el deber de resolverla.

Se advierte, entonces, la significación implicada en lograr una correcta conceptualización de cada una de las situaciones jurídicas aludidas pues, en ella, está comprometido el alcance de la tutela administrativa y judicial efectiva³, tanto en su faz anulatoria como indemnizatoria.

En esa línea, encuadrar en la noción de interés legítimo una determinada situación de un particular suponía, en los hechos, limitar su tutela al ámbito administrativo, vedándole, en principio, la instancia judicial y la viabilidad de obtener una indemnización por los daños derivados de la afectación de ese interés.

De allí, en consecuencia, los constantes esfuerzos doctrinarios por procurar delimitar satisfactoriamente cada una de las figuras hasta llegar, como veremos, a la postulación teórica de erradicar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, criterio, este último, que parece imponerse en la actualidad doctrinaria, legislativa y jurisprudencial y, a nuestro juicio, en el nuevo decreto 893/12, reglamentario, como dije, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

A esos esfuerzos me refiero, entonces, en los próximos puntos, clasificando las diversas teorías que se han ensayado.

³ Cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa “Astorga Bracht”, introduce por primera vez en su jurisprudencia la noción de “*tutela administrativa efectiva*” (CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 327:4185, considerando 6°). Concretamente, fundó el derecho a la “tutela administrativa y judicial efectiva” en los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inc. 3°, aps. a y b; y 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por supuesto, también debe tenerse presente el art. 18 de la Constitución Nacional.

Sobre el alcance de la tutela administrativa efectiva puede verse el clarificador trabajo de Pablo Perrino (PERRINO, Pablo, “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en *El Derecho Administrativo Hoy, 16 años después*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2013, p. 75).

2.2. Las teorías para distinguir el derecho subjetivo, el interés legítimo y el interés simple

2.2.1. La teoría de la exclusividad y la concurrencia

La primera propuesta para distinguir entre el derecho subjetivo y el interés legítimo —probablemente la más difundida en Argentina— es la que tiene en cuenta la situación de exclusividad o concurrencia en la que puede ubicarse el particular frente a la Administración y la conducta que le es debida por esta.

Así, Gordillo, en su momento, puntualizaba que el derecho subjetivo “...se caracteriza por la reunión de dos elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad”. En cambio, según esta misma orientación, el interés legítimo “...se caracteriza por lo general por la reunión de los siguientes elementos: a) una norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta sea debida no a un individuo determinado, en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos, en concurrencia; c) puede agregarse, aunque de todos modos está implícito en el concepto de interés legítimo, que el individuo debe en este caso tener también un interés personal y directo en la conducta administrativa que impugna o por la que reclama”⁴.

⁴ GORDILLO, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 2ª ed. corregida y aumentada, 1971, ps. 107/108.

No obstante, en la actualidad, Gordillo plantea que la “...Constitución de 1994 introduce en el art. 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a empalidecer la importancia de la previa distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, e incluso del interés difuso (...) el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo” (GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 2009, 9ª ed., t. 2, p. II-3). Y, más adelante, agrega que “El clásico derecho público argentino nacional, atrasado legislativamente respecto del derecho comparado local y extranjero, admitía pues básicamente la tutela en sede judicial del derecho subjetivo, no así del interés legítimo que sólo encontraba protección en sede administrativa. El derecho de todo habitante se reducía en un ‘interés simple’ que sólo permitía hacer denuncias administrativas pero no exigir nada, ni siquiera la cesación de la irregularidad denunciada, ni recurrir en sede administrativa o accionar judicialmente.

En la misma línea podemos ubicar a Hutchinson⁵, Escola⁶ y Pearson⁷.

También Fiorini se refiere a la exclusividad y concurrencia para distinguir al derecho subjetivo y el interés legítimo cuando afirma que "...el derecho subjetivo que manifiesta la pertenencia particularizada y excluyente, se presenta como interés legítimo cuando desaparece el dato de la exclusividad"⁸.

En una orientación similar —aunque no igual— Zanobini concluye que debe sostenerse "...en la definición de derecho subjetivo la fórmula del 'interés jurídicamente protegido', considerando también que el elemento diferencial debe buscarse únicamente en el sentido de la norma del derecho objetivo, del cual deriva la protección respectiva. Si la norma toma en consi-

Eso cambió radicalmente, como estamos viendo y seguiremos ampliando más adelante, con la Constitución de 1994" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. II-31).

De todos modos, si bien luego señala que "Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo...", añade que "...tal vez sea prematuro anunciar su desaparición del mundo jurídico en derecho administrativo, razón por la cual mantenemos por ahora su tratamiento". Y, así, en la última edición del t. 2 de su *Tratado* se ocupa de la noción de "interés legítimo" y recuerda que "...en el concepto clásico de interés legítimo hay por lo general una concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial. También en el interés simple hay una concurrencia de individuos, sólo que en tal caso dicha 'concurrencia' abarca a todos los habitantes. La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está dada por el hecho de que en el primero se requiere que el individuo tenga un 'interés personal y directo' en la impugnación del acto" (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. IV-1/2 y 5).

⁵ HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, p. 453: "Se considera derecho subjetivo como una protección que el ordenamiento jurídico otorga exclusivamente a un individuo determinado (...) tiene que haber dos elementos: a) que existe una norma jurídica que predetermine exactamente cuál es la actividad administrativa debida, es decir, que diga específica y claramente lo que debe hacerse y que lo diga antes de que esa situación se produzca; b) que esta conducta esté dada en relación a un individuo determinado, contemplado en situación de exclusividad". Ampliar en la obra del mismo autor: HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. II, ps. 250 y ss. (en especial ps. 254; 255, nota 199; y 260).

⁶ ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 184.

⁷ PEARSON, Marcelo M., *Manual de Procedimientos Administrativos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, segunda edición corregida y aumentada, ps. 51/52.

⁸ FIORINI, Bartolomé, *¿Qué es el contencioso?*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 60.

deración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición de derecho subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses sólo indirectamente protegidos. Por lo tanto, el derecho subjetivo puede definirse como ‘un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y como tal protegido por él de manera directa e inmediata’⁹.

En suma, deberá reconocérsele un derecho subjetivo al particular cuando la conducta le es debida por la Administración en una situación de exclusividad respecto de otros particulares; mientras que le corresponderá un interés legítimo si la misma conducta le es debida en concurrencia con otros.

2.2.2. *La teoría de las normas de acción y de relación*

Una segunda teoría es aquella que, para distinguir las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, parte de una división previa de las normas administrativas en “normas de relación” y “normas de acción”. El expositor fundamental de esta propuesta en Argentina ha sido Marienhoff¹⁰ quien, a su vez, sigue al italiano Guicciardi.

En ese esquema, las “normas de relación” son “...las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales”. En cambio, las “normas de acción” son “...las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público”. Así, las “normas de relación” delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudada-

⁹ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª ed. italiana de 1949, vol. I, Parte General, ps. 239/240.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, t. V, ps. 556 y ss.

deración el interés individual por sí mismo, como interés totalmente diferente del interés general y asegura con medios idóneos su realización, dicho interés se coloca en la posición de derecho subjetivo; en cambio, si la norma toma en consideración un interés diferente del individual de que se trata, o sea un interés general, preocupándose únicamente de asegurar su satisfacción y produciendo sólo como consecuencia indirecta la defensa del interés individual, este último queda en la categoría de los intereses sólo indirectamente protegidos. Por lo tanto, el derecho subjetivo puede definirse como ‘un interés reconocido por el ordenamiento jurídico como exclusivamente propio de su titular y como tal protegido por él de manera directa e inmediata’⁹.

En suma, deberá reconocérsele un derecho subjetivo al particular cuando la conducta le es debida por la Administración en una situación de exclusividad respecto de otros particulares; mientras que le corresponderá un interés legítimo si la misma conducta le es debida en concurrencia con otros.

2.2.2. *La teoría de las normas de acción y de relación*

Una segunda teoría es aquella que, para distinguir las nociones de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, parte de una división previa de las normas administrativas en “normas de relación” y “normas de acción”. El expositor fundamental de esta propuesta en Argentina ha sido Marienhoff¹⁰ quien, a su vez, sigue al italiano Guicciardi.

En ese esquema, las “normas de relación” son “...las que crean vínculos jurídicos entre la Administración y el ciudadano; son de la misma naturaleza que las que regulan los vínculos interindividuales”. En cambio, las “normas de acción” son “...las que regulan la conducta y actuación de la Administración; tienen por objeto la tutela del interés público”. Así, las “normas de relación” delimitan las esferas jurídicas de la Administración y del ciudada-

⁹ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Buenos Aires, 1954, traducción de la 5ª ed. italiana de 1949, vol. I, Parte General, ps. 239/240.

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, t. V, ps. 556 y ss.

no mientras que, las “normas de acción”, regulan la actividad que la Administración puede desarrollar en su propia esfera jurídica.

En esa inteligencia, entonces, se propone que la violación de una “norma de relación” por la Administración supondría afectar un derecho subjetivo.

Por el contrario, si se transgrede una “norma de acción”, sólo se afectaría un interés simple, que no es más que “...el interés vago e impreciso que cualquiera del pueblo puede tener respecto de la buena marcha de la Administración”. No obstante, en algunos casos, puede haber ciudadanos que por la observancia o inobservancia de una “norma de acción” resulten favorecidos o perjudicados en modo particular en relación con otros ciudadanos. En estos supuestos, cuando la persona está en una “especial situación de hecho” o “particular posición” respecto de un determinado acto administrativo, se genera un “interés calificado” del ciudadano cuya proyección procesal es el interés legítimo.

En definitiva, podríamos concluir que, para esta postura, las “normas de relación” dan origen a un derecho subjetivo mientras que, las “normas de acción”, generan un interés simple, salvo que el particular esté en una especial situación hecho respecto del acto administrativo, en cuyo caso tendrá un interés legítimo.

2.2.3. *La teoría del caso concreto*

Esta posición ha sido asumida en doctrina por Mairal. Para este autor, si bien reconoce valor como pauta de orientación a la distinción entre normas de acción y relación, “...la verdadera pregunta a formular en cada caso en que la respuesta no surja expresamente del derecho legislado, es la siguiente: ¿es conveniente desde el punto de vista de los intereses y valores en juego que en la circunstancia concreta que se ha planteado, pueda el particular en cuestión defender sus intereses ante un tribunal judicial?”¹¹. En esta línea, agrega, entonces, que “La respuesta exigirá analizar otros factores, amén del propósito del legislador cuando sancionó la norma que se alega violada por la Administración, a saber: la posibilidad de que la intervención judicial

¹¹ MAIRAL, Héctor A., *Licitación pública...*, cit., p. 85.

provoque un serio entorpecimiento en la actividad administrativa; el carácter y gravedad de los perjuicios que sufrirá el particular a raíz de la conducta ilegítima de la Administración; la posibilidad de que la misma acción, con el mismo propósito, sea iniciada separadamente por otros individuos, con riesgo de que se produzca una proliferación de causas ante los estrados judiciales, y, en definitiva, el plexo de valores jurídicos y sociales en juego en el caso planteado”¹².

Consciente de la crítica por falta de certeza que podría generar dicha pauta, Mairal argumenta que “La solución parecerá heterodoxa y, por lo demás, chocará contra nuestra preferencia por las reglas de tipo abstracto que otorgan al derecho una apariencia de claridad y sistema cara a nuestra formación lógica. Sin embargo, no es otro el razonamiento que en la realidad siguen los jueces para determinar si un individuo goza o no de acción judicial para defender su interés frente a la Administración, aunque una vez que han llegado a la conclusión que reputan justa la expliquen sentando la premisa de que dicho individuo gozaba de un derecho subjetivo y, ‘consecuentemente’, debía reconocérsele la acción judicial, o inversamente, que por estar en juego ‘únicamente’ un interés legítimo la acción judicial era improcedente. Y es correcto que el juzgador tome en cuenta los argumentos que indicamos, pues ellos son los que mueven al legislador a otorgar o denegar la acción judicial cuando resuelven expresamente el caso, por lo cual ante su silencio el juez deberá dar al caso individual sometido a su jurisdicción aquella solución que se conforme con la regla general que sentaría de estar investido de la facultad legislativa”¹³.

En definitiva, para esta propuesta doctrinaria será necesario evaluar —aunque siguiendo la orientación de la teoría de las normas de acción y de relación— si es conveniente desde el punto de vista de los intereses y valores en juego que, en el caso concreto, pueda el particular en cuestión defender sus intereses ante un tribunal judicial.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ídem*, ps. 85/86.

2.2.4. *La teoría de la utilidad procesal y sustancial*

Desde otro punto de vista, se ha intentado encontrar la diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo en el tipo de utilidad que le generan las normas al particular.

Así, Cassagne en un primer momento había señalado que “...mientras el derecho subjetivo es el poder jurídico atribuido a un sujeto por el ordenamiento jurídico en garantía de un bien o interés que le proporciona una utilidad sustancial directa e inmediata, el interés legítimo ofrece al particular una garantía de legalidad, lo que importa una utilidad instrumental, donde a través de la observancia de la legalidad puede el particular obtener la tutela indirecta del propio derecho sustancial...”¹⁴.

Esta teoría, en Italia, fue propuesta por Alessi¹⁵, a quien seguía Cassagne.

En esa línea, las normas que confieren al particular una utilidad sustancial darían lugar a derechos subjetivos, mientras que, en cambio, las que otorgan una utilidad instrumental generarían intereses legítimos.

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, segunda edición actualizada, ps. 392/393; id., “La impugnación judicial de los reglamentos en el orden nacional”, *LL*, 1979-C-721; id., *Derecho Administrativo*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, séptima edición, t. I, p. 222. Igualmente, debe decirse que, para este autor, los intereses legítimos eran merecedores de tutela judicial (ver en especial la última obra citada).

De todos modos, con posterioridad, Cassagne se refiere a la “superación de las categorías tradicionales” y señala que “...las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo, así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de la legitimación procesal (...). Así, una persona será portadora del interés que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión” (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, ps. 512/513). Ver, también, del mismo autor, “El acceso a la justicia”, *LL*, 2004-D-1218, en especial punto IV.1 y nota 73.

¹⁵ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1970, t. II, ps. 444 y ss.

2.3. La necesidad de superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Su improcedencia en nuestro sistema jurídico

2.3.1. Mi opinión: la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo debe superarse en el derecho argentino. El “derecho a qué” del particular y la determinación de la conducta jurídica debida por la Administración

Desde otra perspectiva de análisis, se ha expresado, con acierto, que es necesario superar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo no sólo porque, en rigor, es ajena a nuestro sistema jurídico sino porque, en la práctica, deja desprotegidas situaciones que indudablemente merecen tutela judicial.

En efecto, en primer lugar, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo puede tener razón de ser, eventualmente, en el derecho italiano —donde incluso se reconoce la seria dificultad que genera el intentar precisarla¹⁶— en el que históricamente gravitó para determinar la jurisdicción competente. En este sentido, Roehrssen apunta que en Italia los remedios jurisdiccionales con los que cuentan los ciudadanos —en contraposición con los institutos o remedios puramente administrativos— “...son principalmente dos: la acción judicial ante los tribunales ordinarios, para la tutela de los derechos subjetivos; el recurso ante los tribunales administrativos regionales, para la tutela, sea de intereses legítimos, sea, en los casos taxativamente indiciados por la ley, de derechos subjetivos”¹⁷.

A tal punto la noción de “interés legítimo” se vincula con el derecho italiano que el profesor de Italia, Domenico Sorace, recuerda que “...la figura del interés legítimo surgió y se ha desarrollado en conexión con las particulares características de nues-

¹⁶ NIGRO, Mario, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1994, quarta edizione, p. 87.

¹⁷ ROEHRSSSEN, Guglielmo, *La justicia administrativa en Italia*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 17. Ver, también: SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, 2002, seconda edizione, ps. 60/61; NIGRO, Mario, *Giustizia...*, cit., p. 131; CARINGELLA, F.; DELPINO, L.; DEL GIUDICE, F., *Diritto Amministrativo*, Simone, 2005, XXII edizione, p. 779; LANDI, Guido y POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1990, nona edizione, ps. 689 y ss. y 798 y ss.

tro sistema de tutela jurisdiccional en los conflictos con la administración pública”¹⁸.

Por ello, el problema, entre nosotros, se suscita, precisamente, cuando se importan a nuestro derecho figuras jurídicas incompatibles con la arquitectura jurídica local. En esta línea, se advierte que en Italia la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo permite determinar la jurisdicción en la que se dará tutela al derecho subjetivo o al interés legítimo, estando claro que, justamente, en cualquier caso son merecedores de protección jurisdiccional, ora por los tribunales administrativos, ora por los tribunales ordinarios. Sin embargo, cuando se traslada esa clasificación a nuestro derecho, al no contar en Argentina con ese esquema jurisdiccional que permite acudir, luego de la instancia Administrativa, a los tribunales administrativos o a los ordinarios, se condena al desamparo a las situaciones jurídicas conceptualizadas como intereses legítimos.

En otras palabras, los denominados intereses legítimos, a diferencia de lo que ocurre en Italia¹⁹, quedan, en el derecho local, sin protección “jurisdiccional” alguna pues, como vimos, la doctrina tradicional en Argentina señala que ante la afectación de un interés legítimo sólo es posible articular un recurso administrativo en sede administrativa, no siendo viable acudir a la instancia judicial y no existiendo, entre nosotros, como regla, la jurisdicción de los tribunales administrativos. Se aprecia, así, las consecuencias negativas de incorporar a nuestro derecho una figura que tiene sentido en otro sistema jurídico: situaciones que en otro ordenamiento jurídico son susceptibles de ser tuteladas en una instancia jurisdiccional (los tribunales administrativos), en nuestro sistema quedan desprovistas de toda tutela una vez agotada la vía administrativa.

Por ello, como ya se adelantó, la clasificación criticada, a la par se estar concebida para un sistema jurídico distinto al argen-

¹⁸ SORACE, Domenico, *Diritto...*, cit., p. 361 (traducción propia).

¹⁹ De todos modos, en Italia también se ha dicho que en el último tiempo, por diversas razones —entre las que se incluye la “...superación del dogma de la no resarcibilidad de los daños a las lesiones de los intereses legítimos...”— se ha reducido fuertemente la relevancia de la distinción (SORACE, Domenico, *Diritto...*, cit., ps. 59 y 361). En la misma inteligencia: CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1994, ps. 357 y ss.

tino, es, en el derecho vernáculo, generadora de consecuencias disvaliosas al privar de protección judicial a situaciones que indudablemente ameritan acceder a la tutela judicial. En el decir de Dates, "...la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, que podría tener razón de ser en otros países, resulta estéril y peligrosa para nuestro sistema jurídico"²⁰.

En el mismo sentido, con acierto Barra ha puntualizado que "...la crítica más intensa que merece esta distinción es en cuanto a sus efectos prácticos, en la medida que el administrado titular de un 'interés legítimo' aparece con una protección menor —y en muchas ocasiones, totalmente desprotegido— con respecto al titular de un 'derecho subjetivo'"²¹.

Por esa razón, como sostiene el mismo autor, "sólo se tienen —y se pueden hacer valer, en juicio o través de un recurso administrativo— *derechos*"²², pues "...sólo se debe tener en consideración (...) la pretensión concreta que el administrado hace valer en su demanda (ya que en sede administrativa la distinción carece de este efecto práctico, por lo menos de manera tan determinante). Es el *derecho a qué*, lo que debe ser examinado por el juez en el momento de dictar sentencia, examen que efectuará de acuerdo con los hechos invocados y las probanzas aportadas. Es, entonces, una calificación que se hará *al final*: 'tiene derecho a (...); no tiene derecho a (...)'"; sin partir de juicios previos basados en una demasiado sutil consideración de la situación del administrado:

²⁰ DATES, Luis E., "Derecho subjetivo...", cit., p. 8. Y agrega más adelante: "... en el derecho público argentino, basado en un sistema judicialista de jurisdicción única —en el cual los jueces son los que controlan, en última instancia, la legalidad de la actividad de la Administración pública— la figura del interés legítimo no debería tener razón de ser" (p. 18).

Ver, en la misma línea, GUSMAN, Alfredo Silverio, "Situaciones jurídicas...", cit., cuando sostiene que "...la clásica distinción tridimensional, entre derecho subjetivo/intereses legítimos y simples... está planeada para sistemas de doble jurisdicción, como en Francia, Italia, pero que carece de mayor sentido en nuestro ordenamiento"; y ABERASTURY, (h), Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso de Procedimiento Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 63.

²¹ BARRA, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 274. Y, del mismo autor, "La situación jurídica del administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo", *RAP* 11:7.

²² BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, cit., p. 275.

‘es titular de un interés legítimo, por consiguiente no está habilitado para intentar esta determinada acción’...”²³.

De tal manera, como expresaba mi padre, “...se debe reconocer legitimación toda vez que el administrado pueda exigir una determinada conducta de la Administración de dar, hacer o no hacer, sea que la conducta administrativa exigible lo sea en situación de *exclusividad* o de *conurrencia*, esté regulada por normas de *acción* o de *relación* o, en fin, se entienda que resulte de normas tuitivas de garantías *sustanciales* o *instrumentales*. Determinado un *qué jurídicamente debido* procede, entonces, su exigibilidad judicial”²⁴.

En suma, se debe superar y eliminar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo²⁵ para indagar, en cada caso, el *derecho a qué* del particular o la conducta jurídica que le es debida por la Administración, reconociéndole legitimación tanto en sede administrativa como judicial para reclamar la reparación o restablecimiento del derecho vulnerado o exigir la conducta obviada.

2.3.2. *Las tendencias legislativas actuales que superan la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo*

Por otra parte, tampoco puede dejar de mencionarse que, en los últimos tiempos, se aprecia en la Argentina una tendencia le-

²³ BARRA, Rodolfo C., *Principios...*, cit., ps. 277/278.

²⁴ COMADIRA, Julio Rodolfo; ESCOLA, Héctor Jorge; COMADIRA, Julio Pablo (coord., colaborador y actualizador), *Curso...*, cit., t. I, p. 123. Y, antes, en COMADIRA, Julio Rodolfo (Laura MONTI – Colaboradora), *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 454.

Adhiere a esa misma idea, con cita de mi padre, PETRELLA, Alejandra, “Legitimación para impugnar los pliegos licitatorios”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 163.

²⁵ Como ha apuntado Trevijano Fos en España, también recordado por mi padre, Barra y Dates, “No existen derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración, como ocurre en Italia, por la sencilla razón de que derecho e interés sustancial no andan por caminos paralelos, como se cree corrientemente, sino que se encuentran íntimamente enlazados (...) el interés sustancial no es distinto del derecho, sino que es aquello que en cada momento moldea y rellena su concepto” (TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, t. I, p. 562).

gislativa a superar o eliminar definitivamente la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

En esa línea, por nombrar algunos ejemplos, no puede dejar de apuntarse, en primer lugar, que el Código Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires, en su art. 13, reconoce legitimación judicial a quien “invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”²⁶.

En similar sentido, el art. 6° del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispone, en lo que aquí interesa, que “Pueden interponer la demanda quienes invoquen una afectación, lesión o desconocimiento de derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”²⁷.

A su vez, si bien la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549²⁸ y su decreto reglamentario²⁹ conservan en su literalidad la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo —y ante la ausencia a nivel nacional de un código contencioso administrativo— no puedo dejar de citar el proyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso Administrativo, que obtuviera media sanción por el Honorable Senado de la Nación en 2008, que en su art. 5° también preveía que “Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en la presente ley, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”³⁰.

²⁶ En función de este artículo, Gordillo plantea que “Cabe preguntarse si todavía tiene sentido la categoría del interés legítimo, cuando ya el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires —para dar un ejemplo cuantitativamente importante en cuanto a justiciables— lo equipara al derecho subjetivo en cuanto a la legitimación y cuando el derecho constitucional de incidencia colectiva que emerge de las normas nacionales es de aplicación obligatoria en todo el país” (GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. 2, p. IV-1).

²⁷ No obstante, la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —anterior al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad— mantiene, en varios artículos, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo (cfr. arts. 7°, inc. d; 22, inc. f, ap. 1°; 24; 59, inc. b; 92; 96 y 103).

²⁸ Cfr. art. 1°, inc. f), ap. 1° y art. 7°, inc. d).

²⁹ Decreto 1759/72: arts. 3°, 39, inc. b); 74 y 84.

³⁰ La misma previsión tenía el proyecto de Código Contencioso Administrativo Federal remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en el año 1998 y que obtuviera, en 1999, la media sanción del Honorable Senado de la Nación.

Por último, como veremos más adelante, creo que el decreto 893/12 se inserta en esta tendencia superadora de la clasificación que distingue entre derechos subjetivos e intereses legítimos.

3. La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual

En el marco conceptual expuesto, entonces, corresponde indagar en la situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros respecto de los procedimientos contractuales.

En ese orden, si atendiéramos al criterio de la “exclusividad o concurrencia”, la situación jurídica de los oferentes, en un procedimiento licitatorio, encuadraría en la figura del interés legítimo, pues el respeto de las normas y principios del procedimiento de selección les es debido a todos ellos en concurrencia. Así, según la doctrina tradicional, ante una violación de las reglas o los principios que rigen la licitación pública, los oferentes sólo podrían articular los recursos o reclamos que correspondan en sede administrativa, estándoles vedada la posibilidad de acudir a la instancia judicial. En su caso, la única situación que cabría calificar de derecho subjetivo, es la del adjudicatario o contratista, pues ya dejaría de concurrir con otros oferentes para posicionarse en una situación de exclusividad ante la Administración. Por ello, en este último supuesto, si la Administración incurriera en un incumplimiento contractual, el contratista podría, ahora sí, acceder a la instancia judicial una vez agotada la vía administrativa.

En similar línea, siguiendo la teoría de las “normas de acción y de relación”, los oferentes, en el mejor de los supuestos, sólo podrían invocar la afectación de un interés legítimo si se transgredieran las normas y principios del procedimiento licitatorio, en el caso configurado a partir de ubicarse en una especial situación de hecho ante el incumplimiento de una norma de acción.

En la misma orientación, según la doctrina de la “utilidad instrumental o sustancial”, frente a una violación del procedimiento licitatorio los oferentes tendrían la tutela propia del interés

legítimo ante la afectación, en esta hipótesis, de una garantía de utilidad instrumental como lo serían las reglas y principios procedimentales.

Por último, la teoría del “caso concreto” no permite formular una conclusión general pues, según aquella, la protección judicial de los oferentes durante el procedimiento licitatorio dependerá de las circunstancias concretas del supuesto de que se trate.

Ahora bien, ¿qué ocurre si, como aquí se propone, siguiendo la propuesta de Barra y mi padre, entre otros³¹, se supera la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo? Específicamente, ¿cuál es la situación jurídica subjetiva de los oferentes y, añadido, de los autoexcluidos si se elimina la división entre derecho subjetivo e interés legítimo? O, en concreto, ¿a qué tienen derecho los potenciales oferentes ante un llamado a licitación pública, los oferentes durante el procedimiento de selección y aquellos que se autoexcluyeron del trámite licitatorio teniendo en cuenta los pliegos de bases y condiciones que lo rigen?

Sin duda, ninguno de ellos tiene un derecho a la adjudicación³², máxime cuando la Administración siempre conserva la facultad de no contratar, revocando el llamado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia³³.

Sin embargo, frente al llamado a licitación pública, los potenciales oferentes tienen derecho a que no se les impida arbitrariamente el acceso al procedimiento³⁴ (por. ej.: con cláusulas

³¹ A la que entiendo que adhiere Dates (DATES, Luis E., “Derecho subjetivo...”, cit.). Ver, además, URRUTIGOITY, Javier, “El derecho subjetivo...”, cit.; ABERASTURY (h), Pedro y CILURZO, María Rosa, *Curso...*, cit., p. 63.

También, en la actualidad, como se dijo, Cassagne alude a la superación de las categorías tradicionales (CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso...*, cit., t. I, ps. 512/513).

³² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cuarta edición actualizada, reimp., t. III-A, p. 224.

³³ A nivel nacional, el segundo párrafo del art. 20 del decreto delegado 1023/01 establece que “Las jurisdicciones o entidades podrán dejar sin efecto el procedimiento de contratación en cualquier momento anterior al perfeccionamiento del contrato, sin lugar a indemnización alguna en favor de los interesados u oferentes”. Esta disposición contempla, pues, la facultad de la Administración de revocar el llamado por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

³⁴ En una línea parecida, señala Marienhoff: “Si el licitador reúne todos los requisitos de idoneidad —moralidad, eficacia técnica y solvencia económica—, su ‘derecho’ a ser admitido en la licitación es obvio. Trátase de un ‘derecho’, propiamente

en los pliegos que ilegítimamente afecten la concurrencia³⁵ o la igualdad³⁶).

tal. Cuando no existe reparo alguno en el orden administrativo, cabe advertir que la prerrogativa de una persona o entidad para intervenir en una licitación no es otra cosa que una manifestación o reflejo de su derecho a trabajar, a ejercer toda industria lícita y a comerciar..." (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 223).

Por su parte, Petrella señala que "...aun quien no ha formulado una oferta puede impugnar los pliegos de una licitación mientras pueda demostrar su derecho a participar..." (PETRELLA, Alejandra, "Legitimación...", cit., p. 165).

³⁵ REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 38. Señala este autor que "La existencia de barreras artificiosas, exigencias no necesarias o condiciones irrazonables en relación con el objeto contractual, violan este principio liminar de la contratación administrativa" (ibíd.). Ver, también, FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación Pública. Selección del contratista estatal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 44; LAMOGLIA, Carlos M., "Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración", *Revista de Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 1075.

Por ejemplo, la Corte Suprema declaró inconstitucional una cláusula de un pliego que establecía que los solicitantes debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al COMFER en que se indicara expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieren interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por el COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones (CSJN, 14/10/2004, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986", *Fallos*, 327:4185). Concretamente, el alto Tribunal sostuvo, por un lado, que dicha cláusula viola los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos —que en Argentina cuentan con jerarquía constitucional equivalente, art. 75, inc. 22, C.N.— que "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva" (consid. 6°); y que "...atenta, por otra parte, contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de libre concurrencia e igualdad, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de este tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios" (consid. 8°).

³⁶ No en vano el decreto delegado 1023/2001 expresamente consigna que ante la inserción en los pliegos de cláusulas o especificaciones que sólo pueden ser cumplidas por determinado interesado, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares, deberá revocarse inmediatamente el procedimiento en el estado en que se halle y la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes. De todos modos, también debe aclararse que el principio de igualdad en la elaboración de los pliegos, que exige un contenido igualitario, no impide que se establezcan categorías objetivas debidamente fundadas (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-A, p. 206; MAIRAL, Héctor A., *Licitación...*, cit., p. 20; COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, segunda edición actualizada y ampliada, p. 69).

A su vez, los oferentes, si bien, como se dijo, no tienen un derecho a ser adjudicatarios, sí poseen "...un derecho subjetivo a la regularidad del procedimiento de selección, es decir, al estricto respeto por la Administración de las normas y principios que rigen su accionar durante la etapa precontractual administrativa". A lo que se agrega "...que es también indubitable que ese derecho comprende como exigencias fundamentales las siguientes: no exclusión ilegítima durante la selección; realización de una adjudicación respetuosa de las normas que la condicionan y, en su caso, revocación del llamado también sujeta al ordenamiento jurídico". Y, a su vez, que "...el derecho genéricamente enunciado se proyecta incluso al período contractual..."³⁷.

En otras palabras, el oferente tiene un derecho subjetivo: i) a la regularidad del procedimiento de selección³⁸; ii) a que este concluya con una decisión legítima, fundada y razonable, que puede consistir en que se le adjudique el contrato, o se le adjudique *válidamente* a otro oferente o, en fin, que se anule o revoque el llamado —por razones de ilegitimidad o por motivos de oportunidad mérito o conveniencia, respectivamente— también a través de un acto administrativo legítimo³⁹; y iii) al respeto de la proyección de

Ver, además del caso "Astorga Bracht", citado en nota anterior, la causa "Asociación Mutual Carlos Mujica", en la que la Corte declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 45 de la ley 22.285 el que, para participar en los concursos públicos para poder resultar prestador legalmente autorizado de una estación sonora de frecuencia modulada, exigía necesariamente ser persona física o sociedad comercial, legalmente constituida, lo que excluía a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro —como ocurría, en este último caso, con la actora— (CSJN, 1/9/2003, "Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/amparo", *Fallos*, 326:3142). La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa disposición con fundamento en los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 336.

³⁸ En el mismo sentido: PETRELLA, Alejandra, "Legitimación...", cit., p. 164.

Ver, también, el caso "Thompson", en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reconoció legitimación a un oferente para impugnar una irregularidad durante el trámite licitatorio que se había consumado en contradicción con los principios de igualdad, concurrencia y razonabilidad (CNCA-Fed., Sala IV, 29/12/1999, "Thompson S.C.F., sucursal argentina —incidente med.— c/E.N. - Ministerio de Defensa, s./Amparo ley 16.986").

³⁹ Sobre las formas de extinción del llamado a licitación pública, ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 189 y ss.

A su vez, los oferentes, si bien, como se dijo, no tienen un derecho a ser adjudicatarios, sí poseen "...un derecho subjetivo a la regularidad del procedimiento de selección, es decir, al estricto respeto por la Administración de las normas y principios que rigen su accionar durante la etapa precontractual administrativa". A lo que se agrega "...que es también indubitable que ese derecho comprende como exigencias fundamentales las siguientes: no exclusión ilegítima durante la selección; realización de una adjudicación respetuosa de las normas que la condicionan y, en su caso, revocación del llamado también sujeta al ordenamiento jurídico". Y, a su vez, que "...el derecho genéricamente enunciado se proyecta incluso al período contractual..."³⁷.

En otras palabras, el oferente tiene un derecho subjetivo: i) a la regularidad del procedimiento de selección³⁸; ii) a que este concluya con una decisión legítima, fundada y razonable, que puede consistir en que se le adjudique el contrato, o se le adjudique *válidamente* a otro oferente o, en fin, que se anule o revoque el llamado —por razones de ilegitimidad o por motivos de oportunidad mérito o conveniencia, respectivamente— también a través de un acto administrativo legítimo³⁹; y iii) al respeto de la proyección de

Ver, además del caso "Astorga Bracht", citado en nota anterior, la causa "Asociación Mutual Carlos Mujica", en la que la Corte declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 45 de la ley 22.285 el que, para participar en los concursos públicos para poder resultar prestador legalmente autorizado de una estación sonora de frecuencia modulada, exigía necesariamente ser persona física o sociedad comercial, legalmente constituida, lo que excluía a las sociedades civiles, cooperativas y asociaciones mutuales sin fines de lucro —como ocurría, en este último caso, con la actora— (CSJN, 1/9/2003, "Asociación Mutual Carlos Mujica c/Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/amparo", *Fallos*, 326:3142). La Corte declaró la inconstitucionalidad de esa disposición con fundamento en los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁷ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 336.

³⁸ En el mismo sentido: PETRELLA, Alejandra, "Legitimación...", cit., p. 164.

Ver, también, el caso "Thompson", en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reconoció legitimación a un oferente para impugnar una irregularidad durante el trámite licitatorio que se había consumado en contradicción con los principios de igualdad, concurrencia y razonabilidad (CNCA-Fed., Sala IV, 29/12/1999, "Thompson S.C.F., sucursal argentina —incidente med.— c/E.N. - Ministerio de Defensa, s./Amparo ley 16.986").

³⁹ Sobre las formas de extinción del llamado a licitación pública, ampliar en COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 189 y ss.

esos derechos durante la etapa de ejecución y extinción contractual, de manera especial en lo que hace a la observancia del principio de igualdad del procedimiento de selección⁴⁰ que ultraactivamente se extiende a la ejecución del contrato y su extinción⁴¹.

En esa inteligencia, entonces, el oferente vencido ilegítimamente podrá impugnar, en sede administrativa y judicial, la ilegítima adjudicación e, incluso, plantear la nulidad del contrato subsiguiente⁴².

⁴⁰ El principio de igualdad en la licitación pública fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios casos: CSJN, 14/10/2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - dto. 310/98 s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 327:4185, consid. 8º; id., 7/12/2001, “Chubut, Provincia del c/Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/sumario”, *Fallos*, 324:4199; id., 27/8/1991 “Copimex CAC. e ISA. c/Alesia SACIF y AG”, *Fallos*, 314:899, consid. 7º; id., 24/11/1937, “Prov. de Mendoza c/Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A. Explotadora de Tierra del Fuego c/Nación”, *Fallos*, 179:249.

⁴¹ En efecto, la particularidad que ofrece el principio de igualdad licitatoria es que no sólo va tener proyecciones desde el inicio mismo del procedimiento licitatorio y durante toda su extensión, sino también durante la vida del contrato hasta su finalización (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., p. 63; SÁNCHEZ, Alberto, “Licitación pública ¿concurencia vs. igualdad?”, *RAP* 253, p. 21; BUJ MONTERO, Mónica, “Licitación pública: principios generales”, en FARRANDO, Ismael [dir.], *Contratos Administrativos*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 94). Dicho con otras palabras, el respeto del principio de igualdad es inexcusable desde el comienzo mismo del procedimiento licitatorio hasta la extinción del contrato. Por ello, entonces, es que se plantea la idea de la “ultraactividad” del principio de igualdad licitatoria, pues expande sus efectos más allá de la etapa licitatoria propiamente dicha (cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., p. 63, nota 113; BARRA, Rodolfo, *Principios...*, cit., p. 281).

De tal forma, la garantía de igualdad tendrá particular relevancia tanto en la elaboración de los pliegos, como en su interpretación, aclaración y/o modificación; en la presentación de las ofertas como así también al momento de la firma del contrato y, con posterioridad, durante su ejecución y extinción.

⁴² Por cierto, el oferente vencido ilegítimamente si bien estará legitimado para plantear la nulidad de la adjudicación, del contrato subsiguiente y, en su caso, solicitar la indemnización correspondiente —que entiendo no podrá incluir el lucro cesante, pues sería lo mismo que reconocerle el contrato— no podrá exigir ser adjudicatario pues, como se dijo, no tiene derecho a la adjudicación, sino a que el procedimiento concluya con una decisión legítima. Ampliar lo que aquí se dice, en sentido concordante, en COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 181 y ss., en especial cuando sostiene: “El *qué* del derecho del oferente vencido y, correlativamente, la conducta exigible de la Administración, no implican, sin embargo, la posibilidad de que aquel pretenda el contrato y esta se lo deba adjudicar, pues la Administración siempre retiene la alternativa de elegir en forma razonablemente discrecional al contratista o, en su caso, de no contratar. El juez debe hallar en la potestad administrativa de contratar, o no, y de elegir al contratista, el límite de su accionar; está comprometido en ello el principio de divi-

Del mismo modo, los oferentes podrán recurrir —administrativa y judicialmente— tanto las violaciones a las normas y principios que informan el procedimiento de selección y que se concreten durante su trámite, como también una ilegítima revocación o anulación del llamado a licitación pública⁴³. A su vez, deberá reconocérseles legitimación, administrativa y judicial, para impugnar los actos que, durante la ejecución y extinción del contrato, afecten sus derechos, en particular, como se apuntó, en lo referido al respeto de la garantía de igualdad⁴⁴.

sión de los poderes; el *qué* del derecho del oferente no incluye, pues, la contratación... el oferente no lo podrá pretender para sí [el contrato], ni tampoco la reparación que le es debida podrá alcanzar el lucro cesante, pues esto implicaría reconocerle, virtualmente, el derecho a la contratación (ps. 182/183).

En contra, Fiorini y Mata, siguiendo la clásica distinción, sostienen que "...en el caso de que la lesión provenga del acto de adjudicación no pueden los oferentes invocar la violación de un derecho subjetivo, porque ningún participante tiene un derecho subjetivo a ser adjudicatario; sólo posee un interés legítimo en tal sentido y las infracciones al régimen de selección sólo habilitan la interposición del recurso por ilegitimidad. En el orden nacional como este recurso no está legislado no existe la posibilidad de dirigirse a la justicia ante la violación de este interés legítimo" (FIORINI, Bartolomé y MATA, Ismael, *Licitación Pública...*, cit., ps. 194/194. Téngase presente, a todo evento, que los autores escribieron antes de la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). Adviértase que, por mi parte, coincido con los citados maestros en que los oferentes no tienen un derecho subjetivo a ser adjudicatarios pero, no obstante, sí tienen, como se señaló y en lo que ahora interesa, un derecho —y no un mero interés legítimo, categoría que debería desaparecer— a la regularidad del procedimiento licitatorio y a que este concluya con una decisión legítima. Por ello, una adjudicación ilegítima viola el derecho de los oferentes.

⁴³ Ampliar la temática de las consecuencias de una extinción ilegítima del llamado a licitación pública en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 196 y ss. Allí se dice que "...cuando la Administración deja sin efecto, ilegítimamente, un llamado a licitación pública, se compromete, como es lógico, la responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima, con las consecuencias indemnizatorias inherentes a esa clase de responsabilidad administrativa. Y en ese sentido, pensamos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que si el actuar administrativo es irregular o irrazonable, 'no hay norma que autorice a eximir al Estado de la justa e integral reparación de los perjuicios que causare'. Por ello, si tendría sentido, en este caso, atender, para la determinación del quantum indemnizatorio, al estadio procesal de la licitación, pues este puede originar, como indica Bianchi, perjuicios diferentes" (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., p. 198).

⁴⁴ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 89 y ss.; BARRA, Rodolfo, *Principios...*, cit., ps. 280/281. Ver, también, CSJN, 7/12/2001, "Chubut, Provincia del c/Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/sumario", *Fallos*, 324:4199; CNCA-Fed., Sala IV, 20/3/2001, "Liberman", *EDA*, 2000/2001, p. 358.

Por otra parte, debe analizarse la situación de los denominados autoexcluidos, es decir, aquellos particulares que, de haber sido otras las bases y las condiciones de los pliegos, se hubieran presentado en el procedimiento de selección contractual. En esta línea, se ha puntualizado que "...el llamado y sus condiciones delimitan, en efecto, un marco de oferentes excluidos potencial o realmente, que no puede ser alterado en perjuicio de ellos, abriendo, con posterioridad e indebidamente, posibilidades o alternativas que inicialmente no se contemplaron o directamente se negaron"⁴⁵.

Esa indebida alteración de las bases originarias podría, en su caso, ser cuestionada administrativa y judicialmente, tanto si se concretara durante el curso del procedimiento de selección como si la violación del principio de igualdad licitatoria —que se aplica, como se dijo, ultraactivamente hasta la extinción del contrato— se consumara al tiempo de suscribir el contrato⁴⁶ o durante su ejecución, e incluso extinción, al concederse ventajas o beneficios indebidos al contratista⁴⁷.

⁴⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 73/75.

⁴⁶ Así, se ha puntualizado que "Son, asimismo, inadmisibles, y merecen la sanción de nulidad absoluta, los vínculos contractuales que se negocien con el adjudicatario sobre bases no sustentables en el pliego original, en tanto ellos implican violar la igualdad debida a los restantes oferentes e, incluso, a los autoexcluidos con sustento en aquellas condiciones" (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 87/88).

⁴⁷ El principio de igualdad licitatoria, como se dijo, se proyecta sobre el contrato exigiendo, por un lado, que el documento suscripto con el adjudicatario guarde coherencia con el pliego aplicable (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., p. 83) obstando, así, a la incorporación de cláusulas que lo contradigan o bien que no estuvieren contempladas en él e impliquen un beneficio o una ventaja (ver CSJN, 24/11/1937, "Prov. de Mendoza c/Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A. Explotadora de Tierra del Fuego c/Nación", *Fallos*, 179:249). Por otra parte, este mismo principio se opone a que durante su ejecución se introduzcan modificaciones al contrato suscripto (cfr. CSJN, 17/4/2007, "Aguas Argentinas S.A. c/Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento", *Fallos*, 330:1649, por remisión al dictamen de la procuradora fiscal. Ver, también, CSJN, 7/12/2001, "Chubut, Provincia del c/Centrals Térmicas Patagónicas S.A. s/sumario", *Fallos*, 324:4199, consid. 7º; id., 30/12/1902, "Arrol Brothers", *Fallos*, 97:20) salvo, como decía mi padre y aun cuando ellas generen beneficios no previstos inicialmente para el contratista, "...que el cambio responda a necesidades objetivas de interés público, surgidas con posterioridad a la ejecución del contrato, y se pueda demostrar, fehaciente e inequívocamente, la inexistencia no sólo de oferentes, sino, incluso, de otros potenciales proponentes, en condiciones de invocar fundadamente que la modificación afecta su derecho a la igualdad" (COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., p. 93. En la misma línea, ver CASSAGNE, Juan Carlos, *El*

Por último, lo terceros en general —v. gr.: cualquier ciudadano— en cualquiera de las teorías que se siga serían titulares de un interés simple en el mantenimiento del principio de juridicidad que los habilitaría, si advierten su violación en un procedimiento de selección contractual, a entablar una denuncia⁴⁸. Esto último, sin perjuicio de que, en doctrina, se plantea la necesidad de reconocer legitimación a los usuarios, en tanto destinatarios de la actividad licitada e interesados en ella y afectados, en consecuencia, por las condiciones del pliego⁴⁹.

Contrato Administrativo, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, 2ª ed. con la colaboración de Estela B. SACRISTÁN, p. 104. Ver, también, sobre este tema: GAMBIER, Beltrán, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, n° 19/20, p. 450).

⁴⁸ Antes se apuntó que, según el criterio tradicional, la denuncia no otorgaba al denunciante el derecho a una resolución expresa a su presentación. No obstante, en la actualidad, debe tenerse en cuenta que el decreto 229/00, en su art. 3º, inc. i), reconoce a los ciudadanos el “i) *Derecho* a que la administración dicte resolución expresa ante sus peticiones, solicitudes o *denuncias*” (subrayado propio).

⁴⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *Licitación pública...*, cit., p. 73, nota 132, con cita de GUSMAN, Alfredo, “Cuestiones de interés vinculadas a la licitación pública”, *LL*, 1999-F-1012 y SALOMONI, Jorge Luis, “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”, *AeDP*, Buenos Aires, mayo-agosto, 1999, p. 125.

Ver, en esa línea, la interesante causa “Torello” en la que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal reconoció legitimación a una jubilada afiliada al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, para interponer una acción de amparo con el fin de obtener la nulidad de la cláusula de un pliego para la selección de las empresas negociadoras del régimen de cobertura médico, argumentando que la actora “no es un tercero más, sino una afiliada que, en su condición de tal, resulta beneficiaria de los servicios del PAMI y, consecuentemente, tiene interés en que no se comprometan sus recursos en otros objetos que no sean los específicamente previstos en la ley de su creación”. Y agregó: “La circunstancia de que otros afiliados puedan estar de acuerdo con la contratación, no puede resultar obstáculo para que, aun cuando se trate de un solo afiliado, pueda plantear la cuestión cuando el compromiso patrimonial asumido por la entidad, podría eventualmente poner en riesgo el cumplimiento de las prestaciones y, consecuentemente, el derecho a las prestaciones por parte del afiliado que acciona. Su interés actual es evitar que cláusulas como las que aquí se cuestionan, puedan poner en riesgo el patrimonio del Instituto y sus prestaciones, y por ende, el derecho a la salud de los beneficiarios” (CNACAFed., Sala I, 2/2/2000, “Torello, Susana T. c/Instituto Nac. de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, *LL*, 2000-B-275, consid. 4º del voto de mayoría).

En ese esquema habría que incluir, también, a las asociaciones de usuarios que podrían actuar en defensa de un “derecho de incidencia colectiva” (como señalé al

4. La cuestión en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 893/12

Luego de varios años —más de diez— de haberse dictado el decreto delegado 1023/01, que establece el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, finalmente se dictó, con fecha 7 de junio de 2012, el decreto 893/12⁵⁰ que aprobó el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

El nuevo Reglamento tiene, desde mi perspectiva, previsiones encomiables, a la vez que incorpora algunas que merecen una severa objeción⁵¹.

En lo que aquí interesa, el Reglamento tiene una regulación de avanzada en línea con lo que se propone en este trabajo aunque, también debe decirse, la reglamentación no guarda plena coherencia, defecto que bien puede salvarse con una adecuada interpretación sistemática del régimen jurídico.

En ese orden de ideas, el decreto 893/12, en una relevante solución que está llamada a tener importantes proyecciones prácticas, parece abandonar definitivamente para los procedimientos

inicio, el análisis y estudio de los derechos de incidencia colectiva exceden el objeto y límites de este trabajo por lo que, entonces, ahora sólo me limito a efectuar la afirmación recién formulada).

⁵⁰ Publicado en el Boletín Oficial el 14/6/2012.

⁵¹ En este último sentido, no puede dejar de aludirse a la incorporación, en el art. 100, de las denominadas “garantías de impugnación” que, en su momento, habían sido declaradas ilegítimas por la Procuración del Tesoro de la Nación (*Dictámenes*: 257:151). Ver una crítica a las garantías de impugnación en: COMADIRA, Julio Rodolfo, *La Licitación...*, cit., ps. 45 y ss.; MURATORIO, Jorge, “Acerca de la garantía de impugnación de la preadjudicación”, en COMADIRA, Julio Pablo e IVANEGA, Miriam Mabel (coords.), *Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 313 y ss.; TAWIL, Guido S., “¿El fin de la garantía de impugnación en materia licitatoria?”, en *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2009, ps. 453 y ss., reproducido también en *EDA* 2007-446; DRUETTA, Ricardo, “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante (su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo)”, en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ciencias de la Administración, ps. 23 y ss.

de selección la diferencia aquí criticada entre derecho subjetivo e interés legítimo.

En efecto, en el art. 93, “Impugnaciones al dictamen de evaluación”, incluido en el Capítulo IX, “Evaluación de las Ofertas”, del Título II, “Procedimientos de Selección en General”, expresamente dispone que “Los oferentes podrán impugnar el dictamen de evaluación dentro de los cinco (5) días de su comunicación, *quienes no revistan tal calidad podrán impugnarlo dentro de los cinco (5) días de su difusión en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones*, en ambos casos, previa integración de la garantía regulada en el art. 100 del presente reglamento, en caso de corresponder” (subrayado propio).

De tal manera, se aprecia que en el marco de los procedimientos de selección en general el nuevo Reglamento reconoce legitimación para impugnar al dictamen de evaluación no sólo a los oferentes, sino también a “...quienes no revistan tal calidad”.

Ciertamente, admitir esa legitimación en un procedimiento licitatorio a quienes no participan de él, es una solución incompatible con la tradicional diferenciación entre las categorías de derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple, independientemente de la teoría que se adopte para distinguirlas, a las que antes me he referido.

En esa inteligencia, la nueva reglamentación viene a reconocer, así, la figura de los oferentes autoexcluidos, admitiendo que podrían verse afectados en sus derechos por un dictamen de evaluación ilegítimo.

Por cierto, si bien el art. 93 del Reglamento sólo se refiere a la impugnación al dictamen de evaluación, ello no implica, en coherencia con el criterio que se desprende de aquella disposición y del fundamento teórico que aquí se propicia, que no deba concederse análoga legitimación a los autoexcluidos para impugnar cualquier acto dictado durante el procedimiento de selección —y aun durante la ejecución del contrato— que afecte su situación jurídica subjetiva al soslayarse la conducta jurídica que les es debida por la Administración.

Ahora bien, más arriba señalé que la regulación, en lo aquí interesa, no guarda una coherencia absoluta, no obstante lo cual

esta imperfección puede ser salvada con una interpretación sistemática de la normativa incardinada en la orientación teórica que aquí se sigue —superadora de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo— y a la que parecería adscribir la nueva reglamentación.

En efecto, no puedo dejar de advertir que la apertura impugnatoria del dictamen de evaluación parece estar prevista únicamente para los procedimientos de selección de etapa única, sin que exista una norma análoga en el Título IV, “Procedimientos de selección en particular”, específicamente en el Capítulo II, “Trámite para los procedimientos de selección de etapa múltiple”⁵².

Concretamente, en el art. 152 del Reglamento, cuando se regulan las “Impugnaciones a la preselección”, sólo se establece que “Los oferentes podrán impugnar el dictamen de preselección dentro de los dos (2) días de notificados, previa integración de la garantía regulada en el art. 100 del presente reglamento. Todas las impugnaciones planteadas serán resueltas por la autoridad competente en el acto administrativo que resuelva la preselección”⁵³.

⁵² Según el art. 148, segundo párrafo, del decreto 893/12, “En la licitación o concurso de etapa múltiple, la presentación de las propuestas técnicas y las ofertas económicas, deberán hacerse en distintos sobres, cajas o paquetes perfectamente cerrados indicando en su cubierta la identificación del procedimiento de selección a que corresponden, precisándose el lugar, día y hora límite para la presentación de ofertas, el lugar, día y hora del acto de apertura de la oferta técnica, los datos que identifiquen al oferente y consignándose Propuesta Técnica u Oferta Económica, según corresponda”.

⁵³ El dictamen de preselección, en el procedimiento de etapa múltiple, se refiere a la evaluación que hace la Comisión Evaluadora de las ofertas técnicas de los oferentes. Sobre el punto, el art. 151 del decreto 893/12 establece: “Evaluación del contenido de las propuestas técnicas. La Comisión Evaluadora analizará los aspectos de las propuestas técnicas presentadas, asignará a cada factor el puntaje cuyo valor máximo y mínimo estarán previstos en el pliego de bases y condiciones particulares y emitirá el dictamen de preselección, dentro del término de cinco (5) días contados a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de recepción de las actuaciones, el que será notificado a todos los oferentes dentro de los dos (2) días de su dictado. En caso de haberse presentado observaciones emitirá en dicho dictamen su opinión fundada sobre las mismas. Sólo serán aceptadas las ofertas que reúnan un puntaje superior o igual al establecido en el pliego de bases y condiciones particulares como mínimo para la preselección”.

Es decir, no se hace referencia alguna, a diferencia de lo que ocurre con el art. 93 del decreto 893/12, a la legitimación para impugnar de quienes “...no revistan tal calidad [de oferentes]”⁵⁴.

De todos modos, creo que partiendo de una interpretación sistemática de la totalidad de los artículos del decreto 893/12, abonada con la perspectiva teórica que aquí se sugiere, superadora de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, no habría obstáculo para reconocer legitimación para impugnar el dictamen de preselección, en los procedimientos de etapa múltiple, a los oferentes autoexcluidos.

Sin perjuicio de ello, insisto en que, la reglamentación aprobada por el decreto 893/12, en el aspecto que estamos analizando, es digna de elogio al reconocer legitimación a los oferentes autoexcluidos para impugnar el dictamen evaluación en los procedimientos de selección en general (art. 93), incardinándose así en la tendencia superadora de una distinción —entre derecho subjetivo e interés legítimo— que, como vimos, no halla cabida en nuestro sistema constitucional y su aplicación, en los hechos, permitió mantener al margen de la tutela judicial efectiva a situaciones que indudablemente la merecían.

5. Conclusiones

A modo de conclusión y síntesis puedo señalar, entonces, que:

⁵⁴ Por otra parte, merece destacarse que, en el nuevo régimen, el dictamen de evaluación de las ofertas que efectúa la Comisión Evaluadora —una vez aprobada la preselección por la autoridad competente y resueltas las impugnaciones que se hubieran planteado y luego de abierto el sobre conteniendo las ofertas económicas de quienes hubieran sido preseleccionados (art. 153)— no sería susceptible de ninguna impugnación. Específicamente, el art. 154 del decreto 893/12, en su parte final, prevé que “Este dictamen será elevado sin más trámite a la autoridad competente para concluir el procedimiento de selección”. En este sentido, entonces, entiendo que las impugnaciones, en su caso, deberán hacerse directamente contra el acto de adjudicación. Y, desde ya, a mi juicio, tendrán legitimación para hacerlo —siguiendo la postulación teórica que se hace en el texto— tanto los oferentes vencidos como los autoexcluidos del procedimiento de selección si la adjudicación es contraria a las bases del llamado.

1. Tradicionalmente, en Argentina, las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares se clasificaban en derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple. La distinción no era meramente teórica pues estaba llamada a tener consecuencias prácticas de gran transcendencia.
2. En efecto, según la concepción tradicional:
 - a) Quien resultaba titular de un derecho subjetivo podía requerir su protección tanto en sede administrativa como judicial y peticionar ante ellas, no sólo la anulación del acto que afectaba su derecho, sino, también, la indemnización de los daños y perjuicios experimentados a raíz de la violación normativa consumada;
 - b) Al titular afectado de un interés legítimo sólo se le reconocía protección en sede administrativa, limitada esta protección a la anulación del acto ilegítimo, siendo viable el acceso a la justicia únicamente en la medida en que una norma lo autorizara, la que, de todos modos, no podía otorgar más que la posibilidad de anular el acto ilegítimo —quedando fuera, por ende, la posibilidad de ser indemnizado—.
 - c) La afectación de un interés simple sólo concedía legitimación para presentar una denuncia en sede administrativa, sin que el denunciante adquiriera la calidad de parte en el procedimiento administrativo ni la Administración, en principio, tuviera el deber de resolverla.
3. En ese escenario, se propusieron numerosas teorías para distinguir a los derechos subjetivos de los intereses legítimos (teoría de la “exclusividad y la concurrencia”; de “las normas de acción y relación”; del “caso concreto”; de “la utilidad procesal o sustancial”; entre otras).
4. Sin embargo, la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo es ajena a nuestro sistema constitucional y, en la práctica, deja desprotegidas situaciones que indudablemente merecen tutela judicial.
5. Por ello, entiendo, junto con calificada doctrina, que se debe superar y eliminar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo para indagar, en cada caso, el

derecho a qué del particular o la conducta jurídica que le es debida por la Administración, reconociéndole legitimación tanto en sede administrativa como judicial para reclamar la reparación o restablecimiento del derecho vulnerado o exigir la conducta obviada.

6. Desde esa inteligencia, en un procedimiento de selección contractual, debe decirse que:
 - a) Los potenciales oferentes, los oferentes y los autoexcluidos del procedimiento de selección no tienen un derecho subjetivo a la adjudicación.
 - b) Sin embargo, frente al llamado a licitación pública, los potenciales oferentes tienen derecho a que no se les impida arbitrariamente el acceso al procedimiento.
 - c) A su vez, el oferente tienen un derecho subjetivo: i) a la regularidad del procedimiento de selección; ii) a que este concluya con una decisión legítima, fundada y razonable, que puede consistir en que se le adjudique el contrato, o se le adjudique *válidamente* a otro oferente o, en fin, que se anule o revoque el llamado —por razones de ilegitimidad o por motivos de oportunidad mérito o conveniencia, respectivamente— también a través de un acto administrativo legítimo; y iii) al respeto de la proyección de esos derechos durante la etapa de ejecución y extinción contractual, de manera especial en lo que hace a la observancia del principio de igualdad del procedimiento licitatorio que ultraactivamente se extiende a la ejecución del contrato y su extinción.
 - d) En ese sentido, entonces, el oferente vencido ilegítimamente podrá impugnar, en sede administrativa y judicial, la ilegítima adjudicación e incluso plantear la nulidad del contrato subsiguiente.
 - e) Los oferentes podrán recurrir —administrativa y judicialmente— tanto las violaciones a las normas y principios que informan el procedimiento de selección y que se concreten durante su trámite, como también una ilegítima revocación o anulación del llamado a licitación pública. A su vez, deberá reconocérseles legiti-

mación, administrativa y judicial, para impugnar los actos que durante la ejecución y extinción del contrato, afecten sus derechos, en particular, como se apuntó, en lo referido al respeto de la garantía de igualdad.

- f) Los autoexcluidos, es decir, los particulares que, de haber sido otras las bases y las condiciones de los pliegos, se hubieran presentado en el procedimiento de selección, tienen derecho a que aquellas no se alteren, en perjuicio de ellos, abriendo, con posterioridad e indebidamente, posibilidades o alternativas que inicialmente no se contemplaron o directamente se negaron. Esta indebida alteración de las bases originarias podría, en su caso, ser cuestionada administrativa y judicialmente, tanto si se concretara durante el curso del procedimiento de selección como si la violación del principio de igualdad licitatoria —que se aplica, como se dijo, ultraactivamente hasta la extinción del contrato— se consumara al tiempo de suscribir el contrato o durante su ejecución, e incluso extinción, al concederse ventajas o beneficios indebidos al contratista.
 - g) Por último, los terceros en general —*v. gr.*: cualquier ciudadano— tienen un interés simple en el mantenimiento del principio de juridicidad que los habilitaría, si advierten su violación en un procedimiento de selección contractual, a entablar una denuncia. Esto último, sin perjuicio de que, en doctrina, se plantea la necesidad de reconocer legitimación a los usuarios de servicios públicos, en tanto destinatarios de la actividad licitada e interesados en ella y afectados, en consecuencia, por las condiciones del pliego.
7. El Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el decreto 893/12, parece abandonar definitivamente para los procedimientos de selección la diferencia aquí criticada entre derecho subjetivo e interés legítimo:
- a) En efecto, en el marco de los procedimientos de selección en general, reconoce legitimación para impugnar

- el dictamen de evaluación a quienes no fueron oferentes (art. 93).
- b) No obstante no contemplar una disposición análoga para la impugnación del dictamen de preselección en los procedimientos de etapa múltiple, entiendo que desde una interpretación sistemática de la totalidad de los artículos del decreto 893/12, abonada con la perspectiva teórica que aquí se sugiere —superadora de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo— no habría obstáculo para reconocer legitimación para impugnarla a los oferentes autoexcluidos.
 - c) Es más, como se señaló antes, debe concederse análoga legitimación a los autoexcluidos para impugnar cualquier acto dictado durante el procedimiento de selección —y aun durante la ejecución y extinción del contrato— que afecte su situación jurídica subjetiva al soslayarse la conducta jurídica que les es debida por la Administración.