

doctrina

LA SITUACION JURÍDICA DEL ADMINISTRADO

Derecho subjetivo e interés legítimo

RODOLFO CARLOS BARRA

1. El administrado

Como toda relación jurídica, la relación administrativa tiene el carácter de intersubjetiva ya que supone la presencia de distintas partes o sujetos que reglan, a través de ella, sus recíprocos derechos y deberes.

No cabe duda que, en el seno de la relación jurídica administrativa, es el sujeto público de dicha relación el que destaca su importancia, por cuanto, precisamente, su presencia califica a tal relación jurídica como administrativa o regida por el Derecho Administrativo.

Sin embargo, resulta también de interés analizar la figura del administrado teniendo en cuenta que, dado el especial régimen jurídico que configura el Derecho Público, su situación en dicha relación jurídica puede ofrecer particularidades desconocidas en el ámbito del Derecho Privado.

La doctrina se ha detenido en el estudio de la llamada "teoría del administrado I que adquiere características especiales con relación al análisis de los sujetos de derecho en el Derecho Privado, por cuanto si bien el administrado es el sujeto pasivo de la potestad administrativa, tiene el carácter de sujeto acreedor desde el punto de vista de la relación de justicia distributiva.

Contraparte de la Administración en cuanto persigue la satisfacción de intereses propios a través de la relación jurídica que entabla con 'aquella, el

¹Ver, entre otros, Fernando Garrido -Falla, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Madrid 1975, T. 1, pág. 356 Y sgtes.; José García Trevijano - Fos, "*Tratado de Derecho Administrativo*", Madrid 1974, T. 1, pág. 346 Y sgtes. '

administrado es también un colaborador necesario de la Administración Pública, teniendo en cuenta que la realización concreta y efectiva del Bien Común sólo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud distributiva.

Esta razón provoca importantes modificaciones al régimen de la capacidad jurídica del administrado, con relación a la que corresponde en un régimen jurídico privado, modificaciones que dependerán, en su regulación concreta, de cada sistema legal en particular.

2. Derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple

Escapa al objeto de este trabajo el estudio particularizado del tema de la capacidad del administrado en la relación jurídica administrativa.

Sin embargo, vinculado no ya con la capacidad sino con la situación que ostenta o puede ostentar el administrado en dicha relación, el Derecho Administrativo presenta, como peculiaridad propia y desconocida en el Derecho Privado, la distinción entre los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo e incluso, una tercera categoría, el interés simple, sobre cuya dilucidación ha debatido muchísimo la doctrina administrativa sin arribar a una conformidad y claridad plena con relación a estos conceptos.

Corresponde aclarar -dado que en estas cuestiones pueden existir más dificultades terminológicas que sustanciales- que aquí se considera al término capacidad como un momento estático del administrado en su relación con la Administración Pública. En sí misma constituye un presupuesto para la existencia y validez de esa relación, el soporte sobre el cual la relación administrativa debe asentarse.

En cambio, la situación es un concepto dinámico, que da idea de actividad, actual o potencial. Se trata de la posibilidad de actuación, o esta actuación concreta, que tiene el administrado, capaz para ser sujeto de la relación jurídica administrativa, en el seno de esta relación.

Mientras que la capacidad regula las condiciones necesarias para ser admitido como sujeto en la relación administrativa, la situación contempla el estado en que se encuentra el sujeto dentro de esa relación.

Mientras que la capacidad, en principio, se desvincula de consideraciones y exigencias emergentes de la justicia distributiva, la situación considera al sujeto administrado desde el punto de vista de su participación concreta en la relación de justicia distributiva².

La situación jurídica del administrado en el seno de la relación ius administrativa, presenta según la doctrina dominante, dos categorías: el administrado titular de un derecho subjetivo o titular de un interés legítimo.

² Acerca de la relación justicia distributiva - Derecho Público - régimen jurídico exorbitante - Derecho Administrativo, que permite interpretar y considerar al Derecho Administrativo como sistema de Derecho Público (régimen jurídico exorbitante) en el marco de la justicia distributiva, ver nuestro trabajo "La Intangibilidad de la Remuneración del Contratista Administrativo", El Derecho, T. 62, pág. 727, también publicado en Anuario de Derecho Administrativo, 1976, Universidad de Chile.

Claro está que esta distinción no añade nada sustancial al concepto de derecho subjetivo tal como éste es estudiado por la Filosofía del Derecho u otras ciencias jurídicas de similar contenido.

Por consiguiente, siempre forzado por los límites del presente trabajo, no se analizará aquí el tan controvertido contenido ius filosófico del concepto "derecho subjetivo" admitiendo a estos fines la definición de Llambías: es "la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir de las demás personas un determinado comportamiento"³.

Pero, como fue dicho antes, al analizar la situación jurídica del administrado en el seno de la relación ius-administrativa, se pretende destacar la distinción entre el derecho subjetivo y el interés legítimo, distinción sobre la cual la doctrina elaboró distintas respuestas que seguidamente se analizarán de manera sintética.

3. Tesis de la utilidad garantizada

Alessi⁴ considera al derecho subjetivo como una situación jurídica del individuo caracterizado por "una garantía legal de una utilidad sustancial y directa para el sujeto titular".

Con la idea de utilidad el autor pretende superar las dificultades que presenta, en la ciencia jurídica, el término interés. La utilidad es un concepto objetivo, mientras que el interés es meramente subjetivo: "es la posición subjetiva del hombre frente a la utilidad ofrecida por determinados bienes o servicios capaces de satisfacer algunas de sus necesidades".

Desde esta perspectiva, el elemento teleológico de la norma consiste en la realización del interés, pero esto se logra "asegurando la satisfacción de la correspondiente necesidad, o sea, asegurando la utilidad capaz de tal satisfacción.

Por consiguiente, el derecho subjetivo (que puede ser absoluto o relativo) presenta dos elementos fundamentales: -una utilidad referida, ya sea a una esfera de obrar lícito (derechos reales que se expresan en vínculos simplemente negativos, imponiendo una abstención erga omnes de perturbar el disfrute del bien o el ejercicio de una actividad) o a la expectativa de obtener una determinada prestación (vínculo de contenido positivo, que da lugar a derechos de crédito).

-La garantía del obrar o de la expectativa, ofrecida por el derecho objetivo a través del vínculo impuesto a los otros sujetos.

Cuando esta utilidad garantizada es sustancial -en cuanto referida al interés del sujeto- directa e inmediata, nos encontramos frente al derecho subjetivo, que será público o administrativo si la esfera del obrar lícito o la expectativa de obtener una determinada prestación, tienen como término a la Administración Pública.

³Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", T. n, pág. 167. Los clasifica (pág. 1(8) en patrimoniales y extramatrimoniales, según tengan 1) no valor pecuniario. Los primeros, a su vez, se dividen en reales, personales, o de crédito o intelectuales. Los derechos subjetivos extramatrimoniales se, clasifican en derechos de la personalidad y derechos de familia. '

⁴Renato Alessi, "Instituciones de Derecho Administrativo ", Barcelona, 1970, T. II, págs. 444/464.

"Por el contrario -señala Alessi- interés legítimo sería un interés protegido únicamente de modo menos perfecto, o bien de forma ocasional o refleja".

En el interés legítimo se trata de "... garantizar una utilidad instrumental para el individuo, representado por un determinado comportamiento de la Administración, ajustado al interés público (y como tal establecido por la norma) y susceptible de satisfacer sólo de modo eventual y mediato un interés individual de naturaleza sustancial, pero inadecuado para garantizar al individuo una utilidad sustancial directa e inmediata".

Es lo que ocurre en los procedimientos de selección del contratista estatal, donde "... el vínculo no asegura la utilidad sustancial directa que está representada innegablemente por la efectiva consecución del nombramiento, la concesión o la contrata, asegurando únicamente la observancia de un determinado procedimiento, de un determinado comportamiento, adecuado, según el legislador, para la mejor realización del interés público, buscando que se seleccione al mejor de los concursantes. Por lo tanto, la garantía ofrecida por el vínculo al individuo no es la garantía de una utilidad sustancial inmediata, sino simplemente la garantía de que dicho comportamiento se ajustará al interés público".

También existe un interés legítimo -y. no un derecho subjetivo-cuando si bien se encuentra presente "... un vínculo capaz por sí para garantizar al individuo una utilidad sustancial, interviene un elemento extrínseco (la discrecionalidad administrativa) que transforma la garantía de una utilidad sustancial en garantía de una utilidad instrumental: garantía de la mera legalidad del comportamiento administrativo".

Finalmente, como tercera categoría entre el derecho subjetivo y el interés legítimo, aparecen los derechos debilitados, como una "... garantía de una utilidad sustancial que subsiste hasta el momento en el que determinadas exigencias de interés público legitimen el uso de un poder de negar la utilidad sustancial en cuestión, en cuyo momento la garantía de utilidad sustancial se transforma en garantía de legalidad del uso del poder lesivo (garantía de utilidad instrumental)", v. gr. la situación del concesionario frente al poder de revocación de la concesión de que goza la Administración concedente; en este caso la naturaleza debilitada del derecho es congénita al vínculo.

También existen casos en que esta naturaleza aparece de manera separada del vínculo, representando un "fenómeno anormal, patológico", v. gr. "... la facultad de expropiar inmuebles de propiedad privada. . .". Así, el vínculo en sí mismo da lugar a un derecho subjetivo perfecto "... sin embargo en el caso anormalmente posible de uso del poder antitético al contenido del vínculo, éste y el derecho al cual da origen, se debilitan: o sea, la garantía de utilidad sustancial ofrecida por el vínculo se transforma en garantía de legalidad del uso del poder lesivo (garantía de utilidad instrumental)".

Garrido Fallas comentando la doctrina expuesta en párrafos anteriores, señala que no se diferencia sustancialmente de aquella de la que se quiere alejar: la que considera al interés como la médula y sustancia del derecho subjetivo y al

5 "Tratado de Derecho Administrativo ", T. I, págs. 384/385.

poder, concedido para la protección del interés, como el elemento externo y formal de aquel derecho subjetivo.

Pero no es este el punto que más afecta a la doctrina sintetizada, sino su carácter artificial y su distanciamiento de la real finalidad jurídica que persiguen tanto la Administración Pública como el administrado cuando entablan relaciones jurídicas en las cuales éste último sólo puede invocar (supuestamente) un interés legítimo.

Lo mismo ocurre con el concepto de "derecho debilitado", ya que en definitiva si estos son los derechos subjetivos de los administrados que pueden quedar en entredicho en virtud de distintas potestades de la Administración Pública, todos los derechos subjetivos merecerían esta denominación de "debilitados" o "condicionados", como los llama otro sector de la doctrina italiana⁶.

La cuestión, en definitiva, no es lo que pueda hacer la Administración en virtud del régimen jurídico exorbitante al que se halla sometida la relación iusadministrativa, sino cómo lo debe hacer, y con qué requisitos previos y posteriores, y qué derechos nacen en favor del administrado en razón de este comportamiento, derechos que, sin duda, no son ni deben serlo, "debilitados".

4. Tesis fundada en la distinción de las normas

Garrido Falla⁷ sostiene que "... del examen del conjunto de normas que constituyen el Derecho Administrativo aparece la existencia de dos clases distintas: unas que han sido dictadas precisamente para garantizar, frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales; otras que no han sido dictadas con esta finalidad, sino fundamentalmente para garantizar una utilidad pública".

A las primeras las denomina (siguiendo a Guicciardi) normas de relación, mientras que a las segundas normas de acción.

Las normas de acción "... se refieren a la organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa; imponen, por tanto, una conducta obligatoria a la Administración pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo del que sean "titulares determinados particulares".

El respeto de estas normas de acción podría ser reclamado por cualquier administrado, con el mero interés de la buena acción administrativa, pero sin contar con protección por parte del ordenamiento jurídico. Esta situación es la que se conoce con el nombre de interés simple.

Pero "... puede haber administrados para los que de la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración Pública resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás. ..." de modo que "... ciertos administrados pueden tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos". En este caso, el administrado goza de un interés legítimo, que recibe la protección del ordenamiento jurídico.

6 Conf.. Garrido Falla, "Las Transformaciones del Régimen- Administrativo", págs. 50/51.

7 Tratado. . .", T. 1, págs. 388/391.

En cambio, cuando el administrado se encuentra protegido por una norma de relación, se lo considera titular de un derecho subjetivo, con un grado de amparo por parte del ordenamiento jurídico más perfecto -pleno- que en el caso del interés legítimo.

5. Tesis fundadas en la exclusividad o concurrencia de la situación jurídica del administrado

Con distintas variantes, numerosos autores han explicado la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo desde la perspectiva analizada en este punto.

González Pérez 8 -siguiendo a De Castro- afirma que "el Derecho subjetivo es un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad. Su esencia se manifiesta en el doble valor de titularidad: como poder sobre una situación jurídica (facultad de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito).

En cambio, "... cuando el Ordenamiento Jurídico no confía esa situación de poder concreto, sino que se limita a una reglamentación de la realidad que puede producir un efecto reflejo, en ventaja o beneficio de determinadas personas (estas) adquieren la condición de interesados".

Con el mismo sentido, Jeza 9 distingue en dos clases a los poderes de que están investidos los individuos: a) generales o impersonales; b) individuales.

Los primeros "... son los que pertenecen a todos los individuos que se hallan en las mismas condiciones de hecho". En cambio, hay poderes jurídicos "... cuyo contenido aparece determinado de manera particular a favor o en contra de determinado individuo... El contenido del poder jurídico es, en este caso, individual, subjetivo. La situación jurídica es también individual, subjetiva".

Para Forsthoff 10 "... bajo el nombre de derecho público subjetivo ha de entenderse la función de protección de una posición jurídica garantizada al individuo por una norma o un negocio jurídico, o también, la facultad de poder exigir del Estado u otro órgano de la Administración Pública una acción u omisión concretas correspondientes a esta posición". De esta manera, el derecho subjetivo "... tiene por objeto una determinada conducta de una autoridad como deber jurídico, frente al titular de una facultad".

Pero cuando no existe el "titular de una facultad" que pueda invocar encontrarse en una "posición jurídica garantizada", los administrados que se encuentren afectados por acciones u omisiones de la Administración, sólo podrán invocar su "pretensión a la ejecución de la ley", la que, sin duda, no garantiza una posición jurídica concreta e individualizada, sino situaciones generales y abstractas. En este último caso, Forsthoff habla de "derechos reflejos", que no se distinguirían así de lo que otros autores denominan "intereses legítimos".

8 Jesús González Pérez, "Los Derechos Reales Administrativos", pág. 30, Madrid, 1975.

9 Gastón Jeza: "Principios Generales del Derecho Administrativo", T. 1, págs. 13/27, Buenos Aires, 1948.

10 Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, págs. 263 y sgtes. Madrid, 1958.

Por ello concluye Forsthoff: "si al particular no se le reconoce un derecho subjetivo a una determinada conducta de las autoridades en relación con él, lo único que posee es un derecho a ser tratado según ley".

La doctrina nacional ha transitado por caminos semejantes.

Linares 11 sostiene que derecho subjetivo es "la libertad o facultad jurídica de señorío de un sujeto, de exigir o no exigir, administrar y disponer, como titular, acerca de la prestación, puesta a cargo del sujeto obligado, por una norma jurídica". Caracteriza a esta "facultad de señorío" constituir una "facultad de un titular diferenciado, de exigir o no a alguien, como sujeto obligado diferenciado, una prestación diferenciada". En estas condiciones nos encontramos frente a un derecho subjetivo.

A diferencia del derecho subjetivo, el interés legítimo "es la facultad de señorío de un titular no particularizado, sino como integrante de un grupo de sujetos, diferenciables dentro de la comunidad, que como titulares pueden exigir a un sujeto obligado, que es el Estado, ciertas calidades de legitimidad de los actos administrativos, de sus órganos, incluso por acciones o recursos judiciales".

Fiorini 12 destaca como fundamento del derecho subjetivo al orden normativo y la situación jurídica: "el derecho subjetivo existe donde el derecho crea la posibilidad de que éste exista como norma y como situación jurídica". Así, el derecho subjetivo responde a una situación normativa, pudiendo distinguirse "como una imputación normativa o una situación particular dentro del orden jurídico".

Por consiguiente, el derecho subjetivo se presenta siempre... "como una imputación a favor de una situación jurídica determinada, creadora de relaciones jurídicas, que contiene prestaciones obligatorias", destacando que aquella situación jurídica es "una pertenencia a favor exclusivamente del titular". Según Fiorini, "esta exclusividad es la nota determinante que individualiza el derecho subjetivo".

Esta es la diferencia con el interés legítimo. Aquí "desaparece el dato de la exclusividad", de la situación jurídica excluyente, que queda "sustituida por otra distinta que se manifiesta concurrente y coincidente",

Dice Fiorini: "Lo exclusivo e individual de la situación subjetiva se cambia por lo concurrente y colectivo del denominado interés legítimo. No hay en éste un titular personal ni tampoco un único beneficiario, sino hay varios y dispersos. El beneficiario en el interés legítimo tiene la exigencia de que se cumpla la norma general, pues en forma indirecta, satisface su interés, aunque al mismo tiempo puedan beneficiarse otros en igual forma". Se trata de un interés jurídico, que lo calificamos de legítimo "porque se reconoce a un sujeto la posibilidad de exigir el cumplimiento de la norma que amparaba una disponibilidad colectiva".

Diez 13 define el derecho subjetivo del administrado como "la facultad exclusiva de un particular para exigir de la administración una acción u omisión

11 Juan Francisco Linares, Fundamentos de Derecho Administrativo, págs. 427/445, Buenos Aires, 1975.

12Bartolomé M. Fiorini "Que es el Contencioso" págs. 47/64, Buenos Aires, 1965.

13Manuel M. Diez, Derecho Administrativo, T. V, págs. 290/308, Buenos Aires, 1971.

concreta, protegida directamente por recurso administrativo y acción judicial en caso de incumplimiento".

Por el contrario, interés legítimo es "el individual directamente vinculado al interés público y protegido por el ordenamiento jurídico solamente a través de la tutela jurídica de este último". Se trata de un interés particular pero conectado con el interés general, de manera que no encuentre fundamento en ninguna situación de beneficio exclusivo del administrado.

6. Efectos

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo tienen importantísimos efectos prácticos, fundamentalmente en orden a la protección jurídica del administrado, tanto en lo que hace a las pretensiones que puede esgrimir contra la Administración, como en cuanto a la vía Judicial y/o administrativa) y especie de procedimiento que puede emplear para hacer valer dicha pretensión.

Los criterios de distinción desarrollados por los autores enumerados en los párrafos anteriores muestran (este es un rasgo común a todos ellos) que el interés legítimo recibe una consideración o un rango de inferior jerarquía que el derecho subjetivo.

En definitiva, si el derecho subjetivo se tiene en exclusivo interés de su titular y el interés legítimo, por el contrario, en beneficio de la comunidad, o del interés público y además (sólo además) en beneficio concurrente del titular, es lógico que desde la perspectiva del administrado y dentro de una consideración individualista del Derecho Administrativo, el primero reciba un grado de protección jurídica más perfecta e intensa que el segundo.

En general se admite -según lo expone Gordillo¹⁴ - que el titular de un derecho subjetivo "puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia Administración como ante la Justicia; si la Administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto (reclamando en cualquiera de las dos vías) no sólo la extinción del acto. . . sino también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado".

A diferencia de lo que ocurre con el titular de un derecho subjetivo, el titular de un interés legítimo sólo puede reclamar "ante la propia administración, en el orden nacional, y sólo puede pedirlo ante la justicia en algunos casos limitados en aquellas provincias que han instituido un recurso especial al efecto, el llamado "recurso de ilegitimidad", de "anulación", o "por exceso de poder". Por lo demás, quien sólo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso, no puede pedir que se le indemnicen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del derecho subjetivo".

Fácil es advertir las perjudiciales consecuencias que esta doctrina -basada en

¹⁴ Agustín A. Gordillo, "Tratado de Derecho Administrativo ", T. 1, pág. VIII-8, Buenos Aires, 1974.

la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo- acarrea para la protección jurídica del administrado.

En este sentido, puede analizarse lo que ocurre en los procedimientos de selección del contratista estatal. En estos casos se sostiene que el oferente sólo goza de un interés legítimo -en términos generales, a que el procedimiento se desarrolle de conformidad con las normas que lo regulan- mientras que sólo el adjudicatario es titular de un derecho subjetivo,

En estas condiciones no sólo el oferente se encontrará, como en el caso citado en la nota 15, con una distinta vía procesal para accionar ante la justicia -o aún, sin posibilidad de accionar ante el Poder Judicial, como se sostiene, creo que erróneamente, que ocurre en jurisdicción nacional- sino que podrá verse sometido a un verdadero estado de indefensión frente a un actuar irregular de la Administración Pública, cuando ésta vulnere su "interés legítimo" durante la sustanciación de un determinado procedimiento de selección.

Imaginemos que en una licitación pública las ofertas de dos licitadores se encuentran en exacta paridad de condiciones, difiriendo sólo en que la oferta A es más barata que la oferta B. En estas condiciones no cabe duda que la adjudicación debería beneficiar al oferente A. Sin embargo, ya producida la apertura de las ofertas e incluso evacuado el dictamen de la comisión de adjudicación, la licitante autoriza *exclusivamente* al oferente B a mejorar su precio permitiendo que éste modifique su oferta, rebajando el valor de esta y otorgando condiciones financieras que la conviertan en más conveniente que la oferta A. En estas condiciones, la oferta B es la que resulta beneficiada con la adjudicación.

Evidentemente, la Administración licitante violó, en ese caso hipotético, el principio de igualdad o concurrencia en el procedimiento licitatorio y, sin duda, las normas concretas que regulaban esa determinada licitación.

Por tal motivo, el oferente A, afectado en su interés legítimo según lo visto anteriormente, plantea un recurso administrativo reclamando la revocación del acto que autorizó a la mejora de oferta y del que decidió la posterior adjudicación, pero este recurso es rechazado.

Habilitada la instancia procesal administrativa (suponiendo que se admita la acción judicial de quien sólo puede alegar agravio en un interés legítimo) el oferente A promueve la acción de anulación, en la que resulta vencedor, declarando el órgano judicial la nulidad de aquellos actos administrativos.

Pero desde la interposición del recurso administrativo hasta la sentencia definitiva transcurrieron (suponiendo una celeridad espacialísima en ambas sedes)

15 Así lo ha sostenido la jurisprudencia: "De conformidad con lo previsto en la ley 4106 de la Provincia de Santa Fe, mientras se sustancia el trámite de una licitación, los oferentes o postulantes sólo pueden invocar un "interés legítimo" para exigir que se observen las respectivas normas que abren el recurso de ilegitimidad (art. 13) pero no un "derecho subjetivo", a cuya protección se consagra el recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción (art. 10). Corresponde por tanto declarar inadmisibles este último recurso interpuesto por el oferente de una licitación no concluida por adjudicación de la obra o servicio de que se trata", CS, Santa Fe, diciembre 6-973, en autos "Rey Mendez, Eduardo e/Municipalidad de Arroyo Seco".

18 meses. En el ínterin, el oferente B, ya contratista, ejecutó su contrato y cobró su precio.

Lógicamente nadie puede pretender que la Administración demuela la obra pública o se deshaga de las cosas suministradas (que seguramente ya estarán consumidas) para brindarle la oportunidad al administrado agraviado de resultar adjudicatario en un nuevo procedimiento de selección, para celebrar un contrato que, en ese momento, carece de objeto.

Por consiguiente, de acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad del Estado por actos administrativos, la Administración debería indemnizar a quien hemos identificado como el oferente A por los daños y perjuicios sufridos.

Pero el oferente A sólo es titular de un interés legítimo, lo que no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, sino sólo a la anulación del acto viciado 16.

Al oferente A sólo le quedará el consuelo de leer la sentencia que le ha reconocido su razón. En realidad, es el desconsuelo, ya que este resultado es una inmoralidad y no una satisfacción moral; una derrota del derecho, y no su victoria.

7. Crítica a la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo

De acuerdo a lo detallado en párrafos anteriores las distintas doctrinas que pretenden explicar la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, giran alrededor de dos ideas básicas y complementarias: el interés -público o privado- que se busca proteger y la situación de exclusividad o concurrencia del administrado que se encuentra facultado para invocar en su beneficio tal interés.

Alguna posición doctrinaria analizará lo antes expuesto desde la perspectiva de la utilidad garantizada; otra, según la categoría de las normas que garantizan ese interés o utilidad (normas de acción y normas de relación); finalmente, y con distintos matices, muchos autores centran su análisis en si el interés protegido, o la facultad de señorío, o el poder confiado al particular, es exclusivo o contempla una situación de concurrencia con otros administrados, siendo esto consecuencia del carácter privado o público del interés en cuestión.

Sin embargo, en el campo del Derecho Administrativo, la utilidad garantizada -o bien, el interés que se busca realizar- es siempre el interés público, de tal manera que los intereses privados sólo recibirán tutela jurídica en la medida que no contradigan las exigencias del Bien Común, siempre con sumisión a los postulados del llamado Estado de Derecho 17. Explica que cada colectividad social nos ofrece una tupida red de intereses ". . . Que se relacionan entre sí ya sea en una situación de coincidencia o de conflicto". Cada interés puede ser individual o colectivo, según sea sentido, por un solo individuo o de una colectividad de individuos, ". . .

16El caso no es totalmente hipotético. En la actuación profesional suelen presentarse casos muy similares que, precisamente por la situación de indefensión a que se hizo referencia, resulta inútil llevados a los estrados judiciales. José María Boquera Oliver, en La Selección de Contratistas, pág. 21, nota 319 (Madrid, 1063) relata un caso exactamente igual, aumi.ue no hipotético, sino, desgraciadamente, real.

17Alessi, op. cit., T. 1, págs. 184/185.

expresión unitaria de una multiplicidad de intereses individuales coincidentes", "La organización jurídica de la colectividad representa la prevalencia de una determinada serie de intereses colectivos sobre cualquier otro interés, individual o colectivo, que exista en el seno de dicha colectividad y que esté en contraste con aquél. El conjunto de los intereses colectivos prevalentes, ha sido llamado, con una fórmula sintética, interés colectivo primario. Este interés colectivo primario, aún siendo la expresión unitaria de múltiples intereses individuales coincidentes de cada uno de los sujetos jurídicos (individuos o entidades jurídicas) miembros de la colectividad, se diferencia idealmente del interés individual de cada uno de los sujetos, que puede coincidir con dicho interés o estar en conflicto con el mismo". Los intereses individuales son llamados por Alessi secundarios o subjetivos o patrimoniales "en cuanto integran lo que en sentido amplio constituye el patrimonio del sujeto, o sea, el conjunto de relaciones de las que es titular el mismo",

Sigue diciendo: "La satisfacción del interés colectivo primario se obtiene o con una tutela directa de éste, con independencia de los intereses secundarios eventualmente coincidentes o, indirectamente, es decir mediante la satisfacción precisamente de los intereses secundarios que coincidan con el interés colectivo primario. El interés llamado público no es más que el interés colectivo primario considerado como sujeto de tutela directa por la acción administrativa, mientras que el interés de la Administración, en cuanto a entidad organizada, no representa sino uno de los intereses secundarios que existen en el grupo social".

Así como la Administración no puede perseguir otros fines que aquellos que merezcan ser calificados como de interés público, tampoco puede el administrado, en el marco de la relación jurídica ius-administrativa, pretender la protección de intereses particulares que contradigan al interés público, entendido éste como definición concreta y temporal del Bien Común. Ello, sin perjuicio del derecho del administrado a ser indemnizado cuando la realización del Bien Común irroge un daño sobre su patrimonio.

Por consiguiente, los derechos de los administrados siempre se presentarán en una relación de coincidencia con el Bien Común, representado por el fin de interés público que le da vida en un momento dado.

Tampoco es determinante, ya que no implica ningún cambio sustancial en la relación jurídica, que el administrado se presente en situación de exclusividad o de concurrencia. Que la acción u omisión de la Administración beneficie a un administrado exclusivamente o a éste en concurrencia con otros, en nada modifica la estructura de la relación jurídica ius-administrativa desde el punto de vista de la posición que ocupa el administrado en ella. Incluso, en la medida que esa relación jurídica se encuentra sometida a las exigencias de la virtud de la justicia distributiva, la concurrencia es de su propia naturaleza, aún cuando se presente sólo de manera virtual o hipotética.

La virtud de la justicia distributiva regula las relaciones jurídicas entre el Estado y los administrados, expresando "el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes" (Santo Tomás, S. Teológica, II-II, q.61, a. 1.). En ella, los sujetos son el Estado, por una parte, y el particular o administrado, en tanto que es miembro del todo comunitario. El objeto

de esta virtud es la carga o beneficio que a cada una le, corresponde como parte del Bien Común. La medida del acto justo, por último, es proporcional, ya que ". . . en la justicia distributiva no se determina el medio según la igualdad de cosa a cosa, sino según la proporción de las cosas a las personas, de tal suerte que en el grado que una persona a otra, la cosa que se le dé exceda a la que se dé a otra persona. . ." (Santo Tomás, Summa Teológica, 11-11, q. 61, a.2.).

Por consiguiente la igualdad -la medida del acto justo- se establecerá de manera comparativa, proporcional, vinculando a las distintas partes del todo comunitario que se encuentren en situación equivalente con el concreto sujeto privado de una también concreta relación jurídica regida por la virtud de la justicia distributiva.

Se vincula así al sujeto acreedor del acto justo con los otros miembros de la comunidad con los que pueda establecerse una relación comparativa. Esta comparación dará como resultado la parte de la carga o beneficio que, del Bien Común, le corresponde al administrado.

La comparación será real, cuando el Estado tenga vínculos jurídicos establecidos con otros administrados, en situación de equivalencia, V. gr., con todos los oferentes en un procedimiento licitatorio. Pero también podrá ser hipotética, cuando la relación se encuentre particularizada en un solo administrado -una sola parte- sin perjuicio de establecer tal vínculo de comparación con las restantes partes del todo comunitario que virtualmente se encuentran en situación de equivalencia con ese concreto sujeto administrado.

Pero 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".

En este sentido, García Trevijano FOS18 afirma que "No existen derechos subjetivos e intereses legítimos como categorías sustanciales de distinta configuración. . . por la sencilla razón que derecho e interés sustancial no andan por caminos paralelos, como se cree corrientemente, sino que se encuentran íntimamente enlazados. . .". Concluye este autor: "A mi juicio no hay más que una categoría: derecho subjetivo. De lo contrario no hay nada; a lo más un interés procesal al recurso otorgado por la posición que se adopta en un momento concreto".

Sólo se tiene -y se pueden hacer valer, en juicio o a través de un recurso administrativo- derechos.

El agravio de un derecho será lo que alegará, frente a una acción u omisión concreta de la Administración, el administrado. Corresponderá a la misma Administración, al resolver el pertinente recurso, o al juez, en la sentencia decidir si ese derecho existe o no, es decir, si el administrado es titular o no de derecho alguno, y en el supuesto positivo, si medió o no agravio por parte de la Administración. Incluso, reconocida la titularidad de un derecho y demostrado el agravio, corresponderá decidir la medida o alcances de la reparación de tal agravio.

18 José Antonio García Trevijano Fos, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, pág. 561/569, Madrid 1974.

Así, y sin perjuicio de los matices de cada caso concreto, se deberá restituir al administrado a la posición o situación que ocupaba o debía ocupar de no haber ocurrido el agravio, o bien, de no ser esto posible, indemnizar por los perjuicios sufridos.

Volvamos al ejemplo del procedimiento para la selección del contratista estatal.

García Trevijano¹⁹ desarrolla el supuesto de una licitación pública (subasta, en la terminología española) para la celebración de un contrato de obra pública, en la que concurren tres oferentes; pudiendo ocurrir los casos siguientes:

A) El procedimiento es correcto y la adjudicación beneficia a la mejor oferta. En este caso, el "derecho subjetivo" del que era titular el mejor postor ha sido reconocido, sin que exista agravio para ninguno de los oferentes.

B) El procedimiento es correcto, pero se adjudica a quien no es el mejor postor, en perjuicio del proponente que presentó la mejor oferta. Este último ha sido agraviado en su derecho subjetivo y puede hacer valer este derecho en sede administrativa como judicial. La discrecionalidad de la Administración Pública en cuanto a la elección de su contratista, no puede hacerse valer cuando tal elección es manifiestamente irrazonable o arbitraria, en especial teniendo en cuenta que la Administración tiene la obligación de adjudicar a la mejor oferta, v.gr., art. 18 de la Ley de Obras Públicas N° 13.064: ". . . esta (la adjudicación) caerá siempre sobre la (oferta) más conveniente, siendo conforme con las condiciones establecidas para la licitación". En este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación ha dictaminado lo siguiente: la apreciación de la oferta más conveniente en una licitación constituye el ejercicio de una facultad que, si bien es discrecional, en modo alguno puede quedar exenta del sello de razonabilidad que debe ostentar toda actividad administrativa para producir efectos jurídicos válidos" (Dictámenes, 114-124; 19-184).

Es cierto que el citado arto 18 de la ley 13.064 continúa diciendo: "La presentación de propuestas no da derecho alguno a los proponentes para la aceptación de aquellas". Pero, esta norma -que debería ser derogada en este punto- sólo puede interpretarse en el sentido de que por el exclusivo hecho de presentar su oferta, el oferente no adquiere el derecho a resultar adjudicatario, salvo que, además, la suya sea la mejor oferta.

Incluso la jurisprudencia ha comenzado a restringir esa suerte de poder omnímodo que se le reconocía a la Administración de decretar la clausura de un procedimiento de selección sin justa causa; si lo hace, tendrá que indemnizar: "La presencia de un solo oferente en la subasta que es una licitación efectuada para el otorgamiento de un permiso de ocupación, uso y explotación de un local. . . no implica un obstáculo para la realización de la misma, y si la oferta fuere satisfactoria sólo cabe su aceptación y la adjudicación del contrato al oferente". "Aún cuando la subasta o licitación se efectúe "ad referendum" del Intendente Municipal, siendo facultad privativa de la Municipalidad el derecho de aceptar o no la mayor oferta que se hubiere efectuado en la subasta o licitación pública, sin lugar a recurso alguno, el decreto que decide no aceptar la mayor oferta debe ser

¹⁹Ibidem, págs. 563/564.

motivo, es decir, debe contener la exposición de las razones que llevaron al Intendente a emitirlo y, en especial, la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que preceden y justifican el dictado del acto (en el caso se entendió que la expresión "causas de trámite" no importa motivación suficiente)". "Al presentarse a una licitación pública el oferente adquiere, no el derecho a ser adjudicatario, sino el de que la Administración haga la adjudicación respetando y cumpliendo el pliego de condiciones y las demás normas que rigen este instituto, de modo que todo apartamiento de esta línea de conducta lesiona el derecho del proponente, habilitándolo para actuar en su defensa, reclamando inclusive los daños y perjuicios a cargo del Estado (en este caso se los valoró como una "chance" o "probabilidad de una ganancia que resultó frustrada", sujeta a la apreciación concreta del Juez de la causa)". CNCiv, Sala A, octubre 21-976, "Confitería el Zoológico c/Municipalidad de la Capital", La Ley, 27/9/77.

También se ha decidido acerca de la competencia del Organismo Judicial para entender en este tipo de conflictos, siempre mediando irrazonabilidad o arbitrariedad en la conducta de la Administración Pública: "El juicio de conveniencia, mediante el cual la Administración rechaza una propuesta en el momento de adjudicar la licitación, elaborado en ejercicio de facultades que le competen naturalmente y estaban reservadas en el pliego de bases y condiciones, queda excluido de la censura de esta Corte, salvo que se demostrara que fue producto de razonamientos inaceptables desde todo punto de vista, al extremo de concretar una irritante arbitrariedad" SC Buenos Aires, agosto 23-977, "D'Onofrio, Nicolás O. c/Provincia de Buenos Aires", El Derecho, 1/12/77.

Esta situación importará el derecho a una justa indemnización del administrado agraviado, en el supuesto (como se vio en párrafos anteriores) que el contrato irregular ya hubiese sido celebrado, y aún, ejecutado.

Según lo expuesto antes, de sostenerse que este oferente agraviado es sólo titular de un interés legítimo, no encontrará una eficaz y verdadera protección por parte del orden jurídico.

C) Lo mismo ocurrirá si, además de no adjudicarse la obra a la mejor oferta, la Administración incurre en vicios de procedimientos. En este supuesto corresponderá analizar cuál es la situación del oferente no adjudicatario pero que tampoco se encuentra en condiciones de serlo, puesto que la suya no es la mejor oferta.

.Se deben distinguir dos supuestos: a) La existencia del vicio de procedimiento en nada incide sobre la calificación de la oferta del oferente agraviado. Así, este podrá requerir, en sede administrativa y/o judicial, la revocación o nulidad de la adjudicación, con el consiguiente nuevo llamado en el que podrá mejorar su propuesta. Pero si esto no es posible, por encontrarse el contrato en ejecución el agraviado no podrá solicitar daños y perjuicios, pues no logrará demostrar que la suya era la mejor oferta, no sólo con relación al contratista en concreto, sino con respecto al resto de los oferentes. Es decir, debe demostrar que su oferta debía ser la beneficiada con la adjudicación. De lo contrario, en la medida que resulte materialmente imposible volver atrás con los actos procedimentales y contractuales, el administrado agraviado carece de acción (suponiendo que ya instrumentó los pertinentes recursos administrativos) pero no porque sea sólo titular de un interés legítimo, sino porque no tiene nada que

reclamar. Precisamente, la acción podría interponerla aún argumentando su derecho a la adjudicación pero la sentencia declarará esa demanda improcedente, de la misma manera que rechazará las demandas de quienes accionan sin tener "razón" (evito, a propósito, emplear el término derecho).

b) El vicio provoca la calificación negativa de la oferta del oferente agraviado, p. ej. por haber admitido una irregular modificación en la oferta que finalmente resultó adjudicataria. Evidentemente, el caso es similar al indicado como B).

Los supuestos de hecho, como siempre ocurre en el mundo jurídico, son numerosísimos. Pero todos tienen una constante común: no es la distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo la que cuenta a los efectos de su tratamiento jurídico y, en particular, procesal. Sólo se debe tener consideración (y esto lo hará el Juez a posteriori, salvo que la decisión se imponga por aparecer manifiesta en la misma demanda) 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 que, lo que debe ser examinado por el Juez en el momento de dictar sentencia, examen que efectuará de acuerdo a los hechos invocados y a las probanzas aportadas. En gran medida lo expuesto en el texto se encuentra latente en el siguiente dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación: "El artº 1º del Decreto 7520/44 condiciona la admisibilidad del recurso jerárquico al requisito de que la decisión impugnada lesione un "derecho subjetivo" o un "interés legítimo" del recurrente. En las presentes actuaciones no ha mediado adjudicación alguna (se trató, en el caso de una licitación dejada sin efecto para proceder a un nuevo llamado luego que los organismos técnicos encargados de valorar las ofertas habían seleccionado como primera a una de las oferentes, quien interpuso el recurso jerárquico contra el primer acto administrativo). No obstante, la circunstancia no es argumento suficiente para declarar formalmente inadmisibles el recurso de que se trata, toda vez que, en casos como el de autos, ningún tratadista niega la facultad de los administrados para intervenir y ser admitidos en un concurso o licitación, cuando aquellos llenaren los requisitos exigidos para su presentación. En consecuencia, el punto reside en la calificación de dicha facultad. Si bien hay quien considera que esta constituye un "interés legítimo" ... hay quienes también estiman que se trata de un "derecho", por no ser otra cosa que expresión del derecho a la libertad de trabajo. . . A su vez, cuando una licitación o concurso sigue su trámite, y de acuerdo con las constancias de sus propios y específicos pliegos llega a la etapa de la adjudicación, el licitado F-O concurrente que haya hecho la oferta más conveniente tiene, por lo menos, el "derecho" a que la Administración Pública se pronuncie sobre la licitación, respetando y cumpliendo el respectivo pliego de condiciones. A mérito de lo expuesto, cabe concluir que el consorcio recurrente tiene el "interés jurídico" necesario para promover el recurso jerárquico que dedujo". (Dictámenes, 114-77).

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: "es titular de un interés legítimo, por consiguiente no está habilitado para intentar esta determinada acción" (v.gr., de plena jurisdicción, persiguiendo la reparación de los daños y perjuicios sufridos).

Puede imaginarse un nuevo supuesto que demuestra con más vehemencia la tesis aquí sostenida y el beneficio práctico de abandonar la clásica distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

Supongamos que en una licitación pública se adjudica la contratación a la oferta que, de acuerdo con los antecedentes que se pusieron de manifiesto durante el trámite del procedimiento, fue considerada como la más conveniente.

En los pliegos de la contratación (por ejemplo, una obra pública) se estableció en favor del contratista un plazo de pago de 90 días desde la emisión del respectivo certificado. No cabe duda la importancia que la condición de pago representa a los efectos de la formación del precio de oferta.

A pesar de la claridad del pliego -y de la oferta, que para ser admitida debió conformarse al pliego- en el contrato (que debe celebrarse a posteriori de la adjudicación, según lo exige el art. 21 de la ley 13.064) se dispuso un plazo de pago de 30 días, sin ninguna reducción del precio por parte del contratista.

¿Puede alguno de los oferentes que resultaron derrotados en la licitación considerarse agraviado e intentar alguna acción o recurso por esta modificación a un aspecto tan esencial de las condiciones de licitación?

De ser admitida la doctrina de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, la respuesta será negativa.

En efecto, de acuerdo con esta última postura, durante el trámite del procedimiento licitatorio todos los oferentes son titulares de intereses legítimos. Al emitirse el acto administrativo de adjudicación, tal situación indiferenciada y concurrente desaparece. Ahora se presenta un nuevo sujeto, el adjudicatario, titular de un derecho subjetivo a contratar y, luego, titular de los derechos subjetivos emergentes del contrato.

La existencia de un administrado titular de un derecho subjetivo, por lo menos en el caso tomado como ejemplo, excluye la posibilidad de que otros administrados puedan alegar intereses legítimos sobre el mismo objeto. Los oferentes tenían sólo un interés sobre el procedimiento, a que se respeten las normas de acción; se les garantizaba una utilidad no sustancial, meramente instrumental. Ahora bien, con la adjudicación el procedimiento de selección se extingue. No hay más oferentes; hay un solo adjudicatario quien, naturalmente, se convertirá en contratista. Las normas de acción ya no tienen más vigencia. En este nuevo momento sólo rigen las normas de relación, que garantizan la utilidad sustancial, individualizada y particularizada del contratista.

No cabe duda que el contrato padece de un grave vicio y podría ser revocado (o accionada judicialmente su nulidad, si tuvo comienzo de ejecución) por la misma Administración. Pero, puede ocurrir que ésta se mantenga inactiva, por las mismas razones que la llevaron a incorporar esa irregular disposición en el contrato.

Por consiguiente, este contrato insalvablemente viciado, mantendrá su vigencia. Nada podrá hacer el ex oferente agraviado, ya que ahora ni siquiera es titular de un interés legítimo.

Nótese que aún cuando, incoherentemente, se admitiera su titularidad de un interés legítimo, este administrado nada práctico podría hacer por las mismas razones que las expuestas en el ejemplo desarrollado en el parágrafo 6.

La injusticia del sistema es notoria, tanto porque de hecho le otorga un bill de indemnidad a la conducta irregular de la Administración como frente al oferente agraviado, ya que puede ocurrir que su precio de oferta frente a un plazo de pago de 90 días resulte más conveniente que el precio de oferta (aún numéricamente más barato) del oferente ganador considerado con relación a un plazo de pago de 30 días.

Sin embargo, debe reconocérsele al oferente agraviado la posibilidad de hacer valer su derecho, tanto en sede administrativa como judicial.

¿A hacer valer su derecho a qué?

Si el contrato no tuvo principio de ejecución, a que la Administración revoque (o el Juez anule) ese contrato viciado y se llame a una nueva licitación pública, salvo que razones de urgencia justifiquen la licitación privada, pero esta vez-con condiciones iguales para todos los oferentes.

Si el contrato tuvo principio de ejecución y la Administración no demanda judicialmente su nulidad (acción de lesividad) el oferente agraviado podrá accionar judicialmente para que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos demostrando que, comparativamente con relación a la nueva condición de pago, la suya es la mejor oferta, que fue injustamente desechada.

Se destaca aquí la importancia de las exigencias de la justicia distributiva como fundamento del régimen jurídico exorbitante, aplicado como método o sistema de interpretación del Derecho Administrativo.

El vicio del contrato se funda en que éste resultó violatorio del "vínculo de comparación" que es el que otorga la medida del acto justo al relacionar el contenido de la relación jurídica específica (la que une a la Administración con el contratista) con la relación jurídica virtual (que vincula a la Administración con el oferente agraviado).

Es que, siguiendo con el ejemplo concreto, como se sostuvo en otra ocasión²⁰ la vida del contrato quedó fijada durante el procedimiento de selección, con el contenido de los pliegos, de las ofertas y del acto de adjudicación. El contrato fue como fotografiado en prospectiva, anticipando en su contenido esencial por el procedimiento de selección adoptado. Allí rigió el principio de igualdad, pero para mantener su vigencia siempre, durante toda la vida real del conflicto y no sólo durante su vida programada.

La igualdad licitatoria se proyecta de esta manera, en una especie de ultractividad, hacia el futuro, convirtiéndose en un permanente punto de comparación en el contenido y ejecución del contrato. Permite contratar las cargas y beneficios asumidas por el adjudicatario con los pretendidos por los demás oferentes, pero de una manera dinámica, más allá de las meras necesidades de la selección (o ajustándose a las verdaderas necesidades de la selección) de conformidad con las exigencias de la justicia distributiva.

Esta es la situación jurídica de los administrados en la relación ius-administrativa.

²⁰ Rodolfo Carlos Barra, "La Intangibilidad de la Remuneración del Contratista Particular en los Contratos Administrativos", ya citada.

En el estricto sentido de los términos (por lo menos tal como los entiende la doctrina antes enumerada), ni derecho subjetivo ni interés legítimo.

En cada caso, los administrados son titulares "de derechos" a aquella porción del Bien Común que la Administración realiza y distribuye. Exactamente a la "cosa justa misma" valorada de acuerdo a una comparación proporcional según la dinámica propia de la justicia distributiva.

Desde esta perspectiva no cabe la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo.

Sólo corresponde analizar cuál es la parte del Bien Común que, como carga o beneficio, a cada uno le corresponde, sin importar que, en cada caso, la norma jurídica que pueda ser invocada se la califique como de "acción" o de "relación".

Así, en la medida que se demuestre la desproporción en el "reparto" del Bien Común, se deberá acoger favorablemente el recurso administrativo o acción judicial intentada por el administrado, donde el límite del contenido de la decisión (acto administrativo o sentencia) sólo estará dado por la medida de la desproporción y los medios prácticos y posibles para recomponerla.

En consecuencia, siempre que un administrado pueda invocar -salvo su temeridad o falta de causa manifiesta- el quebrantamiento en su perjuicio, por parte de la Administración Pública, de las exigencias de la virtud de la justicia distributiva, se encontrará habilitado para interponer un recurso administrativo o una acción judicial, según el caso, sin que corresponda distinguir si es titular de un interés legítimo o un derecho subjetivo.

8. El interés simple

Mantiene, en cambio, su importancia el análisis de la situación de los administrados que frente a una irregular acción u omisión de la Administración Pública, o de cualquiera de los restantes órganos estatales, manifiesta su interés en denunciar tal situación a los efectos de que dicha irregularidad sea corregida y castigados los responsables de la misma.

En este caso, el administrado en cuestión no sufre ningún perjuicio sobre su derecho a la justa distribución del Bien Común, en la parte que a él le corresponde.

Precisamente, en este caso, entre este concreto administrado y la Administración Pública no se ha entablado ningún vínculo jurídico; no existe relación de justicia distributiva que haya sido quebrantada.

La incorrecta conducta de la Administración Pública (que bien puede ser un proceder contrario al orden jurídico) sin perjuicio de -quizás- perjudicar concretamente a otro u otros administrados, no se dirige contra el simple denunciante, ni siquiera de manera indirecta.

Por ello, quien no pueda alegar un perjuicio actual o potencial, derivado de la conducta administrativa, no se encontrará habilitado para ser parte de un recurso administrativo o en una acción judicial:²¹

²¹García Trevijano Fos - op. cit., pág. 564/565 - señala que en la legislación española

Sin embargo, como es de interés de la parte de la salud del todo, es decir, como interesa a todo ciudadano consciente el correcto cumplimiento de las obligaciones de quien administra al cuerpo social, la costumbre o bien la legislación administrativa, acuerdan al administrado el derecho de denunciar esa conducta perjudicial para el Bien Común.

En este caso se afirma que el administrado es titular de un "interés simple" que lo habilita a efectuar tal denuncia, llamada "mera denuncia".

Es posible afirmar que el administrado tiene el derecho de efectuar la mera denuncia (por eso corresponde utilizar la expresión "titular" de un interés simple) ya que existe la correlativa obligación de la Administración Pública de recibida, aunque no necesariamente de tramitada ya que como el Administrado no adquiere la condición de "parte" en el procedimiento administrativo, la Administración no se encuentra obligada a otorga de vista de las actuaciones, ni a dictar el acto administrativo definitivo, ni, en su caso, notificado al denunciante.

No sólo porque el denunciante no adquiere la calidad de parte, sino que la falta de obligación de tramitar tal denuncia surge de la propia naturaleza del instituto. En definitiva, serán los propios mecanismos de control de la Administración Pública los que examinarán y valorarán la conducta denunciada, independientemente de la existencia de dicha denuncia. Por ello corresponde distinguir el supuesto analizado -"mera denuncia" - de la "denuncia de ilegitimidad" contemplada en el art. 1º, inc. e) aptdo.6) de la ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549: "Una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos se perderá el derecho para articulados; ello no obstante a que se considere a la petición como denuncia de ilegitimidad por el órgano que hubiera debido resolver el recurso, salvo que éste dispusiere lo contrario por motivos de seguridad jurídica o que, por estar excedidas razonables pautas temporales se entienda que medió abandono voluntario del derecho". Sin perjuicio del problema que presenta la interpretación de esta norma en cuanto a si la Administración debe recibir el recurso presentado fuera de plazo, como denuncia de ilegitimidad, cuando no existan en contrario motivos de seguridad jurídica o que no se hayan excedido "razonables pautas temporales", lo cierto es que el administrado, en este caso, precisa ser titular (continuando con la terminología tradicional) de un derecho subjetivo o interés legítimo, ya que debía encontrarse habilitado para ser recurrente (arg. art. 74 del decreto 175.9/72). Además, una vez admitida por la Administración la denuncia de ilegitimidad, no cabe duda que debe otorgarle a ésta el trámite del recurso que hubiere correspondido de haber sido presentado en término. De lo contrario, la norma antes transcripta carecería de sentido práctico.

hay casos excepcionales en los que se autoriza la acción y el recurso por parte del titular de un interés simple. En estos casos la acción y el recurso son "públicos", ya que se "legítima a cualquier administrado para impugnar un acto administrativo". Son casos de excepción, justificados por razones muy especiales que no contradicen lo afirmado con el texto. El autor distingue la "acción pública" de la "acción popular", que es, esta última, "una verdadera subrogatoria administrativa".