

DICTAMEN N° 85

Corresponde Expte. N° 100-1269/04
"Eduardo Aguiar Prieto y Guillermo
Atienza Grano - I/ Recurso de Recon-
sición.-"

**SR. SECRETARIO GENERAL
DE LA GOBERNACIÓN
Dn. WALTER ROGELIO LIMA**
S / D.-

Vienen las presentes actuaciones a sede de esta Asesoría Letrada de Gobierno, en virtud de la presentación efectuada por Industrias Metalúrgicas Pescarmona SACIyF, representada por los abogados Dres. Eduardo Aguiar Prieto y Guillermo Atienza Grano.

A fs 1, los citados profesionales interponen Recurso Administrativo de Reconsideración contra los actos administrativos emitidos por el Poder Ejecutivo de la Provincia relacionados con la Obra "Concesión de Obra Pública Subvencionada para la Construcción, Explotación y Mantenimiento del Complejo Los Caracoles-Punta Negra", en especial -según sus dichos- con referencia al Decreto N° 0739, de fecha 22 de junio de 2004, el que ratificara el Acta Complementaria de fecha 16 de junio de 2004 y el Anexo a dicha Acta.

Analizado el recurso incoado por los presentantes, previo a todo este Servicio Jurídico se expedirá sobre si la empresa tiene la legitimación necesaria para impetrar el aludido Recurso de Reconsideración.

I- Falta de legitimación: De los antecedentes obrantes en estos actuados -los que han sido incorporados como prueba por el propio quejoso- y, conforme a lo manifestado por él, surge sin margen de duda posible la falta de legitimación de IMPSA.

Efectivamente, para que un administrado pueda intervenir válidamente en un proceso administrativo y constituirse como parte interesada, o para que pueda interponer cualquier recurso administrativo, es preciso que se halle legitimado para ello.

La Ley N° 3784 (Ley de Procedimiento Administrativo), reglamentada por Decreto N° 655-G-73, estipula en el Art. 74 "Los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un Derecho Subjetivo o un Interés Legítimo....."

La doctrina más fundada ha concluido que la legitimación surge por la circunstancia de ser el sujeto particular el titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, afectado en forma efectiva o posible por relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas por la administración pública. (Escola, pag. 1187 - T II)

Relación jurídica no es sino una correlación necesaria de situaciones jurídicas, existentes entre dos o más sujetos; resultantes de manera directa o indirecta, de una norma legal que le es aplicable, y que es capaz de producir efectos jurídicos. Sobre esta base aparece la noción de las relaciones jurídicas administrativas.

Derecho subjetivo son las facultades o poderes, normativamente reconocidos y atribuidos a los sujetos que participan en dichas relaciones jurídicas.

Asimismo, se entiende como tal: "la facultad exclusiva de un particular para exigir de la administración una acción u omisión concreta, protegida directamente por recurso administrativo y acción judicial en caso de incumplimiento". O también, "Es la protección jurídica concedida a la exigencia de que un tercero realice una determinada conducta, en el segundo caso, es la protección jurídica concedida a la realización de una conducta propia, mediante una limitación impuesta a la conducta de terceros". (Gordillo t 2 XV 14.)

Pues para que la protección jurídica exista es necesario que nuestro derecho sea deber de un tercero y si no lo cumple le acarrea una sanción.

En resumen, los elementos que deben concurrir son : 1) una norma jurídica que proteja una situación de hecho; 2) individual, exclusiva; 3) violación e incumplimiento; 4) la situación de hecho debe estar determinada, esto es reglada. El elemento mas importante es que la conducta sea reglada y exclusiva, si hay discrecionalidad, no hay derecho subjetivo.

Se es titular de un derecho subjetivo, cuando se puede exigir, en éste caso a la Administración , una determinada conducta fruto de un instrumento jurídico que generan derechos y obligaciones, para ambas partes (en éste caso, un Acto Administrativo) .

Según Llambías, es la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico para exigir a las demás personas un determinado comportamiento.

Teniendo en cuenta todos éstos conceptos, vemos que IMPSA no puede alegar la existencia de un derecho subjetivo ni siquiera le alcanza el derecho subjetivo "en sentido amplio", como dice el presentante, el derecho se tiene o no se tiene, no existe el concepto restringido y amplio en el ejercicio de un derecho.

No ha existido ni existe entre IMPSA y el Gobierno de la Provincia una relación jurídica relacionada con "Concesión de Obra Pública Subvencionada para la Construcción, Explotación y Mantenimiento del Complejo Los Caracoles-Punta Negra", y por ende carece de un derecho subjetivo, en el que pueda fundar su pretensión.

Lo manifestado precedentemente, surge de la propia documental que adjunta la presentante a fs 17/20. Efectivamente, en primer término acompaña un Acta suscripta por el ex Director de Recursos Energéticos, AES Caracoles S.R.L. José Cartellone Civiles e Industrias Metalúrgicas Pescarmona, en virtud de la cual AES -en su carácter de Concesionario Operador- hizo una presentación de Cartellone e IMPSA a fin de que se analizara la posibilidad de que fueran los próximos constructores. El apartado cuarto de dicha Acta nos da la pauta de que se trataban de meros actos o hechos preparatorios de una voluntad administrativa que nunca se llegó a plasmar; así el referido apartado dice: **"Todos los suscribientes de la presente Acta, conviene continuar con el procedimiento de estudio y evaluación de las empresas asociadas....."**

Asimismo, es dable destacar que el acta precedentemente mencionada, está directamente relacionada con un Acta anterior, de fecha 28 de febrero de

2003, -la que incorpora como prueba el propio recurrente a fs. 19/20-, por la cual se realiza por primera vez la presentación de la empresa Cartellone por parte de AES Caracoles, y en la cual expresamente se manifiesta: **"Respecto de la presentación de un nuevo concesionario constructor, este acto no puede generar derecho en expectativa indemnizable respecto del presentado, ya sea contra el concedente o contra el Concesionario Operador, cualquiera sea la resolución que a su respecto el Concedente adopte."**

A todo evento se aclara que fue el Concesionario Operador quien concluyó que la Oferta de la Empresas José Cartellone Construcciones Civiles-IMPESA no era aceptable. Efectivamente, por Nota N° 145, de fecha 5 de noviembre de 2003, obrante a fs. 6321 -Cuerpo N° 30- del Expte. N° 608-0063/03, AES Caracoles manifiesta que: **"Habiendo terminado los análisis necesarios estamos en condiciones de afirmar que las diferencias entre la Oferta y los valores vigentes en el mercado argentino para la construcción del Dique Los Caracoles, son entre el 13% y el 18%. En consecuencia, concluimos que la Oferta de las empresas JCCCSA-IMPESA no es aceptable."**

Llegados a este punto, ¿Podríamos, entonces hablar de Interés legítimo? El interés legítimo surge cuando al sujeto se le reconoce una potestad de querer.

Tienen "interés legítimo" quienes pueden ser parte en el procedimiento Administrativo, de presentar un recurso para obtener la modificación, o revocación del acto emanado con violación a las normas establecidas como tutela del interés general y que de ese modo se elimine la lesión que el acto les ha producido en sus intereses individuales" (Hutchinson T 2 pag. 51.)

Interés legítimo es el que corresponde a ciertos sujetos, en virtud de la especial y particular situación de hecho en que se hallan respecto de los demás sujetos, en relación con la debida observancia y cumplimiento, por parte de la administración pública, de las normas establecidas en vistas del interés general dado que de tal observancia o inobservancia pueden resultar beneficiados o perjudicados en modo particular, con referencia a los demás componentes de la colectividad.

El interés legítimo es un interés protegido únicamente de modo menos perfecto o bien de forma ocasional o refleja.

Según el Dr Novillo sería la "Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico administrativo al particular que se encuentra en una situación actual o potencial concurrente para que impugne una actividad administrativa ilegítima, (ilegal) que le causa un perjuicio directo". Supone un obrar antijurídico de la administración Pública. Ahora bien, el Decreto N° 0739, por el cual se ratifica el Acta Complementaria de fecha 16/06/04 y Anexo al Acta fueron ratificadas, han sido aprobados por la ley N 7499, adquiriendo en ese momento la legalidad necesaria e indiscutible.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo tiene importantes efectos prácticos en orden a la protección jurídica del administrado, tanto a lo que hace a las pretensiones que puede esgrimir contra la administración, como en cuanto a la vía (judicial o administrativa) y especie de procedimiento que puede emplear para hacer valer la pretensión.

El rasgo común en todos los criterios desarrollados muestra que el interés legítimo recibe una consideración o rango inferior al derecho subjetivo. Esto es lógico si se tiene en cuenta que el derecho subjetivo se tiene en

exclusivo interés de su titular, por la cual recibe un grado de protección jurídica más perfecta e intensa que el interés legítimo.

Basándose en esto se admite que el que es titular de un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la justicia, reclamando no sólo la extinción del acto, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones pertinentes. Mientras, el que es titular de un interés legítimo sólo puede reclamar solamente ante la propia administración; excepcionalmente y para casos muy limitados, puede llegar a reclamar ante la justicia, sin derecho a pedir indemnización alguna.

En el proceso judicial, la legitimación deriva de tener o no derechos subjetivos afectados por la litis que se plantea, en el procedimiento administrativo, en cambio la legitimación no sólo puede surgir de un derecho subjetivo lesionado, sino también de un interés legítimo afectado.

La distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo es fundamental para determinar si queda o no abierta la vía judicial ulterior.

En el caso traído a conocimiento y atento a las consideraciones de hecho y de derecho mencionadas, se advierte que IMPSA no tiene un derecho subjetivo lesionado en el tema diques, ni siquiera tiene un interés legítimo.

II- Improcedencia del Recurso de Reconsideración.

Ahora bien, más allá de la falta de legitimación de la recurrente –lo que ha sido expuesto en el apartado anterior-, es necesario destacar que el Recurso incoado debe rechazarse por las razones que a continuación se exponen.

El recurso administrativo, es una pretensión deducida ante un órgano administrativo por quién está legitimado para ello, con el fin de obtener la revocación o modificación de un **ACTO ADMINISTRATIVO**. Por lo tanto el objeto del recurso es sólo un acto administrativo sujeto al derecho administrativo y las disposiciones de categorías inferior a la ley. **Es evidente que por mero recurso administrativo no se puede impugnar las leyes formales.** Por la misma razón no podrán impugnarse disposiciones que tienen también un contenido legislativo. (Diez, pag. 338 - Tomo V)

Ningún derecho puede tener el particular contra el Estado cuando éste actúa en ejercicio de sus funciones legislativas, porque es facultad del legislador hacer la ley y abrogarlas. Por lo contrario, esos derechos subjetivos públicos son posibles cuando el Estado ejerce funciones administrativas, vale decir, cuando el Estado es titular de intereses y de fines propios que deben ser por él realizados dentro de ciertos límites, y con la observancia de las obligaciones establecidas por las normas jurídicas en garantía de los intereses de los particulares.

En el caso traído a conocimiento, la cuestión se tornó en abstracto, ya que por Ley N° 7499 sancionada el 8 de julio del corriente año –el mismo día en que el quejoso interpone el recurso-, fueron aprobadas: el Acta Acuerdo de fecha 21 de enero y el Acta complementaria de fecha 16 de junio del mismo año, celebradas entre el Gobierno de la Provincia de San Juan y las Empresas AES Caracoles S.R.L, Panedille Argentina S.A.C.I.F., CPC S.A. Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C, los miembros del conjunto económico AES., con motivo del Contrato de Concesión del complejo Los Caracoles- Punta Negra, las que como Anexos I y II, forman parte de la ley. Por ello corresponde rechazar el recurso, al verse tornado abstracto su objeto.

EXpte. N° 100-1268.....LETRA.....AÑO 04 F° 40

III- CONCLUSIÓN: Atento a las consideraciones vertidas en el presente se aconseja, y así se concluye, rechazar por improcedente el recurso de reconsideración interpuesto contra el Decreto N° 739/04, por el cual se ratifica el Acta Complementaria de fecha 16 de junio de 2004; ello en virtud de haber sido aprobado por Ley N° 7499, tornándose abstracto su objeto.

Se acompaña Proyecto de Decreto que recepta el criterio expuesto en el presente dictamen, sometiéndolo a su conocimiento y consideración.

Sirva el presente de atenta nota de elevación.-

ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO
SAN JUAN, 24 AGO 2004


ANA MARIA ALCOBAS
Asesora Letrada de Gobierno