**SEGUNDO RESUMEN**

**ADMINISTRATIVO**

**UNIDAD 7**

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Actualmente, las clausulas propias y distintivas (exorbitantes) de los contratos públicos son, entre otras:

a) la interpretación unilateral. Ad, es el Estado quien decide cómo interpretar el contrato y hace valer su criterio;

b) la modificación unilateral del contrato por el Estado;

c) la dirección del contrato por el Estado, en el trámite de ejecución del acuerdo;

d) la aplicación de sanciones por el Estado sobre el contratista por sus incumplimientos; y

e) la revocaci6n unilateral por razones de interés público, y sin intervención judicial.

EL CONTENIDO DE CONTRATO ADMII4ISTRATIVO:

En cuanto al concepto de contrato administrativo, la Corte ha dicho que es aquel en que "una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto este constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explicita o implícitamente, clausulas exorbitantes del derecho privado" .

De modo que, en síntesis y según el criterio del Tribunal, el contrato es administrativo cuando es celebrado por el Estado, en ejercicio de funciones públicas, y con la finalidad de satisfacer necesidades públicas. Es decir, el sujeto, el objeto y el fin.

Así, el contrato administrativo es según nuestro parecer— todo acuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. El camino propuesto es, entonces, el carril subjetivo.

LAS CLAUSULAS EXHORBITANTES:

En los contratos estatales el principio no es la igualdad porque el Estado está ubicado en un escalón por encima de la otra parte. Su contenido es el poder exorbitante que ejerce el Estado en el proceso de formación, ejecución y extinción contractual, y **que** está reconocido —concretamente— por medio de las clausulas llamadas exorbitantes.

Pero, cuando una disposición contractual es exorbitante? Dijimos que su tono exagerado es así en relación con el Derecho Privado; es decir, si comparamos el contrato del Derecho Público con el Privado. Por eso, las clausulas son exorbitantes cuando son ilicitas o inusuales en el contexto del Derecho Privado.

Cabe aclarar también que las clausulas exorbitantes —como ya dijimos— reconocen poderes excepcionales al Estado que, en principio, rompen el equilibrio e igualdad entre las partes.

Pero, ,cual es el me todo que nos permite deducir razonablemente las potestades implícitas? y 4cua1 es el grado de certeza que debe exigirse en el marco de las potestades expresas de modo de inferir —desde allí— otras competencias subyacentes y tacitas?

Creemos que el rnetodo es el siguiente.

a) En primer lugar, el intérprete debe identificar cual es la disposición que prevé en términos literales potestades expresas.

b) En segundo lugar, las potestades implícitas deben cumplir con el siguiente test. El Órgano competente s6lo puede ejercer sus facultades expresas si el ordenamiento reconoce —a su vez— esas potestades implícitas.

c) En tercer lugar, en caso de duda, debe rechazarse el reconocimiento de las facultades subyacentes o implícitas.

Sin embargo, este planteo y su desarrollo se desvanecen si el legislador prevé expresamente por ley en detalle cuales son las potestades exorbitantes estatales en el marco contractual. En tal caso, las llamadas habitualmente potestades implícitas se trastocan en potestades expresas incorporadas literalmente en el ordenamiento jurídico.

Otro cuesti6n que creemos realmente relevante es si estas prerrogativas son sustanciales o simplemente de carácter formal (procedimentales).

Es decir, has prerrogativas que comúnmente llamamos exorbitantes son, en verdad, facultades habituales y comunes en el derecho privado (reglas igualitarias entre las partes) y, por tanto, sus diferencias con el Derecho Publicó son simplemente que el Poder Ejecutivo puede declararlas y ejecutarlas por si solo, imponiéndolas sobre el otro, sin intervención judicial.

Los CONTRATOS PRTVADOS DEL ESTADO

Por un lado, la preparación y adjudicación de los contratos es común en ambos casos, La preparación comprende la ,decisión. El contratar, la autorización del gasto y la aprobación de las bases. Por su parte, la adjudicación es, básicamente, el procedimiento de selección y la celebraciOn del acuerdo. En otras palabras, el núcleo duro del Derecho Administrativo es la preparación y adjudicación del contrato.

Más aun, la violación de esos principios y elementos, lleva consigo necesariamente la nulidad del contrato, arrastrando todo el negocio jurídico.

• Por el otro, el cumplimiento y la extinción son los aspectos mas diferenciados de estas categorías (publico/privado). Pero, aun en tales casos, se debe aplicar Derecho Administrativo con mayor o menor extensión.

Por lo tanto, iqtres el contrato administrativo? Es todo acuerdo de voluntarios entre, el Estado —en ejercicio de sus funciones— y los particulares.

iEi. NUEVO PERIM. DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una de las tendencias actuales de las contrataciones estatales es la *concertación, colaboracion, asociación y mayor participación entre Estado* y *particulares.*

Así, entre nosotros, la *ley 17.520* autorizo al Poder Ejecutivo a crear sociedades anónimas mixtas —con o sin mayoría estatal— para el cumplimiento de ciertos fines, "haciendo el aporte de capital que considerare necesario o creando los fondos especiales pertinentes". De modo que el Estado constituye sociedades con personas privadas y, a su vez, estas sociedades (sociedades de economía mixta) interactúan con el propio Estado con iguales derechos y obligaciones que cualquier concesionario.

Más recientemente, el *decreto 967/05* estableci6 el régimen nacional de asociación público-privada como instrumento' de cooperación entre ambos sectores con el fin de asociarse para la ejecución y desarrollo de obras públicas, servicios públicos y otras actividades.

El decreto describe puntualmente cual es el objeto de la asociación, a saber: a) la ejecuci6n, operación o mantenimiento de obras o servicios públicos; b) la ampliación de obras o servicios públicos existentes; c) el proyecto, financiamiento y construcción de obras y servicios públicos; d) la prestación de servicios públicos; e) la ejecuci6n de obras públicas para la locaci6n o arrendamiento por el Estado; y, por

f) el "desemperio de actividades de competencia de la Administración Publica que resulten delegables".

Por su parte, el *decreto reglamentario 893/12* del Régimen General de las Contrataciones prevé el régimen jurídico de la Iniciativa Privada. Así, "las personas físicas o jurídicas podrán presentar propuestas al Estado Nacional para la realización de los objetos contractuales" y tales propuestas "deberán ser novedosas u originales o
implicar una innovación tecnológica o científica, y deberán contener el monto estimado de la inversión, los lineamientos que permitan su identificación y comprensión, así corno los elementos que permitan demostrar su viabilidad jurídica, técnica y económica". Sí .fuese declarada de interés público, debe convocarse a licitación o concurso.

El decreto 1023/01 dispone que: "Las contrataciones comprendido s en este régimen podrán realizarse en formato digital firmado directamente... También podrán realizarse en formato digital firmado digitalmente los contratos previstos en el artículo 5 del presente" (art. 21). Además, "las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 2 estarán obligadas a aceptar el envio de ofertas, la presentación de informes, documentos, comunicaciones, impugnaciones y recursos relativos a los procedimientos de contratación establecidos en este régimen, en formato digital firmado digitalmente, conforme lo establezca la reglamentación".

La misma norma establece que son válidas las notificaciones en formato digital, y que los actos firmados digitalmente cumplen con los requisitos del art. 8 de la LAP.

LOS PRINCIPIOS EN MATERIA CONTRACTUAL

En primer lugar, las contrataciones estatales deben ser *razonables y eficientes.* Este postulado esté relacionado con la programación de los contratos de modo sistemático y ordenado. El sentido es obtener los mejores bienes, obras y servicios, al menor costo posible; o vender al mejor postor; y alcanzar los "resultados requeridos por la sociedad". La razonabilidad debe ser interpretada en el sentido de "satisfacer las necesidades a ser atendidas, en tiempo *y* forma, y cumpliendo con los principios de eficiencia, eficacia, economía y ética". Por su parte, las unidades requirentes deben "determinar la prioridad y justificar la necesidad del requerimiento de los bienes o servicios".

Respecto del principio de sustentabilidad y de respeto por los derechos fundamentales, el decreto reglamentario de las contrataciones establece que "la Jefatura de Gabinete de Ministros podrá establecer criterios de selección de las ofertas de uso obligatorio para las jurisdicciones y entidades contratantes, a los fines de desarrollar políticas públicas que tiendan a fomentar o promover el bienestar social, el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones éticas y económicas, el crecimiento de determinados sectores, la generación de empleo, in promoción del desarrollo de las empresas privadas, la innovación tecnológica en bienes y servicios, la inclusión de sectores vulnerables, entre otros". Y "la Oficina Nacional de Contrataciones desarrollara mecanismos que promuevan la adecuada y efectiva instrumentación de criterios ambientales, éticos, sociales y económicos en las contrataciones públicas". Por 61thno, "los criterios de sustentabilidad deberán garantizar el mejor impacto al ambiente, mejores condiciones &leas y económicas, ast como el cumplimiento de la legislaci6n laboral vigente, en especial lo que se relaciona con condiciones dignas y equitativas de trabajo y ausencia de trabajo infantil".

De este modo, se persigue que el Estado contrate en las mejores condiciones que el mercado pueda ofrecer. En este sentido, el art. 3, inc. b) del decreto 1023/01 enuncia, entre los principios de las contrataciones públicas, la "promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes". De forma concordante, el art. 24 de la misma norma fija, como regla general para la selección delcontratante, la licitación pública o concurso.

En cuanto al principio de *igualdad,* como observa H. MAIRAL, "se comprende fácilmente que solo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros".

El principio de igualdad, que se apoya en el art. 16, CN, y es recogido por el decreto 1023/01 —art. 3, inc. f)—, extiende sus efectos no solo a la etapa de selección del contratista, sine también a la ejecución del contrato.

Por su parte, el principio de publicidad" ...hace referencia a la posibilidad de los interesados de acceder a la información acerca de la licitación en cuestión.

A su vez, el principio de publicidad se encuentra estrechamente relacionado con el de la transparencia.

Por último, el principie de participación, control y responsabilidad de los agentes públicos es propio del Estado Democrático de Derecho. Así, el art. 9 del decreto delegado ya citado establece que las contrataciones públicas deben apoyarse "en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitara el control social sobre las contrataciones públicas".

EL REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO POSITDIO

El bloque normativo en el ámbito contractual estatal está integrado básicamente por las siguientes normas:

a) el decreto delegado 1023/01 —modificado por el decreto de necesidad y urgencia 666/03—, su decreto reglamentario 893/12, y la Disposición 58/14 sobre el pliego de bases y condiciones generales;

b) la ley 13.064 de obras públicas;

c) la ley 17.520 sobre concesión de obras públicas;

d) la ley 22.460 de consultoría;

e) la ley 25.164 de empleo público.

LOS ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS

En sentido concordante, el artículo 11 del decreto 1023/01 establece que —al menos— ciertos actos dictados en el marco del trámite de las contrataciones del Estado deben cumplir con las reglas del artículo 7 de la ley 19.549 (esto es, los requisitos esenciales del acto administrativo). En igual sentido, el decreto delegado dispone que los actos dictados en el marco de la interpretación, modificación, caducidad, rescisión y resolución del contrato "tendrán (los) caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la ley 19.549" (es decir, presunci6n de legitimidad y fuerza ejecutoria):

La competencia y capacidad en el ámbito contractual

*La competencia*

En este contexto, el contrato administrativo exige dos elementos concurrentes. Por un lado, la competencia del Órgano estatal y, por el otro, la capacidad de las personas contratantes.

***La capacidad***

A su vez, cabe preguntarse *quienes pueden contratar con el Estado.* El decreto 1023/01 establece que pueden contratar con el Estado las personas con capacidad para obligarse en los términos del Condigo Civil (actual Código Civil y Comercial), y que estén incorporadas en la base de datos que lleve la Oficina Nacional de Contrataciones.

**El objeto de los contratos**

El objeto que debe perseguir Contrato estatal es obtener bienes, servicios y obras determinadas, cone! menor costo y la mayor calidad posible.

Por un lado, ya sabemos que el artículo 7, inciso c) de la ley 19.549 dice que el objeto de los actos "debe ser cierto y física y jurídicamente posible".

Por su parte, el Código Civil y Comercial señala que el objeto debe ser "licitó, posible, determinado o determinable, susceptible de valorado economía y corresponder a un interés de las partes, aun cuando este no sea patrimonial".

***Las facultades y deberes del Estado contratante***

El Estado tiene las facultades y obligaciones que prevé el decreto delegado 1023/01; sin perjuicio de aquellas otras que surgen de las leyes especiales, reglamentos, pliegos de bases y condiciones y el resto de los documentos contractuales.

En particular, el Estado goza de las siguientes facultades, *derechos y prerrogativas exorbitantes,* según reza el artículo 12 del decreto ya citado:

a) Interpretar los contratos, resolver las dudas y modificarlos por razones de inter& público.

b) Controlar, dirigir e inspeccionar las contrataciones.

c) Aumentar o disminuir hasta en un veinte por ciento el monto total del contrato.

d) Imponer penalidades.

e) Ejecutar directamente el objeto del contrato .y disponer de los bienes y medios del contratante, cuando este no cumpliese con la ejecución del contrato dentro de plazos razonables.

f) Prorrogar los contratos de suministro de cumplimiento sucesivo o prestación de servicios, siempre que ello este previsto en el pliego de bases y condiciones.

g) Decidir la caducidad, rescisión o resolución del contrato.

***Los derechos y deberes del contratista***

El contratista tiene los derechos y las obligaciones que establecen el decreto 1023/01 y las normas complementarias.

Así, este tiene —entre otros— los siguientes *derechos:* el *cobro del precio* convenido, y la *recomposiei6n del contrato* "cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo" (art. 13, decreto 1023/01).

Por caso, el decreto reglamentario dispone que "el plazo para el pago de las facturas será de treinta días corridos" (art. 117).

El procedimiento contractual

El procedimiento en el marco contractual estatal es, según nuestro criterio, el conjunto de actos que constituyen el trámite de formación y perfeccionamiento del contrato.

Este proceso comienza con el plan anual ye! acto de previsión presupuestaria (esto es, la afectación de los recursos gablicos necesarios), A concluye habitualmente con el acto de adjudicación del contrato.

En otras palabras, el procedimiento —elemento propio del contrati— está integrado por actos instrumentales. Por ejemplo, el acto de aprobación de los pliegos particulares, el acto de autorización, el acto de llamado y el acto de adjudicación del contrato.

*Los pasos en el procedimiento* ***contractual***

 El Estado, luego de la aprobaci6n del plan anual de contrataciones y la previsión del gasto en el marco del presupuesto, debe seguir los siguientes pasos:

 a) la redacci6n de los pliegos, la elección del tipo de selección del contratante y, en su caso, la modalidad;

 b) el llamado;

c) la presentación de las ofertas;

 d) la apertura de los sobres;

 e) la pre adjudicación —cuando así correspondiese—; y, por último,

 f) la adjudicación. Analicemos cada paso por separado.

***La redacción de los pliegos***

Los pliegos son los documentos que contienen las bases y condiciones del contrato y el tipo de selección del contratista. En efecto, la Corte sostuvo que "la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario".

En general, es posible distinguir entre los pliegos de bases y condiciones generales y particulares y, en ciertos casos —además—, el pliego de condiciones técnicas.

El *Pliego General* es una resolución reglamentaria y complementaria del decreto reglamentario (893/12); es decir, un listado de detalles y pormenores de este. Dice el decreto reglamentario que "el pliego dnico de bases y condiciones generales será aprobado por la Oficina Nacional de Contrataciones y será de utilización obligatoria" (art. 43). En tal sentido, la Oficina aprobó el Pliego General por Disposición 58/14.

,Cita.1 es el contenido del *pliego de bases y condiciones particulares? Este* pliego es elaborado para cada procedimiento de selección, en particular por las unidades operativas de contrataciones de cada jurisdicción, y contiene las especificaciones técnicas (cantidades y
características de los bienes o servicios; silos elementos deben ser nuevos, usados, reacondicionados o reciclados; las tolerancias aceptables; y la calidad exigida); las clausulas partic ares; y los requisitos mini-nos que indique el Pliego tjnico de Condiciones Generales.

En chaos casos, en razón de la complejidad o el monto de la contratación, así como en los procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las clausulas particulares completas, el Órgano competente puede prever un plazo para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.

Por último, los pliegos de bases y condiciones generales y particulares deben ser exhibidos obligatoriamente en la sede de las jurisdicciones o entidades contratantes, y difundidos en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones, sin perjuicio su publicación en
el Boletín Oficial, cuando así correspondiese según las normas reglamentarias.

A su vez, cualquier "persona podrá tomar vista del pliego imico de bases ***y*** condiciones generales y de los pliegos de bases y condiciones particulares, en la jurisdicei6n o entidad contratante o en el sitio de Internet de la Oficina Nacional de Contrataciones. Asimismo podrán retirarlos o comprarlos en la jurisdicci6n o entidad contratante o bien descargarlos del aludido sitio de Internet".

Sin embargo, "no sera requisito para presentar ofertas, ni para la admisibilidad de las mismas, ni para contratar, haber retirado o cormprado pliegos en el organismo contratante o haberlos descargado del sitio de Internet" (art. 59 del decreto reglamentario). Finalrnente, "las constdtas at pliego de bases y condiciones particulares deberán efectuarse por escrito en el organismo contratante... o en la dirección institucional del correo electrónico" (art. 60 del decreto reglamentario).

**Impugnación judicial de actos administrativos.**

**ARTICULO 23.-** Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular:

a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas.

b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto.

c) cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10.

d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9.

**ARTICULO 24.-** El acto de alcance general será impugnable por vía judicial:

a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10.

b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

Plazos dentro de los cuales debe deducirse la impugnación (por vía de acción o recurso).

*Licitación o concurso público*

La licitación y el concurso son mecanismos de competitividad y ofertas múltiples entre los que aspiran a encargarse de ejecutar las obras, proveer los bienes o prestar los servicios bajo determinadas condiciones, a fin de que el Estado elija la propuesta más ventajosa.

cual es li diferencia entre la licitación y el concurso? En el primer caso, el lterio de selección es básicamente el factor económico; y, en el se undo, la capacidad técnica, científica o artística de los contratantes. En efecto, el decreto 1023/01 dice que el procedimiento de licitación debe realizarse cuando el criterio de selección "recaiga
primordialmente en factores económicos"; y, pm. su lado, el concurso
procede cuando el estándar cae "primordialmente en factores no económicos" (art. 25).

A su vez, el proceso —trátese de licitación o concurso— es público
cuando el llamado este dirigido a un número indeterminado de oferentes.

Cuando el llamado es público? Cuando el contrato supere el monto que se fije por vía reglamentaria. Asi, el decreto reglamentario establece: "licitación ptiblica o concurso público más de Ochocientos módulos (M 800)". Actualmente, el valor del módulo es de $ 1.000, sin perjuicio de que el Jefe de Gabinete puede modificarlo.

Finalmente, las licitaciones y concursos pueden ser de etapa Única (cuando la comparación de las ofertas y las calidades de los oferentes se realice en un mismo acto), o múltiple (si la comparación de la calidad de los oferentes, los antecedentes empresariales y técnicos, la capacidad ecuménica financiera, las garantías, las características de la prestación y el análisis de los componentes económicos, se realice mediante dos o mas fases de evaluación) —conforme arts. 26 del decreto delegado y18 del decreto reglamentario—.

*Licitación o concurso abreviado (privado)*

La licitación o concurso es abreviado (o privado) cuando el llamado está dirigido a personas inscriptas en la base de datos que lleva la Oficina Nacional de Contrataciones (es decir, el Sistema de Información deIiroveetiores), y siempre que el monto de la contratación no supere' et que se fije por idglathentacion.

Pero, *,ert que casos procede el tramite abreviado o privado?* Según el decreto 1023/01, el proceso es público cuando el monto del contrato supere ciertas sumas, de modo que *solo puede ser privado cuando estas sean inferiores.* En tal sentido, el decreto reglamentario establece: "licitación privada o concurso privado hasta Ochocientos módulos
(NI 800)".

*Subasta publica*

El proceso de subasta es un método público de venta y compra de bienes, y se hace al mejor postor. Cuando procede la subasta pública? En caso de compras y ventas de bienes inmuebles, muebles y semovientes por el Estado.

Dice el decreto 1023/01 que este trámite debe aplicarse preferentemente sobre el procedimiento de contratación directa, y siempre —claro— que la subasta sea posible.

*Contratación directa*

Los casos de contrataciones directas son, seglin el marco jurídico general (decreto delegado 1023/01), los siguientes:

1) Cuando el monto no supere aquel que se fije por vía reglamentaria y no sea posible aplicar otro procedimiento de selección, seglin las normas vigentes. A su vez, el decreto reglamentario dispone clue "será suficiente que el inonto presunto del contra-
to no supere el máximo fija do", esto as, hasta doscientos módulos (M 200).

2) En el caso de realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas, cuya ejecución solo puecla ser hecha por ciertas empresas, artistas o especialistas (criterio de especialidad).

3) Cuando se trate de la contratación de bienes o servicios "cuya venta fuere exclusiva... o que solo posea una determinada persona físico o jurídica", siempre que no existan sustitutos convenientes.

4) Cuando las licitaciones o concursos hubiesen fracasado o sean declarados desiertos por segunda vez.

5) Por razones de urgencia o emergencia, según circunstancias objetivas que impidan la realización de otros procedimientos de contrataci6n. En tal caso, el llamado debe ser aprobado por la autoridad máxima de la jurisdicción o entidad de que se trate.

6) Las contrataciones secretas por razones de seguridad o defensa nacional, cuya declaración compete con catheter excepcional e intransferible al Poder Ejecutivo.

7) Las reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y —además— esto resulte mas oneroso que el propio arreglo.

8) Las contrataciones de los Órganos o entes estatales entre Si, o con organismos provindales o municipales y la Ciudad de Buenos Aires, y con empresas y sociedades de participación mayoritaria del Estado; siempre que tengan por objeto la prestación de servicios de seguridad, logística o salud.

9) Los contratos que celebre el Estado con las Universidades Nacionales.

10) Los contratos que se celebren con las personas físicas y jurídicas inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Des airollo Local y Economía Social, con o sin financiamiento estatal.

*El llamado*

Este acto supone que el órgano competente —en el marco del plan anual de contratantes— ya Eligio el procedimiento de selección del contratante y apr be, los pliegos de bases y condiciones particulares y, como paso sigue te, decide convocar a los oferentes.

*El llamado o convocatoria debe realizarse mediante el dictado de un acto administrativo* en los términos del artículo 7 de la ley 19.549, *y* cumplir *con el régimen de difusión y publicidad, seem los modos y plazos que establecen el decreto delegado y su decreto reglamentario.*

Por ejemplo, en el caso de las licitaciones públicas, se deben publicar avisos en el Boletín Oficial por dos días; difundir en el sitio de Internet; enviar comunicaciones a las asociaciones de proveedores; y, por invitar a por lo menos cinco proveedores del rubro.

*La presentación de las ofertas*

Luego del llamado comienza a correr el plazo en el que los interesados deben presentar sus ofertas (es decir, sus propuestas de contratación), hasta el día y hora fijados en el acto del llamado. En tal sentido, las ofertas que *se* presenten fuera de termino, aun cuando no se hubiese iniciado el acto de apertura de estas, deben ser rechazadas.

*La apertura de las ofertas*

La apertura de las ofertas debe realizarse en acto público en el lugar, día y hora determinado, con participación de cualquiera que tenga interés en presenciar el acto.

Una vez vencido el término de recepción de las ofertas, no pueden recibirse otras, aun cuando el órgano competente no hubiese iniciado el acto de apertura de los sobres.

En el *acto de apertura,* la autoridad competente debe labrar el acta correspondiente haciendo constar: el número de orden asignado a cada oferta; el nombre de los oferentes; el monto de las ofertas; el monto y tipo de garantías que hubiesen presentado los oferentes; y, por Ultimo, las observaciones.

 *La adjudicación*

En primer lugar, el texto del decreto 1023/01 es muy claro en tanto dice que "la adjudicación deberá realizarse a favor de la oferta más conveniente para el organismo contratante, teniendo en cuenta" el precio, la calidad, la idoneidad del oferente y las otras condiciones de la oferta.

*El perfeccionamiento del contrato*

El decreto 1023/01 dispone que el contrato queda perfeccionado "en el momento de notificarse la orden de compra o de suscribirse el instrumen.to respectivo, en los plazos y con las modalidades que determine la reglamentación".

**La finalidad** de **los contratos**

La finalidad que persigue el Estado por medio de los contratos administrativos es alcanzar "los resultados requeridos por la sociedad... coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración", según el texto del artículo 1 del decreto 1023/01.

*Cabe aplicar la excepción de incumplimiento contractual en el Derecho*

El decreto 1023/01 establece que el empresario tiene "la obligación de cumplir las prestaciones por si en todas las circunstancias, salvo... incumplimientos... de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

El Código Civil y Comercial en su artículo 1061 dice que "el contrato debe interpretarse conforme a la intención Comín de las partes y al principio de buena fe".

A su vez, el Código establece las siguientes reglas interpretativas respecto de los contratos:

*I. La interpretación gramatical.* Pues bien, "debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad", siempre que exista una disposición legal o convencional que establezca "expresamente una interpretaci6n restrictiva" (art. 1062, CCyC);

*2. La interpretación gramatical, según el criterio del lenguaje natural.* En efecto, "las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general.

3. *La interpretaci6n contextual o sistemcitica.* Así, "las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto" (art. 1064, CCyC);

*4. La interpretación histórica.* "Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideraci6n: a) las circunstancias en que se celebr6, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta
de las partes, incluso la posterior a su celebración".

5. *La iatermtacion,fipalista: /a conservación del contrato y la igualdad entre las partes.* Así, "cuando el significado tie las *pa*labras interpretado contextualmente no es suficiente, se debe tom.ar en consideración:..

**El cumplimiento de las obligaciones**

El Estado debe básicamente —como ya hemos dicho— pagar el precio convenido en el plazo pactado; recibir los bienes o servicios; y, en su caso, recomponer el contrato.

Por su parte, el contratista debe cumplir con el objeto o prestando en el plazo convenido; dar las garantías del caso; recomponer el contrato; y ejecutarlo por Si mismo, salvo casos de excepción y con autorización del Estado contratante.

**La excepción de incumplimiento contractual**

*Cabe aplicar la excepción de incumplimiento contractual en el Derecho*

El decreto 1023/01 establece que el empresario tiene "la obligación de cumplir las prestaciones por si en todas las circunstancias, salvo... incumplimientos... de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato".

En estas circunstancias, el particular —además" de oponer tat excepción— debe reconvenir por rescisi6n contractual, en raz6n del incumplimiento de las obligaciones contractuales del Estado.

Tengase presente que el Estado puede —por sf solo— rescindir el contrato por culpa del contratista, y ejecutar directamente el contra-
to, por 510 por otro.

Habitualmente el Estado recorre este camino, sin perjuicio de que puede exigir el cumplimiento del contrato —por si mismo o, cuando ello no sea posible, por medio del juez—. En este supuesto, el particular solo puede oponer la excepci6n cuando el incumplithiento del Estado haya tornado imposible el acuerdo. De todos modos, incluso en
este contexto, el objeto central bajo debate es la rescisión contractual más que la excepción de incumplimiento.

La modificación del contrato por razones ajenas a las partes (revisión contractual)

En ciertos casos, el contrato es modificado por decisión de las partes contratantes`. PEiicaso, cuando estado resuelve a Iterar èl6bjdto" (montos) o prorrogar el plazo del contrato.

Sin embargo, cierto es .que existen hechos o circunstancias ajenas a las partes que constituyen causales de modificación contractual. Cabe aclarar que estas circunstancias, tal como veremos luego, pueden constituir simple mente hechos modificatorios del contrato o, en ciertos casos, extintivos del vínculo.

 *El hecho del príncipe*

, Que es el hecho del príncipe? Es un acto u omisión de las autoridades públicas de carácter imprevisible que incide en el trámite de ejecución del contrato. Es importante remarcar que las conductas estatales constitutivas del hecho del príncipe no son propias del sujeto contratante sino de otros poderes, árganos o entes del Estado.

'Así, el hecho del príncipe puede tratarse de un acto de alcance general' O"paiticOlar de cualquier órgano o ente no contratante del EitaddIiero dé igual orden jurídico (es decir nacional, provincial o municipal).

*La teoría de la imprevisión*

*La* teoría de la imprevisión consiste en la existencia de hechos extraordinarios, imprevisibles, sobrevivientes y ajenos a las partes que prodncen un excesivo sacrificio para cualquiera de estas en el marco de la relación contractual. Es decir, hechos imprevistos e imprevisibles por las partes contratantes al momento de celebrarse el contrato. Habitualmente *el hecho es de carácter económico.*

*LA Extinción DE LOS CONTRATOS*

El contrato se extingue obviamente cuando las partes cumplen con el objeto o, en su caso, por el vencimiento del plazo.

a) la *7..evocaciOn* es el acto estatal que extingue el contrato por razones de oportunidad, merito o conveniencia, o por cuestiones de ilegitimidad (vicios del acuerdo);

b) la *rescisión* es el acto de extinción por culpa de alguna de las partes o por acuerdo entre estas; y, por último,

c) la *resolución* es la extinción por hechos extratios a las partes esto es, imprevisión, caso fortuito o hechos del príncipe).

Analicemos estos conceptos por separado.

La resolución contractual por caso fortuito o fuerza mayor

Par su lado, el decreto delegado 1023/01 señala que el contratante esta obligado a cumplir con las prestaciones por sf mismo y en todas las circunstancias "salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural... de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato" (art. 13, inciso c).

La **resolución del contrato por actos del Estado no contratante (hecho del príncipe)**

**En este punto** es necesario distinguir entre los actos del Estado
contratante y los actos de otros Órganos o entes del Estado. Así, cuan**do el incumplimiento es causado por cualquier otro órgano, ente o poder estatal, entonces, el caso debe ubicarse en el marco del *hecho del príncipe*** como hecho impeditivo **del** cumplimiento de las obligaciones. Es decir, en este supuesto, existe imposibilidad de ejecución contractual, liberándose al deudor, siempre que el hecho hubiese resultado imprevisible.

El Estado debe indemnizar en caso de resolución contractual por hechos del príncipe, pero cuál es el alcance de la reparación? Desde el análisis de los precedentes de la Corte es posible inferir que el alcance de la indemnización pore! hecho **del príncipe debe ser pleno; de modo que comprende el daño emergente y el lucro cesante.**

Imprevisión

Otro supuesto de resolución del contrato por hechos ajenos —extraordinarios e imprevisibles— es la teoría de la imprevisión que, en principio, obstaculiza o dificulta su cumplimiento pero que, en cierto caso puede tonarlo de ejecución imposible.

La revocación por razones de oportunidad, merito o conveniencia

Como ya hemos visto el Estado puede unilateralmente extinguir el contrato por razones de oportunidad, merito o conveniencia, en cuyo caso el contratista tiene derecho a indemnización, pero no puede reclamar —en principio— el lucro cesante.

Así, el artículo 12 del decreto 1023/01 establece expresamente que "la revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, merito o conveniencia, no generard derecho a indemnización en concepto de lucro cesante".

 La revocación por razones de ilegitimidad

En este caso, el Estado decide resolver el contrato por los vicios que este tiene en sus orígenes, o por aquellos que sobrevienen en su desarrollo. El contrato es, entonces, nub o y es necesario extinguirlo y expulsarlo así del mundo jurídico.

**La rescisión** por incumplimiento de las obligaciones **del contratista**

En este caso, cuando el contratista no cumple con sus obligaciones, el Estado debe extinguir el contrato —sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial—, y con las siguientes consecuencias:

a) la perdida de las garantías del cumplimiento del contrato; la responsabilidad del contratista por los claims causados al Estado, en particular con motivo de la celebraci6n del nuevo contrato; y los otros gastos a cuenta del proveedor (art. 123 del decreto reglamentario). Por ejemplo, Si el contratista cede el contrato, sin el consentimiento del órgano competente, entonces el Estado debe rescindir el contrato de pleno derecho y sin necesidad de interpelación.

La rescisión del contrato por razones imputables al Estado

Este supuesto nace cuando el Estado no cumple con sus obligaciones contractuales, es decir, el incumplimiento del contrato es por hechos propios del Estado en el marco contractual.

**UNIDAD 8**

**EL PROCEDIMIENTO**

El procedimiento administrativo es el conjunto de principios y reglas que sigue el Poder Ejecutivo, por medio de actos preparatorios y actuaciones materiales, con el objeto de expresar sus decisiones.

Así, las decisiones del Estado se llevan a cabo formalmente por medio de procedimientos reglados y obligatorios impuestos por el legislador (procedimientos administrativos).

Es decir, el procedimiento es un modo de elaboración de las decisiones estatales y constituye —a su vez— un limite al ejercicio del poder estatal.

Así, pues, el sentido y finalidad que persigue el procedimiento administrativo comprende dos aspectos distintos y sustanciales.

Por un lado, garantizar los derechos de las personas que interactúan con el Estado porque a través del procedimiento se controvierten y hacen valer los derechos. Cabe recordar que el procedimiento administrativo se construy6 con los principios propios del proceso judicial (entre otros, los postulados de contradicción y defensa de las partes).

Por el otro, el procedimiento persigue asegurar la legitimidad, racionalidad, acierto y eficacia de las conductas y decisiones estatales mediante el cumplimiento de ciertas reglas (per caso, la intervención de las áreas técnicas competentes), de modo de obtener el resultado legítimo y, asimismo, más conveniente a los intereses del propio Estado.

Finalmente, creemos necesario recordar que el órgano competente para regular el procedimiento administrativo es el Poder Legislativo. Es decir, el dictado de las reglas sobre el procedimiento administrativo es competencia del órgano() deliberativo cu nuesiao sistema institucional.

|  |  |
| --- | --- |
| ***Proceso****Es la institución jurídica donde se busca satisfacer las prestaciones del órgano estatal instruido, es la instancia ante el tribunal, cuando existan diferencias de actos jurídicos.* | ***Procedimiento****Es el conjunto de formas de actos regulados por el derecho en donde participa la administración pública y los particulares, en caso de no cumplir con las finalidades y se violenten las garantías individuales se puede tramitar juicio de amparo.* |

LOS ASPECTOS DEL PROCEDIMIENT9 VII.

Los principios

El artículo 1 de la LPA establece los principios generales del procedimiento administrativo.

Sin embargo, cuando el Estado, en el marco de un procedimiento dado *no persigue directamente intereses colectivos,* es el particular quien debe impulsarlo y —consecuentemente— aquí si procede el instituto de la caducidad. De todos modos, aún en tales supuestos, no cabe aplicar el instituto de la caducidad en los siguientes casos:

1) cuando se trate de trámites relativos a la seguridad social; 2) los tramites que, segtin el Estado, deben continuar por sus particulares circunstancias; y, por último, 3) los tramites en que este comprometido un interés colectivo que sobrevino luego de iniciado el procedimiento (artículo 1, inciso e, apartado 9).

Finalmente, cabe aclarar que el Estado por medio del procedimiento persigue el conocimiento de la *verdad real* (es decir, la verdad objetiva o llamémosle material), y no simplemente de la verdad formal.

Por su parte, el decreto reglamentario establece —en sentido coincidente—, que el órgano instructor puede, mediante :resolución fundada, requerir los informes y dictámenes que considere necesarios para el "establecimiento de la verdad jurídica objetiva".

Oficialidad, Impulsión e instrucción de oficio

El postulado de impulsión e instrucción de oficio establece que el Poder Ejecutivo debe instar el trámite por statism°, impulsarlo, darle curso y avanzar hasta su resolución, aun cuando la parte interesada no lo hiciese.

Entonces, el Ejecutivo debe impulsar el procedimiento, por -medio de la ordenación y ejecución de las medidas que considere pertinentes, con el objeto d descubrir la verdad objetiva y concluir el trámite.

Así, el decreto reglamentario ordena que las actuaciones administrativas deben ser impulsadas por el órgano competente, sin perjuicio de que el interesado también puede instarlas

*La celeridad, economía, sencillez y eficacia*

El art. 1 de la LPA consagra como requisito gene -al y básico del procedimiento administrativo la "celeridad, económica:, sencillez y eficacia en los tramites...". Sin embargo, la ley no aclara (.uái es el contenido de estos conceptos jurídicos.

El principio de *celeridad* supone rapidez e inmediatez en el desarrollo y resolución de las actuaciones y, en tal sentido, las normas establecen dos herramientas. Por un lado, la incorporación de *plazos breves* respecto de las actuaciones del Estado e, incluso, *sanciones* a los agentes responsables en caso de incumplimiento de tales términos. Por el otro, la regulación del instituto del *silencio,* de modo que el vencimiento de los plazos debe interpretarse como rechazo de las pretensiones de las personas.

A su vez, el principio de *economía* significa lograr los objetivos con el menor costo posible.

*El principio del informalismo a favor del particular*

Según este postulado, el particular esta excusado de observar las *exigencias formales no esenciales siempre* -que puedan ser so lvadas posteriormente.

Entonces:

a) el principio establece que el trámite es válido, aun cuando el interesado no cumpliese con las exigencias (formas no esenciales);

b) el principio solo comprende la actividad del particular en el marco del procedimiento administrativo, pero no el desempeño del Estado; y, por último,

c) estas exigencias formales no esenciales deben cumplirse posteriormente.

*Debido Proceso*

A) El derecho a set. Oído. El titular de un derecho o interés debe tener la posibilidad de exponer sus pretensiones y explicar sus razones.

B) El derecho a ofrecer y producir prueba, y controlar la prueba producida. El particular puede ofrecer todos aquellos medios probatorios de que intente valerse y el Estado, en su condición de instructor del procedimiento, debe resolver sobre la procedencia o no de tales medios. A su vez, el rechazo de los medios probatorios por el instructor debe ser justificado.

C) El derecho a una decisión fundada. Una decisión fundada exige que el Estado resuelva los principales planteos del interesado.

D) El derecho a una decisión en un tiempo razonable y oportuno. Las personas tienen derecho a una decisión en tiempo oportuno, es decir, el Estado no solo debe decidir y explicar cuáles son las razones de sus decisiones, sino que debe hacerlo en plazos razonables.

E) El derecho a recurrir las decisiones estatales. El derecho a recurrir supone el acceso de las pastes ante un Órgano imparcial e independiente, en **términos sencillos y plazos** razonables.

LOS PROCEDIMIENTOS DE LAS IMPUGNACIONES DE LAS DECISIONES ESTATALES

Creemos que los *pilares básicos* del modelo de impugnación son, por un lado, el *contenido sustancial de las pretensiones* del particular y, por el otro, el *objeto de impugnacion.*

Así, las personas deben primero cuestionar las conductas estatales en el andar iyel administrativa, y solo después en las vías judiciales.\_ ,,

Además, la impugnación ante el propio Ejecutivo debe hacerse, según el régimen Vigente, en plazos breves y obligatorios.

El argumento es la posibilidad del Poder Ejecutivo de revisar- sus propios actos y rever así sus decisiones. También se dice que el sentido de este instituto es permitir el control por parte de los órganos superiores de la actividad de los inferiores; *y* crear, además, espacios de conciliación entre el Estado y los particulares.

Este privilegio o prerrogativa estatal conociclo técnicamente como *el agotamiento de las vías administrativas* plantea varias cuestiones controversiales:

1. Les constitucional el carácter obligatorio del trámite de impugnacion ante la propia Administración, como paso previo al acceso y control judicial de las conductas del Ejecutivo?;

2) El carácter breve y perentorio de los plazos de impugnación es constitucional?;

3) El trámite previo de impugnación supone el carácter meramente revisor de la instancia judicial posterior, limitándose consecuentemente el alcance del control de los jueces?

Creemos que este privilegio estatal de agotamiento de las vías administrativas debe interpretarse a la luz de los derechos de las personas; en especial, el derecho de defensa y sus aspectos mas relevantes, a saber, el control judicial de los actos estatales y el principio *pro ocelot?.*

Así las cosas, entendemos que el agotamiento de las vías administrativas como principio, y en razón de su carácter obligatorio y de sus plazos *breves e irreversibles,* constituye una restricción al acceso a la justicia que debe ser tachado por inconstitucional.

 El cuadro introductorio

Creemos conveniente, por razones de claridad, describir aquí el *cuadro compuesto por el instrumento procesal y el objeto e impugnación (conductas estatales)* —esto es, el planteo clásico sobre el tema bajo estudio—, y no así desde el lugar de las pretensiones y derechos de las personas como proponemos más adelante.

1. El reclamo administrativo previo (vía o remedio procedimental) se corresponde con las omisiones estatales (objeto).

2.Los recursos administrativos (vías o remedios procedimentales) con los actos administrativos de alcance particular (objeto); y, finalmente,

3.El reclamo del art. 24, LPA, (vía o remedio procedimental) es el camino de impugnación de los actos administrativos de alcance general (objeto).

Por Ultimo, es conveniente referirnos brevemente a los *plazas* en cada una de las hip6tesis planteadas anteriormente. Luego, volveremos sobre estas cuestiones. Veamos.

1. El reclamo administrativo previo. Plazo para su interposición: la ley no prevé plazo alguno. Plazo para su resolución por el Estado: noventa días más pronto despacho y, luego, cuarenta y cinco días. Plazo para impugnar en sede judicial: 90 días hábiles judiciales.

b) Los recursos administrativos. Plazo para su interposición: diez o quince días hábiles administrativos. Plazo para su resolución: treinta días. Plazo para impugnar judicialmente: noyenta días hables judiciales.

c) El reclamo del artículo 24, LPA. Plazo para su interposición: la **ley no prevé** plazo alguno. Plazo para su resolución: sesenta **días. Plazo para** su impugnación en sede judicial: noventa días hables judiciales.

Tal como ya hemos dicho, la ley establece COMO principio general el agotamiento de las vías adrninistrativas. Es decir, cuando cualquier particular intente cuestionar las decisiones estatales debe liacerlo primero ante el Poder Ejecutivo —a trabes de los mecanismos que prevé la propia ley y su decreto reglamentario—, y solo luego ante el juez.

El camino de impugnación ante el Ejecutivo, que es el autor de la conducta objeto de cuestionamiento, es conocido come el instituto del agotamiento de las vías administrativas y es —claramente— tin privilegio del Estado de carácter exorbitante en comparación con el Derecho Privado.

Así, el interesado no puede ocurrir ante el juez, si antes no interpuso los recursos o reclamos del caso y, consecuentemente, no recorrió los carriles administrativos.

***El principio en el ámbito federal nace del artículo 30 de la LPA*** que dice textualmente que: "el Estado nacional o sus entidades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin previo reclamo administrativo dirigido al Ministro o Secretaria de la Presidencia o autoridad superior de la entidad autárquica, salvo cuando se tratare de los supuestos de los artículos 23y 24".

Pues bien, los supuestos que están excluidos del artículo 30, LPA, son los casos de impugnaci6n de los actos de alcance particular y general; el silencio; los hechos; y las vias de hecho. Y, a su vez, otros que están regulados en el artículo 32 —LPA—, entre ellos, el reclamo por daños y perjuicios por responsabilidad estatal extracontractual.

En sintesis:

a) el principio es el agotamiento de las vias administrativas, por medio del reclamo administrativo previo (artículo 30, LPA);

b) en ()nos casos as necesario agotar, pero a naves de unas vías, a saber: los actos administrativos de alcance particular por recursos administrativos (articulo 23, LPA); y los actos de alcance general por reclamo (articulo 24, LPA),

c) las excepciones respecto del agotamiento de las vías adrninistrativas son la siguientes (es decir, no necesidad de ir por las vías administrativas): 1) el reclamo por responsabilidad extracontractual artículo 32, EPA); 2) cuando se trate de repetir lo pagado al estado en virtud de una ejecución o repetir un gravamen pagado indebidamente (artículo 32, LPA); 3) los hechos (artículo 25, inciso d) y articulo 32); 4) las vías de hecho (artículo 23, inciso d) y articulo 25, inciso d); y 5) el silencio (artículo 23, inciso c).

En consecuencia, el criterio básico es *el agotamiento de las instancias administrativas con alcance previo y obligatorio.*

**Las pretensiones de impugnación de los actos administrativos de alcance particular**

Ya hemos dicho que el principio general que prevé el artículo 30, LPA, está acompariado por varias excepciones. Una de estas excepciones es el trámite de impugnación de los actos de alcance particular, en cuyo caso deben agotarse las vias administrativas; pero no por el camino del reclamo (artículo 30, LPA), sino por media de los recursos administrativos (artículo 23, LPA).

***El régimen general de los recursos***

El Título VIII del decreto reglamentario de la LPA regula, en especial, los procedimientos de impugnación de los actos estatales de alcance particular. En este caso, es necesario agotar las vías administrativas por media de los recursos que prevé el propio decreto reglamentario.

Puntualmente, el decreto dice que "los actos administrativos de alcance individual, así coma también los de alcance general, a los que la autoridad hubiera dada o comenzado a dar aplicación, podrán ser impugnados por media de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente Título..." (articulo 73, RLPA).

Con mayor precisi6n, cabe señalar que el recurso procede contra los actos administrativos definitivos y de mero trámite que lesionen derechos subjetivos e intereses legítimos; pero no es posible recurrirlos actos preparatorios, informes y dictámenes por más que fuese, obligatorios y su efecto sea vinculante.

El escrito de presentación de los recursos debe cumplir con los mismos requisitos que cualquier otro escrito.

A su vez, en et emite() de interposición del feCtliso deben ofrecerse *los inicios de prueba de* que intente valerse el recurrente, y acompaña la prueba documental que tuviese en su poder a indicar donde se encuentran los documentos. Una vez producida la prueba, se dará vista por cinco días a la parte interesada para opinar y alegar sobre el valor y merito de la prueba colectada.

Por su parte, *el recurso mat calificado, con defectos formates insustanciales o deducido ante órgano incompetente por error excusable* interrumpe el c:urso de los plazas y debe ser corregido por el propio Poder Ejecutivo. En efecto, "los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les de, cuando resuite indudable la impugnación del acto administrativo". En particular, el recurso) mal calificado o no calificado debe ser considerado por el operador coma recurso jerárquico. ,Por que? Porque este es el que agota las vías administrativas.

*Quienes pueden interponer los recursos administrativos?* Los recursos pueden ser deducidos —según el texto del decreto— por los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos. Este aspecto es sustancialmente diferente del proceso judicial porque, tal coma explicamos antes, este exige la titularidad de derechos subjetivos coma presupuesto de la jurisdicción.

Cuáles son *los motivos o fundamentos de la impugnación* de los actos a través de los recursos? El recurso administrativo puede fundarse en las siguientes razones: 1) la ilegitimidad; o 2) la inoportunidad, falta de mérito o inconveniencia del acto impugnado.

cuál es *el órgano competente para su resolución?* Aquel que establece el decreto en cada caso particular (esto es, el órgano que dicto el acto a el superior jerárquico). Cabe aclarar que cuando el interesado impugne actos de alcance general, por media de actos individuales dictados en aplicación de aquellos, el órgano competente para resolver el reclamo es el que dicta el acto general, sin perjuicio de su presentación ante el Órgano de aplicación que dicta el acto particular.

*Los plazos para plan tear los recursos son obligatorios y breves,* y sabemos también que —luego de su vencimiento— el interesado pierde el derecho de articularlos. Más claro aim, si el particular no planteo.

El órgano cornpetente cuando *resuelve* el recurso puede:
 1) desestimarlo; o

1. aceptarlo. En este caso, seglin las circunstancias del caso, es posible sanear el acto, revocarlo, modificarlo o sustituirlo.

*El recurso de reconsideración*

Este recurso tiene por objeto la impugnación de los actos definitivos, asimilables a definitivos, e interlocutorios o de mero trámite, que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos, sea por razones de ilegitimidad o inoportunidad.

Cabe señalar que el *acto definitivo* es aquel que resuelve la cuestan de fondo.

El recurso de reconsideración también procede, además de los actos definitivos, asimilables a estos o de simple trámite, contra *las decisiones que dicte el Presidente, el jefe de gabinete, los rWnistros y los secretarios de la Presidencia con rango ministerial,* en la resolución de los recursos administrativos. Es decir, el objeto de este recurso() no es solo el acto dictado por cualquier Órgano estatal, sino también el acto que resuelve el recurso jerárquico.

Los *sujetos* legitimados son —igual que en cualquier\_ otro recurso— los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, tar como prevé el decreto, debiéndose incorporar —seg6n nuestro criterio— a los titulares de derechos colectivos.

El *plazo* para interponer el recurso de reconsideración es de diez dins hábiles administrativos, ante el Órgano que dict6 el acto que es, a su vez, quien debe resolverlo.

Cual es el plazo para resolver el recurso? El órgano competente debe hacerlo en el plazo de treinta thas hábiles administrativos y, vencido este término, no es necesario que el particular presente pedido de pronto despacho, sino que el vencimiento sin resolución del órgano debe interpretarse —lisa y llanamente— como rechazo del recurso.

Por su parte, el plazo para resolver debe contarse a partir del din siguiente al de la interposición del recurso; salvo que el órgano competente hubiese ordenado la producción de medios probatorios, en cuyo caso el plazo debe computarse desde que se presentó el alegato o, si la parte no aleg6, desde que venci6 el plazo para hacerlo.

Este recurso tiene una *peculiaridad* y es que, en caso de rechazo, debe interpretarse por mandato legal que el interesado interpuso e *recurso jerárquico de modo subsidiario.*

*Recurso de alzada*

El recurso de alzada es consecuencia del nexo de control o tutela entre lo órganos centrales y los entes estatales.

Procede entonces contra los actos dictados por los órganos superiores de los entes descentralizados autárquicos.

La LPA y su decreto reglamentario regulan el régimen de impugnación de los actos dictados por estos órganos, pero no así los actos dictados por los órganos inferiores de estos.

En el marco del trámite de impugnación de un acto dictado por un órgano inferior de un ente descentralizado, es necesario analizar el régimen propio del ente y, si este no establece cómo hacerlo, entonces debemos ir por el régimen general de la LPA y su decreto -el agotamiento de las instancias administrativas por medio del recurso jerárquico resuelto por el órgano superior del ente-.

Luego, el siguiente paso es volver al ámbito de aplicación del recurso de alzada -LPA-; y alli ya no es necesario agotar las vías mediante su interposición, sino que el interesado puede ir directamente al terreno judicial.

Los sujetos legitimados son el titular de derechos subjetivos o intereses legítimos, debiéndose incorporar a los titulares de derechos colectivos.

El recurso debe interponerse ante el órgano superior del ente descentralizado autárquico, quien debe elevarlo ante el órgano competente de la administración centralizada, para su resolución. El órgano que debe resolverlo es el secretario, ministro o secretario de Presidencia, en cuya jurisdicción actúe el ente descentralizado.

El plazo para presentarlo es de 15 días hábiles administrativos contados a partir del siguiente día al de la notificación del acto que el interesado pretende impugnar, y el plazo para su resolución es de 30 días hábiles administrativos.

Si bien los recursos, en general, proceden por razones de ilegitimidad o inoportunidad, en este marco es necesario hacer la siguiente distinción:

1. en el caso de los entes creados por ley del Congreso, en ejercicio de facultades constitucionales, el recurso solo procede por cuestiones de ilegitimidad; y el órgano revisor debe limitarse a revocar el acto y sólo, excepcionalmente, modificarlo o sustituirlo por otro.
2. en el caso de los entes creados por decreto del Poder Ejecutivo, el control es amplio, como si se tratase de cualquier otro recurso (es decir que este procede por razones de ilegitimidad e inoportunidad).

El recurso de alzada es optativo y no obligatorio para agotar las instancias administrativas. Es decir, el interesado puede ir directamente a la vía judicial.

De todas maneras, si el particular interpuso el recurso puede desistir de él y, luego, intentar la vía judicial; aunque si opto por este último camino, no puede volver sobre las instancias administrativas.

*El recurso de queja*

Dice la ley que "podía ocurrirse en queja ante el inmediato superior jerárquico contra los defectos de tramitación e incumplimiento de los plazos legales o reglamentarios en que se incurrir re durante el procedimiento y siempre que tales plazos no se refieran a los fijados para la resolución de recursos".

El interesado debe presentar la queja ante el superior jerárquico, quien debe resolverla en el plazo de cinco días y sin traslado, agregándose el informe del órgano inferior —si fuese necesario— sobre las razones de la tardanza. Cabe atiadir que la resolución del superior no
es recurrible. Por su parte, el decreto 1883/91 incorpora el concepto de que, en ningún caso, debe suspenderse la tramitación del procedimiento principal.

Por último, si el superior hace lugar a la queja, deben iniciarse las actuaciones tendientes a deslindar la responsabilidad del agente presuntamente responsable por el incumplimiento de los tramites y plazos y, eventualmente, aplicarle la sanción correspondiente.

*El recurso de revisión*

En que casos puede interponerse el recurso de revisión? Dice la LPA que el presente recurso procede:

a) cuando resulten *contradicciones en la parte dispositiva* —háyase pedido o no su aclaración—; en tal caso el recurso debe interponerse en el plazo de diez días desde la notificación del acto. En verdad, en este caso, el acto objeto de revisión no está firme;

b) cuando después de dictado el acto se recobraren o descubrieren documentos decisivos cuya existencia se ignoraba o no se pudieron presentar como medios probatorios por fuerza mayor o por terceros; de modo que el interesado °bre con diligencia, pero no pudo presentar oportunamente documentos relevantes para resolver el caso. En este supuesto, el recurso() debe plantearse en el término de treinta días contados a partir de que el particular recobr6 o conoci6 los documentos o, en su caso, desde el cese de la fuerza mayor o de la conducta del tercero;

c) cuando el acto hubiese sido dictado basándose en documentos cuya declaraci6n de falsedad se desconocía o se hubiere declarado después de dictado el acto; debiéndose presentar el recurso en el plazo de treinta días desde que se comprob6 en legal forma la falsedad de los documentos o se conoci6 tal circunstancia; y

d) cuando el acto hubiese sido dictado mediando cohecho, prevaricato, violencia o cualquier otra maquinación frauduknta o grave irregularidad. En este caso, el plazo de interposición también e4 de treinta días, contados a partir de la constatación legal de los hechos irregulares o delictivos antes descritos.

El recurso debe interponerse ante el órgano que dicto el acto, pero debe ser resuelto por el Órgano superior, más aun teniendo en consideración que ciertos supuestos dle revisión comprenden actos irregulares o delictivos con participación del propio agente estatal*.*

*LOS recursos extemporáneos. La denuncia de ilegitimidad*

El interesado, según la LPA, no tiene derecho a interponer los recursos administrativos luego de vencido el plazo legal o reglamentado.

Es decir, el particular debe interponer los recursos en plazos breves y tatales con el propósito de agotar así las vías administrativas y —Si no lo hizo— ya no puede hacerlo.

En síntesis, si el interesado no recurre, el acto está firme y ya no puede ser revisado en sede administrativa, ni tampoco judicial. Por tanto, el aun simplemente debe ser cumplido. Los plazos son tan breves y las consecuencias tan graves que el propio legislador previo ciertas válvulas de escape.

Así, el planteo del recurso en términos extemporáneos —más alla del plazo normativo— es considerado, según la ley, como denuncia de ilegitimidad y debe tramitar como tal.

Pero, cual es la diferencia entre ambos institutos (es decir: el recurso interpuesto en el plazo previsto por las normas y la denuncia de ilegitimidad —recurso extemporáneo—)? En el caso del recurso administrativo, el Ejecutivo debe tramitarlo y resolverlo y, por su parte, el interesado tiene el derecho de recurrir, luego, judicialmente la decisión estatal.

Por su parte, en la denuncia de ilegitimidad, el Ejecutivo solo esta obligado a su tramitación y resolución siempre que, según su criterio, *no existan razones de seguriclucl jurídica que inipicki,, su impulso, o que el interesado haya excederlo razonables pautas temporales.*

Adem6s, los intérpretes y los propios jueces consideran que *las decisiones administrativas en el marco del trámite de la denuncia dc ilegitimidad no son revisables judicialmente. Y* este es —sin dudas— el aspecto más controversial.

*Las pretensiones de impugnación de los reglamentos*

La ley establece claramente dos supuestos de impugnación de los actos de alcance general.

Uri camino directo() de impugnación del reglamento (articulo 24, inciso a, ley 19.549) —llamado reclamo impropio—; y otro indirecto a través de los actos de aplicación de aquel (articulo 24, inciso b, ley 19.549). En el primer caso, el camino es el reclamo; y en el segundo los recursos administrativos ya estudiados.

Sin embargo, en este Último caso es necesario incorporar ciertos matices. El recurso() debe ser resuelto por el órgano que dicto el acto de alcance general, según surge del artículo 75 del reglamento, y si no fuese el Órgano máximo, deben interponerse los recursos del caso hasta agotar las instancias administrativas. Por el contrario, si se trata simplemente de la impugnación de actos de alcance particular, no coraprendidos en el inciso b) del artículo 24, LPA, el interesado debe inter-poner directamente el recurso jerárquico ante el 6rgano superior.

Por su parte, el *reclamo impropio* (inciso a] del articulo 24, LPA) no procede contra los actos de alcance particular que resulten ser aplicación de los actos de alcance general, sino solo contra estos tiltimos. A su vez, la ley *no prevé plazo* de impugnación en este caso.

PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El proceso contencioso administrativo es el trámite judicial que tiene por objeto impugnar las conductas estatales (acciones u omisiones) ante el juez —órgano independiente e imparcial respecto de las partes—, con el propósito de que revise su legitimidad y, en su caso, declare su invalidez o le obligue al Estado a reparar los daños causados.

*Es decir, una de las partes en este proceso (actor o demandado) es necesariamente el pro pio Estado.*

El principio que debe guiar y seguirse en el proceso contencioso es básicamente el derecho de defensa y control judicial en términos amplios, rapados y sencillos, con el objeto de reconocer los derechos.

A su vez, el derecho de defensa puede desgranarse por medio de *derechos instrumentales,* a saber: los derechos de acceso ante el juez, al proceso y a la resolución del caso.

*En primer lugar, el derecho de acceso al juez* está vinculado con el principio pro acción que exige que las normas procesales se interpreten del modo mas favorable posible --dentro del marco jurídico— por la admisión de la acción y la tutela judicial.

*En segundo higcn; el derecho al proceso,* esto es, el derecho de las personas a que sus pretensiones se tramite-n y resuelvan, según las norrnas preestablecidas. Este derecho comprende —a su vez— otros derechos instrumentales, entre ellos: los derechos a ofrecer y producir pruebas, al patrocinio letrado, al acceso y publicidad del -proceso y, por último, al proceso sin dilaciones.

*En tercer lugar,* las personas tienen *derecho a una decisión debidamente fundada* en los hechos y en el ordenamiento jurídico; y, finalmente, *el derecho de acceso a los recursos,* es decir, a la revisión de las decisiones.

* El mayor obstáculo al acceso judicial en el marco del proceso contencioso: el carácter revisor del proceso

El *earrieter estrictamente revisor del proceso judicial* sobre las decisiones estatales reduce notoriamente el control del juez por varias razones.

L En tanto el proceso judicial es simplemente *revisor* de las decisiones del Poder Ejecutivo, es necesario que este dicte con carácter previo el acto administrativo que exprese su voluntad. El argumento es simple: el juez solo puede revisar conductas estatales —actos administrativos—, ya que no es posible hacerlo sobre algo inexistente. En consecuencia, el particular debe obtener el acto estatal y solo, entonces, recurrir a las vías
judiciales.

2. En tanto el juez simplemente revisa las actuaciones previas que se siguieron ante el Ejecutivo, las pretensiones y las cuestiones accesorias del trámite —tales como los hechos, los medios probatorios y el derecho— deben plantearse primero ante el Ejecutivo y solo —en tal caso y en segundo lugar— intentarse su revisión judicial.

En conclusión, *el proceso contencioso administrativo y su carácter revisor deben plantearse y construirse desde las perspectivas de las pretensiones de las personas y sus derechos,* y no desde el objeto impugnado (est° es, las conductas estatales).

Este cuadro nos permite:

a) en primer lugar, desdibujar el carácter revisor con criterio limitado y restrictivo en el marco del proceso contencioso, y ampliarlo hasta el mayor extremo posible en el contexto normativo actual —revisión de pretensiones y protección de derechos—;

b) en segundo lugar, acumular las pretensiones del interesado en un mismo proceso, garantizando así los principios de celeridad y economía;

c) en tercer lugar, hacer mayor hincapié en los derechos de las personas y su acceso al ámbito judicial; y

d) en cuarto lugar, si bien es necesario plantear judicialmente las pretensiones y cumplir con los recaudos procesales del caso, no es imprescindible llevar puntualmente ante el juez un acto. De este modo, es posible abrir canales de acceso judicial con mayor simplicidad y amplitud.

 EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE

En efecto, *In LPA exige el cumplimiento de ciertos recaudos preliminares propios del trámite judicial.* Así, los art/cubs 25y 30, LPA, disponen el agotamiento de las vitas administrativas y el plazo en el que debe deducirse la impugnación judicial de las conductas estatales (plazo de caducidad de las acciones judiciales). Es decir, las condiciones de admisibilidad de las acciones contra el Estado.

Sin embargo, es obvio que estas disposiciones son absolutamente insuficientes ya que solo regulan aspectos sustanciales, pero preliminares del proceso judicial y —además—, como es fácil advertir, están insertas en un cuerpo normativo extrafio.

i,COmo debemos llenar este fuerte vacío normativo?

*En primer Lugar,* es necesario despejar ciertas cuestiones procesales que el legislador ya reglo. Así, ciertos aspectos del proceso contencioso han sido objeto de regulación de modo expreso, a saber:

a) las condiciones de admisión de la acci6n en el marco del proceso contencioso, esto es: (1) el agotamiento de las vías adrninistrativas; y (2) el plazo de caducidad en que deben interponerse las acciones contenciosas;

b) las medidas cautelares en los procesos en que el Estado es parte; y

c) el trámite de ejecución de las sentencias tal como veremos más adelante.

LAS CUESTIONES PROPIAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

 **La legitimación**

111.2. La competencia contencioso administrativa

Los criterios que utiliza el legislador para distribuir entre los jueces la potestad de resolver los conflictos son básicamente: a) los sujetos; b) el objeto; c) el territorio; y d) el grado del tribunal.

Ahora bien, cuál es la competencia del juez federal contencioso administrativo? La competencia puede ser fijada básicamente en razón del objeto (criterio material) o el sujeto (criterio orgánico).

De acuerdo al primero de ellos (material), la competencia es delimitada por la aplicación de las normas de Derecho Público (Derecho Administrativo) a la situación jurídica de que se trate, y su fundamento es el principio de especialización de los jueces. Así, el juez contencioso es un juez formado en el Derecho Administrativo y que solo ejerce su jurisdicción —básicamente— en los casos alcanzados por el Derecho Administrativo.

En cambio, si el *criterio* es *orgánico,* el alcance de la competencia del juez contencioso es el ámbito de actuación del sujeto (en este caso, el Estado Federal), con prescindencia de las materias en análisis. Es claro que este criterio favorece el principio de seguridad jurídica, pues es más sencillo definir los casos en que debe conocer el juez contencioso por el sujeto interviniente que si lo hacemos por el sendero de las materias.

Por elm10o.

a)  *los jueces federales civiles y comerciales* conocen sobre nacionalización y ciudadanía; responsabilidad extracontractual nor *mala praxis* en los hospitales públicos racionales; obras sociales; y programas de propiciad participada en los procesos de privatización de las empresas públicas;

b)  *los jaeces de In seguridad social* entícenle en las resoluciones y actos administrativos dictarlos por las Cajas Nacionales de Previsi 'n, Comisión Nacional de Previsión Social, Cajas Nacionale, de Subsidios Familiares y el Instituto Municipal de Previslih Social, entre otros;

c)  *los jueces laborales* conocen sobre las situaciones juddicas entre el Estado y sus agentes regidas por la ley 20.744;

d)  *los jueces civiles* son competentes en el conocimiento de las resoluciones del Director del Registro de la Propiedad Inmueble denegatorias de inscripciones o anotaciones definitivas en el Registro, y las resoluciones de la Inspección General de Justicia sobre las asociaciones civiles y fundaciones; y

e)  *los jueces comerciales* conocen sobre las resoluciones de la Comisión Nacional de Valores (ley 17.811), y ciertas resoluciones de la inspección General de Justicia.

En síntesis, el criterio debe definirse *contencioso administrativo federal entiende en todos los casos regidos por el Derecho Administrativo federal, salvo ciertas excepciones* que son excluidas de su conocimiento y llevadas ante otros jueces, aun cuando el caso judicial este regulado por esta rama del ordenamiento jurídico.

*La habilitación de la instancia*

La habilitación de la instancia constituye un trámite propio y especifico de los procesos contenciosos administrativos y, por ello, es desconocido en el ámbito de los otros procesos judiciales.

En que consiste este trámite? Las personas que inicien cualquier proceso judicial contra el Estado —proceso contencioso administrativo— deben cumplir con ciertas condiciones de admisibilidad. Por su parte, el juez debe verificar si se cumplió o no con tales recaudos.

Pero, *icutiles son las condiciones que el particular debe cumplir y el juez controlar?* Los presupuestos que condicionan el acceso judicial, según el régimen jurídico vigente, son: (1) el agotamiento de las vías administrativas; y (2) la interposición de la acción judicial dentro de un plazo perentorio (plazo de caducidad).

El particular interesado debe: a) interponer y trarnitar los recursos o recalarnos administrativos respecto vos ante el Ejecutivo y hacerlo en termino; y, luego, b) iniciar la acción judicial dentro del terrain° legal conocido corno plazo de caducidad.

cual es la consecuencia en caso de incumplimiento de cualquiera de estos recaudos? La ley entiende que las conductas estatales que no fueron recurridas en sede administrativa y judicial —en los términos legales y reglamentarios— están firmes y consentidas y, consecuenternente, ya no es posible impugnarlas.

Más claro a6n: si el particular no agot6 las vías administrativas de modo .correcto y en el plazo debido, entonces no es posible recurrir judicialmente.

El juez solo debe intervenir y dar curso al proceso si el particular cumpli6 con estos presupuestos. Es decir, las personas interesadas deben cumplir con ambos recaudos —el agotamiento de las vías y el plazo de caducidad—. En efecto, no es posible saltearse ninguno de ellos.

*El trámite de admisibilidad de las acciones judiciales contra el Estado*

El texto de la ley 25.344 —que modifico parcialmente la ley 19.549 (LPA)—, exige claramente que los jueces controlen de oficio, en el marco del proceso judicial, si las partes cumplieron con los presupuestos de habilitación. Es decir, el juez estci obligado a verificar por si raisin°, el cumplimiento del agotamiento de las vía- administrativas y ci plazo de caducidad\_

Veamos puntualmente

1, el juez debe remitir copia de la demanda y de la prueba documental que se hubiere acompañado por el actor por oficio a la Procuración del Tesoro;

2. el juez debe, luego, correr vista al fiscal para que se expida sobre la competencia del tribunal y la procedencia de la acci6n;

3. luego de contestada la vista por el fiscal, el juez debe expedirse sobre su competencia y, en particular, si la instancia judicial esta o no habilitada;

4. si el juez cree que es competente, pero no se cumplieron los presupuestos de habilitación de la instancia judicial, debe rechazar la acci6n;

5. por el contrario, si el juez entiende que el proceso esta debidamente habilitado, entonces debe correr traslado al Estado —Poder Ejecutivo— "por el plazo de treinta dias o el mayor que corresponda, para que se opongan todas las defensas y excepciones dentro del plazo para contestar la demanda".

*El agotamiento de la vía administrativa*

Una de las condiciones de admisibilidad de las acciones judiciales contra el Estado es que las personas legitimadas deben recurrir primero ante el propio Ejecutivo y, solo luego, ante el Poder Judicial. Este trámite es conocido teocráticamente como el agotamiento de las vías administrativas.

,C6mo hacer para agotar las vías administrativas y cumplir así con este trámite de carácter previo, obligatorio y necesario? La LPAy su decreto reglamentario establecen diversas vías, según el objeto de impugnación. Este bloque normativo prevé los distintos remedios
con el prop6sito, insistimos, de agotar las vías en el ámbito administrativo.

Cuáles son estos remedios? Hemos contestado este interrogante en el capital anterior sobre Procedimiento Administrativo.

*El plazo de caducidad*

En el Derecho Publico, el plaza de caducidad y su cumplimiento es el principio' general, mientras que el plaza de prescripción es solo excepciona. Así, solo en el marco de las excepciones no cone el plaza de caducidad, sino el de prescripción. Es decir, cuando no es necesario cum ir con el plazo de caducidad, entonces, nace el plazo de prescripción de las acciones.

Pues bien, en este contexto, es importante recordar en que casos no rage el plazo de caducidad de las acciones.

En primer lugar, cuando la ley —LPA— prevé expresamente excepciones respecto de este plazo. Así, el artículo 32, LPA, no exige el agotamiento de las vías administrativas ni tampoco el cumplimiento del pla7o de caducidad.

En segundo lugar, el plazo de caducidad tampoco corre en el caso de silencio de la Administración. En efecto, el texto del artículo 26 de la LPA dice que "la demanda podrá iniciarse en cualcititer-4nornento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el Arturo 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

*El computo de la plaza de caducidad*

Fl interrogante que intentaremos contestar en este apartado es *como debemos computar el plaza de caducidad. iCuo.1* es el punto de partida (es decir, el inicio del plazo)? Veamos los diferentes casos.

a) En el marco de los actos administrativos de alcance particular, el plazo de caducidad debe contarse desde la notificación del acto que agot6 las vías administrativas.

b) En el caso de los actos administrativos de alcance general, el plazo debe computarse desde que se notific6 el acto de rechazo del reclamo contra el acto de alcance general.

c) Tratándose de actos administrativos de alcance general cuestionados por medio de actos individuales de aplicación, el plaza comienza a contarse a partir del dúa siguiente al de la notificación del acto que agot6 las vías administrativas.

LAS ACCIONES ESPECIALES

*La acción de amparo*

El amparo básicamente es un proceso judicial mucho o más breve y rápida que los procesos ordinarios ya que, entre otras cuestiones, su régimen prohíbe ciertos tramites con el propósito de dar mayor celeridad (entre ellos, los incidentes y las citaciones de terceros) y, además, establece plazos más cortos.

Luego, en el alio 1966 el gobierno de facto diet() la ley 16.986 que, en primer lugar, definió el amparo como la acción que procede contra "todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explicita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional"; y, en segundo lugar, estableció un conjunto de excepciones (es decir, casos en que no procede el amparo y que —según nuestro criterio— desvirtuaron el sentido y alcance de este proceso judicial). Veamos cuales son estas cortapisas:

a) la existencia de otros remedios o recursos judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional en conflicto;

b) los actos del Poder Judicial o aquellos dictados por aplicación de la ley 16.970; cuando la intervención judicial afecte directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público oct desenvolviraiento do los actividades esenciales del Estado;

d) la exigencia de mayor amplitud de debate o prueba, o el planteo y declaración de inconstitucionalidad de la norma; y, finalmente,

e) la presentación de la acción más allá de los quince días hábiles contados "a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debi6 producirse".

Las personas individuales y jurídicas titulares de un derecho —afectadas en sus derechos o garantías— y las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justifiquen —mediante la exhibición de sus estatutos— que no contrarían una finalidad de bien Ohne°.

Luego, el Código Procesal Civil y Comercial incorpor6 el amparo contra los actos u omisiones de los particulares.

Posteriormente, el Convencional Constituyente regul6 en el artículo 43, CN, el amparo individual y colectivo.

Primer párrafo: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial mas id6neo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constituci6n, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Segundo párrafo: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, asi como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinara los requisitos y formas de su organización".

1,Cuales son las reformas Inas importantes introducidas en el texto constitucional del año 1994 en relación con el amparo regulado por la ley 16.986? Veamos, *printer°,* las cuestiones no controvertidas. El amparo comprende no solo los derechos garantizados por el texto constitucional.

Por un lado, la *legitimacion,* cuestión que hemos analizacio en el capítulo sobre las situaciones jurídicas subjetivas.

Por el otro, el *plazo de caducidad* que prevé la ley 16.986 (es decir, el termino de quince días en que debe interponerse el amparo). El interrogante puntualmente es el siguiente: esta en pie el plazo de quince días después de la reforma constitucional? En general, los jueces endenden que el plazo de caducidad está vigente.

Asimismo, el Convencional incorpor6 el amparo colectivo. Es sabido que este instrumento esta rodeado por aristas propias. cuales son estos aspectos procesales específicos? La primera cuestión .es-obviamente la legitimación —ya tratada en el capítulo sobre las situaciones **jurídicas** subjetivas—. Otro aspecto es el efecto de las sentencias —en
este **punto** también cabe remitirnos al capítulo ya mencionado—.

A su vez existen otras cuestiones que es necesario plantear en el proceso del amparo colectivo y que deben tener tratamiento legislativo, a saber: a) el proceso de notificación o comunicación del inicio del amparo colectivo a todos los interesados y, particularmente, el modo mas razonable de hacerlo; b) la representación de los titulares, mas aim si existen intereses contrapuestos entre los miembros de un mismo sector (por ejemplo, puede ocurrir que la decisión favorezca a ciertos usuarios o consumidores y, a su vez, perjudique a otros); y

c) las costas del proceso, es decir, los gastos del juicio (por ejemplo, el costo de las notificaciones o publicaciones de los edictos, y los honorarios profesionales y gastos de los peritos).

**. La acción de amparo por mora**

El amparo por mora es un proceso que tiene por objeto que el juez se expida sobre la demora del Poder Ejecutivo en responder a las pretensiones del reclamante y, en su caso —es decir, si el Ejecutivo hubiese incurrido en retardo—, ordenarte que resuelva en no plazo pererhorio.

Es importante aclarar que este proceso no tiene por objeto revisar decisiones del Ejecutivo o resolver el fondo del planteo sino, simple mente, obligarle a que "despache las actuaciones".

El articulo 28 de la LPA ice que aquel que es parte en el expediente administrativo puede olicitar judicialmente que se libre una orden de pronto despacho con el objeto de que se obligue al Ejecutivo a resolver las actuaciones.

En efecto, el actor del amparo por mora debe ser el titular de un derecho subjetivo, interés legitimo o interés colectivo, en el marco del expediente administrativo.

cuando procede el amparo por mora? Cuando el Estado ha dejado vencer los plazos para resolver o, en caso de que no existiesen tales plazos, haya transcurrido un tiempo que exceda los límites razonables. Pero, es el límite temporal en que debe resolver el Ejecutivo? Creemos que el artículo 10, LPA, responde debidamente este
interrogante. Dice el artículo 10, LPA, que "si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, este no podrá exceder de sesenta días". El precepto agrega luego que "vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta dias sin producirse dicha resolución se
considerara que hay silencio de la Administración". Este último apartado, esto es, el pronto despacho y el plazo complementario de treinta días para resolver, es propio y especifico del instituto del silencio administrativo y, consecuentemente, no cabe extenderlo al amparo por mora.

En otras palabras, el amparo por mora procede cuando: a) venció el plazo especifico y el Poder Ejecutivo no contest6; o b) el Ejecutivo no contest6 y no existe plazo especial, pero transcurrió el plazo razonable —es decir, los sesenta días Whiles administrativos que prevé la primera parte del segundo párrafo del artículo 10 LPA—.

Cabe aclarar que el amparo por mora no procede en el campo de *Los recursos administrativos,* ya que aquí el transcurso de los plazos constituye por sf mismo el rechazo del planteo. Más claro: en el Marco de los recursos administrativos, el silencio no solo constituye cumplimiento de la Administración de dar respuesta, sino que es
interpretado Iisa y llanamente como rechazo del planteo de fondo.

E1 amparo por mora es un proceso contradictorio? El amparo por mora es un proceso contradictorio, pues el Estado ejerce su derecho de defensa, en particular expone sus argumentos mediante el informe, salvo que el juez no lo requiriese.

Cabe insistir una vez más en que el objeto del proceso, de carácter contradictorio como ya hemos visto, debe circunscribirse al control del retardo estatal y, en su caso, el decisorio judicial solo comprende la orden de que el Ejecutivo resuelva en el plazo que ,fije el .juez a ese efecto.

*La acción de lesividad*

*Así, la acción de lesividad procede cuando el Estado es parte actora y pretende la invalidez de sus propios actos.*

*En este contexto, el Estado alega su propia torpeza (esto es, la negligencia en sus actuaciones); cuestión prohibida en el marco del Derecho Privado, pero admitida en el campo del Derecho Publicó y en relación con el Estado.*

*Dos aspectos procesales debemos analizar aquí. Por un lado, el C6digo no establece un proceso especial respecto de las acciones de lesividad, sino que estas deben regirse por las normas del proceso ordinario.*

*Por el otro, el Estado no debe agotar las vías administrativas porque esto es un privilegio estatal y, además, la LPA establece de modo expreso que "no habrá plazos para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".*

*Por cabe recordar que el Estado también es parte actora en otros procesos judiciales, por ejemplo: a) las ejecuciones fiscales;*

*b) el proceso de ejecución de los actos que no tienen fuerza ejecutoria por aplicación de las excepciones del articulo 12, LPA; o c) el caso de desalojo de inmuebles de su propiedad.*

Uno de los principales desafíos de la administración actual es la transparencia. La falta de ella en las administraciones del mundo y en particular en América Latina, trae aparejada grandes consecuencias disvaliosas. La corrupción es una de ellas y es quizás el problema más grande de América Latina en las últimas décadas.

La participación ciudadana, genera transparencia y dificulta la corrupción, la ecuación resulta sencilla, si los ciudadanos se encuentran enterados de las acciones que toma el gobierno e incluso participan en la toma de decisiones, el sistema funciona adecuadamente.

**Conceptos Preliminares:**

1. **Servicio Público**

El servicio público puede ser definido como: “Aquel que el Estado declara tal por ser esencial al interés público; en virtud de dicha declaración queda sometido a la potestad pública, potestad que el Estado ejerce con carácter monopólico y exclusivo, aunque la prestación sea concedida por particulares”.

Caracteres:

* Continuidad: El servicio público no debe ser interrumpido.
* Regularidad: El prestador debe cumplir las condiciones preestablecidas.
* Igualdad: el servicio se deberá prestar en igualdad de condiciones, este carácter deviene directamente del principio de igualdad de nuestra Constitución Nacional.
* Generalidad: Se deberá prestar el servicio a todo aquel que lo requiera, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.
* Obligatoriedad: El servicio debe ser prestado por el Estado, concesionario o particular. Este deber resulta ser ineludible.
1. **Entes Reguladores de los Servicios Públicos**

Los entes reguladores, con posterioridad a la reforma del 1994 tienen origen Constitucional, la Constitución se refiere a ellos en el artículo 42 como “Órganos de control”, según Gordillo son “los específicos organismos o autoridades descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciatarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores.”

Existe una gran disparidad en lo atinente a la creación y funcionamiento de estos entes ya que algunos fueron creados por ley y otros por decreto, y cada uno de estos establece sus autoridades y competencias.

**La Participación en el Marco de los Servicios Públicos**

La participación adquiere una especial relevancia a la hora del control de los servicios públicos, en un esquema participativo, no es solo el Estado por medio de los Entes Reguladores quien controla a los prestadores de servicios públicos; resulta fundamental la ayuda de la sociedad. En este contexto adquieren relevancia las Asociaciones de Consumidores, los consumidores, Asociaciones barriales, Asociaciones con fines ecologistas, etc.

Es importante resaltar que, existen distintos niveles de participación; en un nivel inicial se encuentra el deber de proveer de información a los usuarios, luego tenemos consultas y por último la efectiva participación en la toma de decisiones.

La participación en los servicios públicos tiene base constitucional, pero también una gran dispersión de normas, el tema se encuentra regulado tanto por la Ley de Defensa del Consumidor, como por el Decreto 1172, asimismo los Decretos y Leyes que crean los Organismos Reguladores contienen normativa al respecto.

**Niveles de participación:**

1. **El deber de proveer Información a los Usuarios**

El deber de proveer información lo encontramos en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Este precepto constitucional se encuentra fuertemente regulado en la Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo 4 establece que el proveedor se encuentra obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, asimismo en su último párrafo indica que la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión. Y en su artículo 25, en forma particular la información en el caso de servicios públicos domiciliarios.

El prestador debe cumplir con su deber de información, el que constituye una obligación primordial.

Este derecho de información también resulta protegido por el Decreto 1172/03, el que en su Anexo 7 consagra un procedimiento para el acceso a la información pública, en el cual obliga a brindar información en forma pública gratuita y accesible. El artículo 2 del Anexo 7 establece que sus disposiciones son aplicables a las empresas privadas a quienes se les hayan otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual, la prestación de un servicio público.

1. **Audiencias Públicas**

Los antecedentes de la audiencia pública en el derecho argentino se encuentran en el Código Aeronáutico sancionado por ley 17285 del año 1967. Los arts 102 y 109 de dicha norma previeron la aplicación de este instituto para obtener autorizaciones o concesiones para la explotación del transporte aerocomercial.

El verdadero auge de las audiencias públicas, fue durante el proceso de privatizaciones de los servicios públicos operado en la década del 90´, la Ley de Reforma del Estado, consolida el procedimiento de audiencias públicas en el orden nacional.

Si bien es cierto que la audiencia pública no se encuentra taxativamente nombrada en el artículo 42 de la Constitución Nacional, el principio básico constitucional administrativo de escuchar al administrado interesado antes de tomar una decisión cuando ella consista en una medida de carácter general, o un proyecto que afecte al usuario o a la comunidad; es una garantía de raíz constitucional de la que gozan todos los ciudadanos frente al Poder Administrador.

La doctrina y la jurisprudencia entienden que la audiencia pública forma parte del debido proceso lo que surge del juego de los artículos 18, 41, 42, y 43 de la Constitución Nacional.

Se ha postulado doctrinariamente la tesis de que los entes reguladores de los servicios públicos no se encuentran limitados a convocar a audiencia pública en los casos preceptivamente impuestos por las leyes o reglamentos aplicables, sino que tendrían la obligación de observar este procedimiento en todos aquellos casos en que fuera necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o proyecto de que se trate.

La audiencia pública en la órbita del poder ejecutivo encuentra regulación específica en el Anexo I del Decreto 1172/2003: Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, allí se establecen todos los pasos para llevar a cabo una audiencia pública.

Debe resaltarse que en el Anexo VIII del Decreto citado reglamenta otra técnica de participación en el marco de los entes reguladores de servicios públicos: las reuniones abiertas de los entes reguladores, en esta normativa se regula el mecanismo para llevar a cabo tales reuniones, estableciendo el marco general para su desenvolvimiento.

En la actualidad existen reglamentaciones de los mismos Entes que regulan el procedimiento de las audiencias públicas.

La Resolución ENRE N° 39/94 publicada en el Boletín Oficial el 9/05/94, regula la audiencia pública en el ámbito del Ente Nacional Regulador de la Electricidad y la Resolución ETOSS N° 140/95, publicada en el Boletín Oficial el 29/09/95, lo hace en la órbita del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

*En estas reglamentaciones dictadas por los propios entes encontramos en primer lugar una serie de principios generales: debido proceso, informalismo, instrucción de oficio, economía procesal publicidad, oralidad, contradicción y participación.*

*Luego establecen la legitimación para ser parte en una Audiencia Pública*, la cual es sumamente amplia, conforme el Artículo 4 del Reglamento del ENRE se extiende a todo aquel que invoque un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso, organizaciones de usuarios, demás organizaciones no gubernamentales, organismos o autoridades públicas nacionales, provinciales o municipales y al Defensor del Usuario; admitiendo inclusive en los casos que el Ente lo determine, la calidad de parte de personas públicas o privadas extranjeras, residentes o no y entidades supranacionales o internacionales; en el caso del ETOSS se encuentra legitimado también quien tenga un interés simple.

Otra cuestión a destacar en estos procedimientos es la figura del *Defensor del Usuario*, el cual conforme el reglamento del ENRE será designado por el Directorio, siendo en la práctica uno de los funcionarios del ente.

*Por otro lado la reglamentación citada regula una pre audiencia, la audiencia pública en sí misma y los recursos que se podrán interponer.*

1. **Participación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en los Organismos de Control**

El Artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, en su tercer párrafo establece: “… La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

La carta magna pone como obligación para la legislación y el Estado, la participación de las asociaciones de consumidores en los entes reguladores de servicios públicos. Si bien el texto constitucional no explica de qué forma se deberá dar esa “necesaria participación”, la mayoría de la doctrina coincide en que la misma consiste en participar en los cuerpos directivos, con voz y voto, aunque sin afectar el quórum.

No se ha dictado normativa que obligue a los entes reguladores a otorgar participación a las asociaciones y en la práctica tal participación es inexistente.

1. **Conformación de los Directorios de los Entes Reguladores**

La Ley N° 24.076, en su artículo 50, crea en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), a su vez en el Artículo 53, establece que el mismo “…será dirigido y administrado por un directorio de cinco miembros, uno de los cuales será el presidente, otro el vicepresidente y los restantes los vocales, designados todos ellos por el Poder Ejecutivo Nacional..”, bien puede observarse que las asociaciones de consumidores, no tiene participación alguna, sin embargo este ente conformó una comisión de usuarios de carácter consultiva.

Tanto la Ley N° 24.076 como el Decreto 1738/92 otorgan participación a las provincias. Es decir que se cumple parcialmente con el mandato constitucional, puesto que en cuanto a las asociaciones, no encontramos representación alguna en su directorio.

Por su parte, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), es creado por la Ley N° 24.065, la misma en su artículo 58 manifiesta: “…Los miembros del directorio serán seleccionados entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia y designados por el Poder Ejecutivo dos (2) de ellos a propuesta del Consejo Federal de la Energía Eléctrica…”

Nuevamente se observa la participación de las provincias, mediante el Consejo Federal de la Energía Eléctrica, pero no así, el de las Asociaciones de consumidores.

En referencia a los entes creados por decreto, la conformación de los directorios no dista mucho de lo anteriormente establecido.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CNC), fue creada por el Decreto Nº 1185/90, dicho decreto en su artículo 13 establecía que el directorio estaba conformado por cinco miembros, nombrados por el poder Ejecutivo, uno de ellos a propuesta del Consejo Federal de telecomunicaciones, en este ente tampoco encontrábamos la mencionada participación de las asociaciones.

Es dable resaltar que en la actualidad el ente regulador de las comunicaciones es el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) creado mediante el Decreto 267/15. El que en su artículo 5 estipula lo siguiente: “La conducción y administración del ENACOM será ejercida por un directorio integrado por un presidente y tres directores nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional y otros tres propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual, las Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización… Los directores designados por la Bicameral serán seleccionados a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno a la mayoría o primera minoría, uno a la segunda minoría y uno a la tercera minoría parlamentarias”

En cuanto al Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos (ORSNA), el mismo fue creado por el Decreto N° 375/97, el que en su artículo 18 establece que: “será dirigido y administrado por un Directorio integrado por CUATRO (4) miembros, de los cuales uno será su Presidente, otro su Vicepresidente y los restantes se desempeñarán como vocales. El Presidente, el Vicepresidente y uno de los vocales serán designados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, mientras que el segundo vocal será designado, de común acuerdo, por los Gobernadores de las Provincias donde se encuentren ubicados aeropuertos que integren el Sistema Nacional de Aeropuertos”.

Por su parte, el Directorio de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT), conforme al artículo 10 del Decreto 1388/96, está integrado por cinco miembros, designados en sus funciones por el poder ejecutivo.

Por último el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), está dirigido y administrado por un Directorio integrado por seis miembros, representantes del Poder Ejecutivo Nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad de Buenos Aires, a razón de dos integrantes por cada una de esas jurisdicciones.

Es importante resaltar que la Resolución N° 23/93 del ETOSS constituyo la Comisión asesora ad honorem a los fines de asistir al cuerpo Directivo en cuestiones de carácter económico – financiero, legal y científico relacionado con la concesión. También podrá efectuar propuestas para desarrollar metodologías de control de los servicios públicos y participar, cuando le sea requerido, en las cuestiones que se susciten entre usuarios y concesionarios. La comisión se integra con representantes de organizaciones comunitarias de usuarios de servicios públicos, de instituciones vinculadas a la sanidad y el medio ambiente y del ámbito académico del sector. Dicha comisión ha quedado diluida y solo fue convocada una vez.

Más tarde mediante Resolución ETOSS N° 38/99 se crea la Comisión de usuarios del ETOSS, compuesta por un representante por cada una de las asociaciones que defienden los derechos de consumidores, debidamente inscriptas de acuerdo a la ley 24.240. Esta comisión atiende a los usuarios, participa de una mesa de controversias y puede pedir su concurrencia a reuniones de directorio.

De todo lo anterior se observa claramente que se está incumpliendo con un mandato constitucional, puesto que no se ha implementado la participación de los usuarios en los organismos de dirección de los entes reguladores.

**FALLO HALABI**

**HECHOS**

 Ernesto Halabi es el abogado que promovió amparo contra la ley 25.873, modificatoria de la ley de telecomunicaciones 19.798. En virtud de ello, el Ejecutivo había dictado el decreto 1563/04, que incluyó en el concepto de "telecomunicaciones" al tráfico de datos por internet. La ley 25.873 (a veces llamada "ley espía") decía tres cosas. Primero, que las telefónicas debían disponer los medios para que las comunicaciones sean interceptadas a requerimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Segundo, que debían conservar por diez años los registros de llamadas o conexiones. Tercero, que el Estado se hacía responsable por los eventuales daños y perjuicios derivados de todo esto.

 El accionante planteó sus agravios alegando "violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes". CORTE SUPREMA Aunque el Estado no apeló sobre la inconstitucionalidad en sí, la Corte Suprema le prestó mucha atención a este caso. En el cons. 12º del fallo, después de hablar de los derechos individuales y de los colectivos, la Corte ve en el segundo párrafo del art. 43 C.N. "una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos".

Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Estos casos, según la Corte, se caracterizan porque: • No hay un bien colectivo (como podría ser el caso del ambiente, previsto en 3l oprimer pfo. del art. 43) y se afectan derechos individuales divisibles. •

 Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. • La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Interín ello, aclara el Cons. 14, el vacío legal "no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados". La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos. Se declaró inconstitucional: el problema encontrado en el combo ley+decreto es que se las invalida "en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet".

**FALLO THOMAS**

HECHOS Ernesto Halabi es el abogado que promovió amparo contra la ley 25.873, modificatoria de la ley de telecomunicaciones 19.798. En virtud de ello, el Ejecutivo había dictado el decreto 1563/04, que incluyó en el concepto de "telecomunicaciones" al tráfico de datos por internet. La ley 25.873 (a veces llamada "ley espía") decía tres cosas. Primero, que las telefónicas debían disponer los medios para que las comunicaciones sean interceptadas a requerimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Segundo, que debían conservar por diez años los registros de llamadas o conexiones. Tercero, que el Estado se hacía responsable por los eventuales daños y perjuicios derivados de todo esto.

El accionante planteó sus agravios alegando "violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostenta en las comunicaciones con sus clientes". CORTE SUPREMA Aunque el Estado no apeló sobre la inconstitucionalidad en sí, la Corte Suprema le prestó mucha atención a este caso. En el cons. 12º del fallo, después de hablar de los derechos individuales y de los colectivos, la Corte ve en el segundo párrafo del art. 43 C.N. "una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos".

Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. Estos casos, según la Corte, se caracterizan porque: • No hay un bien colectivo (como podría ser el caso del ambiente, previsto en 3l oprimer pfo. del art. 43) y se afectan derechos individuales divisibles. •

Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. • La demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Interín ello, aclara el Cons. 14, el vacío legal "no es óbice para que los jueces arbitren las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se aducen vulnerados". La admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

 Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos. Se declaró inconstitucional: el problema encontrado en el combo ley+decreto es que se las invalida "en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet".