

Ushuaia, 19 de octubre de 2000.

Vistos: los autos caratulados "Portel, Jorge Alfredo c/ I.S.S.T. s/ Medida Cautelar Previa a la interposición de la demanda", expte. N° 1.146/00 SDO, y

## RESULTANDO

I.- Jorge Alfredo Portel, afiliado obligado del Instituto de Servicios Sociales de la Provincia, se presenta a fs. 25/35 pidiendo se declare como medida cautelar previa a la interposición de demanda, y hasta tanto se resuelva de modo definitivo la cuestión, la suspensión de la ejecución del acto que dispone el llamado a licitación pública -Resoluciones ISST Nros. 436/00 y 479/00-, y/o, se disponga como medida cautelar la realización de una audiencia pública de afiliados con carácter previo al inicio del procedimiento de licitación y/o al otorgamiento de los contratos respectivos.

Explica que el Poder Ejecutivo de la Provincia, pese a encontrarse en conocimiento de la necesidad de llamar a elecciones para elegir los miembros del Consejo de Administración de la entidad emisora de los actos cuestionados, no dictó el pertinente acto de convocatoria. Pasado el tiempo, en el interín de fenecer los mandatos de los consejeros -en marzo de este año- resolvió normalizar la entidad mediante el decreto 550/00 hasta tanto se dicte la norma legal tendiente a la creación de un ente denominado I.P.A.U.S.S. -que englobaría a diversos entes autárquicos-.

Decidió, en ese orden, nombrar una comisión normalizadora. Al respecto, se reserva el derecho de cuestionar a la mencionada comisión. Informa que se presentó un amparo, que tuvo como resultado la disposición judicial que resolvió acerca de la necesidad de llamar a elecciones; el Poder Ejecutivo, frente a ello, llamó a elecciones para el 31.3.01.

Se llevaron a cabo los pasos relativos a la preparación de la licitación y se estableció el valor de las cápitás, pero no se justificó su valor, afirmándose que puede haberse sobrevalorado las cápitás.

La apertura de sobres se hallaba prevista para el 7 de agosto pero, a esa fecha, no había realizado la publicación respectiva. Ante el señalamiento de un afiliado, se prorrogó la fecha para el día 22 de ese mismo mes. En la fecha mencionada en último término el actor planteó reclamo y medida cautelar ante la administración, sin obtenerse respuesta sobre el particular.

Observa que el pliego omite consignar cláusula de rescisión del contrato sin expresión de causa, como es habitual en contratos como de la especie.

Con cita de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Constitución de la Provincia, recuerda que es condición necesaria en las contrataciones del Estado que éstas se publiciten adecuadamente. Subraya que en la contratación originaria no se había producido la publicación en el Boletín Oficial -como ya se señaló-, provocando tal carencia la prórroga pertinente.

Sobre el punto señala que la publicación efectivamente practicada sólo permitió realizar ofertas durante cinco (5) días, en contravención a los plazos fijados por la ley de contabilidad. El plazo debió ser de quince (15) días y, por excepción -mediante razones contenidas en el llamado a licitación-, pudo reducirse el tiempo a no menos de cinco (5) días. En el caso, se decidió reducir el plazo en un acto administrativo posterior - Resolución ISST 479/00-.

El acto impugnado se encuentra viciado de incompetencia; ello se deriva de la circunstancia de haber sido dictado por una comisión normalizadora en donde se encuentra representada sólo la parte empleadora, y no los afiliados, como lo dispone la Constitución de la Provincia.

Se ha violado, se sostiene, el derecho de controlar la gestión de la Obra Social.

Alega también que la licitación es nula porque el contrato concede un servicio público que no contempla el control permanente de los usuarios (art. 78 de la Constitución de la Provincia).

Finalmente, entiende que debía realizarse una audiencia pública previa a la licitación. Ello es consecuencia de ser los afiliados consumidores -art. 42 de la Constitución Nacional- y en virtud de lo dispuesto por el art. 8, incisos “o” y “k” de la ley territorial 442.

II. Sustanciada la petición cautelar, de conformidad a la providencia de fs. 35 y a la cédula de fs. 37, el Instituto de Servicios Sociales de la Provincia se presenta y pide el rechazo de la medida (fs. 38/48). Cumplida la medida ordenada a fs. 55 -según constancias de fs. 57/63-, se llamaron los autos al acuerdo (fs. 64).

## CONSIDERANDO

1.- El derecho a la tutela judicial efectiva, que nos viene dada por las normas constitucionales (arts. 75 inc. 22 - que dándole jerarquía constitucional a la CADH establece la tutela judicial efectiva, que, por cierto ya era reconocida por el art. 18 C.N, según Fallos 247: 646) impone la eliminación de las trabas innecesarias y toda concepción restrictiva respecto al acceso jurisdiccional-.

No deben confundirse las -siempre tan difíciles para diferenciar- situaciones jurídicas iniciales (derecho subjetivo, interés legítimo, simple interés, expectativas) en que se encuentra el particular frente a la actividad administrativa con el interés (personal, legítimo y directo) que se puede tener para solicitar obtener una decisión de fondo, según la concreta petición efectuada.

El fundamento de la legitimación está en conexión con el planteamiento de fondo en la acción contencioso administrativo. ¿Sirve éste para la garantía de los derechos individuales o para el control de la legalidad objetiva de la Administración? Si se opta por la primera posibilidad resulta una posición central el interés del sujeto en el proceso y que, por ende, el demandante tenga el dominio sobre el contenido del fallo. No cabe dudar, atento que el CCA exige como legitimación para iniciar una acción contencioso administrativa un interés directo afectado (art. 6) que el legislador desechó la segunda opción.

2.- En autos se inicia una cautelar autónoma, sin que pueda avisarse con exactitud cuál va a ser la discusión de fondo en punto al interés directo del actor, quien viene a esta instancia solicitando cautelarmente la suspensión del procedimiento licitatorio que lleva a cabo el ISST.

Conviene aclarar de entrada que aquí no está en juego el derecho a la salud, sino sólo un cuestionamiento a la forma como se quiere llevar este procedimiento de selección, al que endilga ciertas irregularidades. Se trata de un ataque a un procedimiento que se entiende no acorde a la legislación vigente que resulta de aplicación.

Cabe reflexionar que la legitimación “no es más que la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo apreciada por el órgano con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte en relación con el pedimento de conformidad con el ordenamiento jurídico” (ALMAGRO NOSETE, José; “Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo”, separata del n° 10, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1981, pág. 50).

3.- Generalizada y casi pacífica doctrina distingue la legitimación “ad processum”, independiente de toda relación sustancial controvertida, de la legitimación “ad causam”, regulada caso por caso en función de una determinada relación controvertida (Por todos, CALAMANDREI, Piero, “Estudios de Derecho procesal civil” ,Ejea, Bs. As., 1986, vol II, pág 375 y ss en su ejemplo de la mujer declarada en interdicción que por sí sola quisiera proponer demanda para hacer valer un derecho relativo a la dote, el maestro italiano acredita el valor teórico- práctico de la precisión referida).

Una persona -sujeto normativo activo- tiene la potestad de reclamar su derecho ante el juez. Con ello se quiere señalar que aquél tiene la prerrogativa jurídica a que la Administración lo indemnice y , en consecuencia, tiene derecho a que el juez reconozca que aquella debe indemnizarlo y que ejecute esa decisión si no lo hace la Administración. Ambos derechos son exigibles y los hace valer en una sola operación (la demanda), aunque son distintos.

4.- Más ello es hipotético. A lo mejor el derecho a reclamar ante el juez que se hace valer no se corresponde con lo que se pretende -p.ej., se exige una indemnización por una expropiación en carácter de locatario-. En ese caso no se ostenta la categoría necesaria para hacer valer el derecho de fondo que se pretende. No se cumple con el requisito de admisibilidad de la demanda (que a eso apunta la legitimación). Carezco de interés para obrar, que es el interés en la pretensión u oposición para la sentencia de fondo (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, "Teoría general del proceso", t. I, pág. 274). Ese interés no es un interés cualquiera, sino que está relacionado con una situación jurídica a la que el accionante cree tener derecho.

Puede ocurrir también que estando legitimado -derecho a la tutela judicial- carezca de derecho en el fondo (en el caso de la pretensión reparatoria, no acredita el daño o la relación causal, etc.). Por ello no debo confundir el interés formal o procesal (el derecho a acceder a la jurisdicción) con el interés jurídico material o sustancial (derecho a lo pretendido).

5.- A veces, el juez se encuentra, a priori, que debe cerrar la puerta de la justicia (cuando la falta de legitimación es fehaciente); en caso contrario tienen ambos derechos una vida conjunta y en la sentencia el juez decidirá acerca de la legitimación, y si existe, inmediatamente entrará el fondo.

Ya dijimos que una cosa es la esotérica cuestión de la posición jurídica inicial y otra cosa es el interés en una anulación o el derecho o interés patrimonial a ser indemnizado, (Hutchinson, Tomás, "El problema de la legitimación en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" en Revista de Derecho Administrativo, año I, n 1., págs. 43 y ss).. La legitimación se relaciona con la necesidad de habilitar la entrada en el mérito ( MORELLO, Augusto M."El amparo y la protección de los intereses difusos" en MORELLO, Augusto-STIGLITZ, Gabriel; "Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", ed. Platense, La Plata, 1986, pág 1763); es decir, con el acceso a la justicia.

6.- En autos se sostiene que la Comisión Normalizadora del ISST es incompetente para llamar a licitación y contratar con el que resulte seleccionado. Sabido es que toda comisión de esta naturaleza, excepto que surja una limitación al instituir la tiene las mismas atribuciones que el órgano normal, pues se trata de una especie de sustitución.

En autos no está cuestionada ni la legitimidad de aquella ni sus atribuciones; lo que parece, el actor ha cuestionado por una vía ajena a ésta, hasta ahora sin demostrar en estos actuados que haya tenido éxito. Siendo ello así, todos los cuestionamientos relativos a las facultades y a los alcances del procedimiento licitatorio y sus efectos no pueden ser cuestionados por un afiliado por carecer de legitimación para ello. Ningún organismo podría actuar con orden si cada afiliado pudiese cuestionar cada decisión, (ni qué decir si otro u otros afiliados se manifestaran de acuerdo con el obrar administrativo). El actor no acredita, ni siquiera someramente la afectación cierta a un interés directo, que es el jurídicamente protegido por la acción que eligió.

7.- Lo propio cabe decir del cuestionamiento que realiza el presentante de no haberse respetado los plazos de publicidad. Ciertamente es que el ISST, no ha fundado en el acto, ni por ende acreditado, cuáles fueron las razones de urgencia que habiliten la excepción. Pero tampoco aquí el actor tiene legitimación para hacer ese cuestionamiento, pues no acredita que él o un grupo al que pertenezca no hayan podido presentarse al procedimiento selectivo. Por ello su cuestionamiento se asemeja al del "amicus curiae", instituto ajeno a nuestro proceso administrativo provincial. Hacer lugar a tal cuestionamiento, desde este punto de vista, sería crear judicialmente una vía procedimental que tiene que reglamentarse por normas generales, rol ajeno a este Tribunal.

8.- La Constitución Provincial garantiza el derecho a la salud, mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad, además de considerarlo como un deber individual de cuidarla como bien social (art. 14.2, 31.9 y 53).

Pero ello se exige como “desideratum” normativo. La participación de los afiliados debe pues, propenderse, y sería conveniente que sean oídos los interesados en el sistema prestacional de salud, pero en modo alguno los jueces han de controlar conveniencias, sino legitimidades, y no existiendo un deber legal “de convocar a una audiencia pública”, no puede accederse a dicha cautelar, y considerar una inobservancia la existencia de la misma, que justifica una prerrogativa como la que el actor indebidamente pretende en este caso.

Por ello

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE

1º.- Declarar inadmisibile la pretensión esgrimida por la actora en el escrito de inicio.

2º.- Mandar se registre, notifique y cumpla.

Fdo. Jueces - Tomas Hutchinson - Omar A. Carranza.-

TOMO XXIII Fº 188/191.-