

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

TOMO 2

**La defensa del usuario y del
administrado**

Tercera edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Buenos Aires

1998

INDICE

SECCIÓN I : LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

Capítulo I

LA PRUEBA DE LOS DERECHOS.

1. Recapitulación.....	I-1
2. Introducción.....	I-7
2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos.....	I-7
2.2. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba.....	I-8
2.3. La dispensa de prueba.....	I-9
2.4. La prueba en las facultades regladas y discrecionales...I-11	
3. Los tiempos de producción de la prueba.....	I-12
3.1. La carga y oportunidad de la prueba.....	I-12
3.2. Prueba en sede administrativa: el expediente.....	I-14
3.2.1. Su carácter de instrumento público o no.....	I-15
3.2.2. La doctrina de los actos propios y el expedien- te administrativo.....	I-17
3.2.3. La vista y fotocopia del expediente.....	I-19
3.3. La prueba en sede judicial.....	I-19
3.4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia.....	I-20
3.5. Producción privada de la prueba.....	I-22
3.5.1. Testimonios.....	I-22
3.5.2. Pericias.....	I-23
4. Legalidad y admisibilidad de la prueba.....	I-23
4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reserva- das o secretas.....	I-23
4.2. El "alegato de oreja".....	I-24
4.3. Pruebas inadmisibles.....	I-25
4.4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona.....	I-25
5. Medios de prueba.....	I-27

5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones.....	I-27
5.1.1. De los funcionarios públicos.....	I-27
5.1.2. De los particulares.....	I-28
5.1.3. Testigos expertos.....	I-28
5.2. Pericias e informes técnicos.....	I-29
5.3. Otros medios de prueba.....	I-29
5.3.1. Fotografías y video.....	I-29
5.3.2. Fax, telex, etc.....	I-30
5.3.3. Prueba de informes.....	I-31
5.3.4. Grabaciones telefónicas.....	I-32
5.3.4.1. Telefonía común.....	I-32
5.3.4.2. Telefonía celular.....	I-32
5.3.5. Otros medios de prueba.....	I-33
6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y <i>praxis</i>	I-35
6.1. En primera instancia judicial.....	I-35
6.2. En instancia única colegiada.....	I-35
6.3. La importancia de la prueba privada en tales casos.....	I-36
6.4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única.....	I-36
6.5. Eficacia y admisibilidad de la prueba.....	I-37

SECCIÓN II : DISTINTOS TIPOS DE DERECHOS

Capítulo II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Las categorías de derechos y su defensa.....	II-1
2. En la legislación anterior a la reforma constitucional.....	II-7
3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva.....	II-9
4. Algunos ejemplos actuales.....	II-12
4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios.....	II-12
4.2. Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables.....	II-13
4.3. Derecho a la no discriminación.....	II-18
4.4. Derecho a un medio ambiente sano.....	II-19
5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva.....	II-20
5.1. El principio general.....	II-20
5.2. Los tres supuestos constitucionales.....	II-20
5.2.1. El propio afectado.....	II-21
5.2.2. Otro sujeto de derecho que actúa por el afectado.....	II-22

5.2.3. Las asociaciones que propendan a esos fines.....	II-23
5.2.4. Otros casos.....	II-24
6. Procesos en que se aplica.....	II-24
6.1. No solamente el amparo.....	II-24
6.2. La opción por una vía de mayor debate y prueba.....	II-26
7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor.....	II-28
7.1. La legitimación de las asociaciones.....	II-28
7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público.....	II-29
7.3. Proceso de conocimiento.....	II-29
7.4. Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario.....	II-30
7.5. En caso de duda a favor del consumidor.....	II-32
7.6. Plazos de caducidad y prescripción.....	II-32
7.7. Cómputo de la prescripción.....	II-33
8. Las restricciones empíricas y cómo superarlas.....	II-34
8.1. Primera restricción empírica.....	II-34
8.2. Segunda restricción empírica.....	II-34
8.3. Tercera limitación.....	II-36
9. La resistencia al cambio.....	II-36
10. El esquema clásico y su evolución.....	II-38
10.1. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple.....	II-38
10.2. Interés difuso.....	II-39
10.3. La ley de defensa del consumidor.....	II-39
10.4. Los artículos 41 a 43 de la Constitución.....	II-39
10.5. El derecho a la previa audiencia pública.....	II-41
11. Prospectiva.....	II-44

Capítulo III

EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Aspectos comunes.....	III-1
2. Problemas procesales.....	III-4
3. El derecho subjetivo como interés.....	III-10
4. El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la pluralidad de pretensiones.....	III-16
5. El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva.....	III-19
6. Casos.....	III-25
6.1. Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud.....	III-25

6.2. El ejercicio de la profesión de abogado.....	III-26
6.3. El caso de los carteles y la seguridad vial.....	III-27
6.4. El caso de las rampas para discapacitados.....	III-28
6.5. El caso de los bancos de datos y la privacidad.....	III-30

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Legitimación e interés legítimo.....	IV-1
2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado, y legitimación para atacarlo.....	IV-4
3. Cuándo se decide si hay o no legitimación.....	IV-5
4. El "interés personal y directo" como elemento de la noción de "interés legítimo".....	IV-7
5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos.....	IV-7
6. El interés debe ser personal y directo.....	IV-9
7. Origen y significado actual de este requisito.....	IV-11
8. Su interpretación en la práctica argentina. Crítica.....	IV-12
9. La ley de asociaciones profesionales.....	IV-16
10. El interés puede ser patrimonial o moral.....	IV-17
11. El interés puede ser subjetivo.....	IV-18
12. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo.....	IV-19
13. Interpretación de este principio en la práctica argentina.....	IV-20
14. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio.....	IV-21
15. El interés retrospectivo.....	IV-22
16. Cuándo se aprecia el interés.....	IV-23
17. Pérdida del interés.....	IV-25

SECCIÓN III : LA LESIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo V

EL "PODER DE POLICIA"

1. Poder o función. Autoridad o libertad.....	V-1
2. Atribución o servicio público.....	V-6
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal.....	V-8
4. Caracteres clásicos generales.....	V-10
5. Su cambio en el Estado actual.....	V-11

6. La promoción del bienestar social y el " poder de policía"	V-14
7. La crisis de la "noción" de " poder de policía"	V-16
8. Otros caracteres antiguos de la "policía"	V-18
9. Pérdida de identidad propia.....	V-19
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica.....	V-20
11. La distinción entre "policía" y "poder de policía". Crítica.....	V-23
12. El régimen jurídico de la "policía". Crítica.....	V-24
13. Fundamento político autoritario.....	V-27
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción.....	V-29
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica.....	V-30
15.1. Facultades de la administración.....	V-30
15.2. Facultades del Congreso.....	V-36

Capítulo VI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen y evolución y de la cuestión.....	VI-1
1.1. Origen.....	VI-1
1.2. Fines de siglo pasado y comienzos del presente.....	VI-3
1.3. La época de las nacionalizaciones.....	VI-3
1.4. Las privatizaciones de fines del siglo XX.....	VI-5
1.4.1. Privatizaciones con desmonopolización.....	VI-5
1.4.2. Privatizaciones con monopolio.....	VI-5
1.5. Las renovadas discusiones sobre la definición.....	VI-9
2. Estado actual.....	VI-12
2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor.....	VI-12
2.2. Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente.....	VI-12
2.3. El monopolio privado como nota fundante del régimen especial.....	VI-14
2.4. El rol del Estado cuando hay libre competencia.....	VI-17
2.5. Prognosis.....	VI-17
3. El régimen jurídico del monopolio.....	VI-18
3.1. Distintos supuestos jurídicos de monopolio.....	VI-18
3.2. El monopolio espontáneo y de facto.....	VI-19
3.3. El monopolio en los servicios públicos.....	VI-21
3.4. El monopolio en la Constitución.....	VI-22
3.4.1. Obligación de control.....	VI-22
3.4.2. Participación de los usuarios.....	VI-23
3.4.3. Marco regulatorio.....	VI-23

3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario.....	VI-26
3.4.5. Su aplicación a la tarifa.....	VI-27
3.4.6. Las cargas, gastos e inversiones reales. Las au- ditorías.....	VI-28
3.5. Relaciones con el usuario.....	VI-30
4. Otras particularidades.....	VI-31
4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario.....	VI-31
4.2. Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colecti- va.....	VI-32
4.3. El ente regulador.....	VI-33
4.3.1. Su rol.....	VI-33
4.3.2. Facultades.....	VI-34
4.3.3. Participación.....	VI-35
4.3.4. Casos anómalos.....	VI-35
4.4. Su aplicación a la defensa del usuario.....	VI-36
4.5. Otros mecanismos de defensa del usuario o consumi- dor.....	VI-36
4.5.1. La ley de defensa del usuario y consumidor.....	VI-36
4.5.2. Defensa de la competencia.....	VI-38
4.5.3. Lealtad comercial. Propaganda engañosa.....	VI-38
4.6. La propiedad de la concesión o licencia.....	VI-39
4.6.1. Servicios públicos.....	VI-40
4.6.2. Concesión de obra pública.....	VI-42
5. El régimen jurídico de los servicios públicos privatizados bajo condiciones de monopolio.....	VI-42
5.1. Interés público e interés individual.....	VI-42
5.2. El interés público no es el interés de la administración pública.....	VI-45
5.3. El interés público no es sólo conveniencia material.....	VI-46
5.4. El régimen jurídico y la protección del interés público.....	VI-47
6. Las vicisitudes de una noción "esencial".....	VI-48
6.1. Identidad metodológica con el dominio público.....	VI-49
6.2. El servicio público como organización.....	VI-50
6.3. La finalidad del servicio público.....	VI-50
6.4. Caracteres del servicio público.....	VI-51
6.5. El régimen jurídico del servicio público.....	VI-53
6.6. La noción tradicional y sus elementos.....	VI-54
6.7. La crisis de este concepto de servicio público.....	VI-55
6.8. El objeto o finalidad del servicio.....	VI-58
6.9. El régimen de derecho público.....	VI-58
6.10. Conclusión. La supresión de la noción esencial o fun- cional de servicio público.....	VI-59

*Capítulo VII***LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL**

1. Introducción.....	VII-1
2. Los problemas de la realidad en un caso secular.....	VII-4
3. ¿Regulación vs. desregulación?.....	VII-5
4. Regulación económico-social.....	VII-7
4.1. Los costos de la regulación.....	VII-7
4.2. La eficiencia de la regulación.....	VII-8
5. Auto y heteroregulación.....	VII-8
6. ¿La regulación protege o lesiona los derechos?.....	VII-10
7. Los umbrales regulatorios actuales.....	VII-11
7.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial, etc.....	VII-12
7.2. Tutela del medio ambiente y la salud.....	VII-14
7.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad.....	VII-15
7.4. Otras regulaciones.....	VII-16
7.5. La regulación de origen internacional.....	VII-17
8. La actual política legislativa general.....	VII-17
9. El inexistente equilibrio.....	VII-18
10. Quién ejerce la regulación en el orden nacional.....	VII-19
10.1. La salvedad internacional.....	VII-19
10.2. Las tres variantes primarias.....	VII-19
10.3. El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994.....	VII-21
11. Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes.....	VII-22
11.1. Facultad regulatoria propia y no delegada. Impro- cedencia de la avocación,alzada e intervención.....	VII-23
11.2. La finalidad de los entes.....	VII-25
12. La regulación interjurisdiccional.....	VII-25
13. La regulación de los servicios públicos privatizados.....	VII-27
13.1. Las políticas legislativas sectoriales.....	VII-27
13.2. Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc.....	VII-28
13.3. Generación de energía.....	VII-29
13.4. El principio regulatorio.....	VII-29
14. Las regulaciones de actividades en libre competencia, y de otros sectores económicos o sociales.....	VII-31
14.1. Regulación económica de bancos, entidades finan- cieras y seguros, etc.....	VII-31

14.2. Medios de comunicación.....	VII-31
14.3. Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc.....	VII-32
14.4. Un caso de ambigüedad terminológica: la desregu- lación portuaria.....	VII-33
14.5. Otras materias.....	VII-34
15. Algunas conclusiones.....	VII-34
15.1. Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación.....	VII-35
15.2. Su caducidad en 1999.....	VII-36
15.3. El caso de los entes reguladores creados por ley.....	VII-37
15.4. La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislati- va que caducan en 1999.....	VII-37
16. El procedimiento regulatorio: la audiencia pública.....	VII-37
17. Un proyecto para la transición.....	VII-38
18. No hay alternativas.....	VII-41

Capítulo VIII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. <i>Planteo general del problema</i>	VIII-1
1. Los diferentes conceptos de "gobierno".....	VIII-1
2. Un tercer uso del vocablo: los actos de gobierno.....	VIII-2
3. Gobierno y actos de gobierno.....	VIII-3
4. Carácter metajurídico de la teoría.....	VIII-6
5. Problemas a considerar.....	VIII-9
II. <i>Origen y evolución de la teoría</i>	VIII-10
6. Origen.....	VIII-10
7. La teoría del móvil político.....	VIII-12
8. La teoría objetiva: distinción entre gobierno y administra- ción.....	VIII-13
9. Insuficiencia de la distinción.....	VIII-14
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia.....	VIII-15
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)</i>	VIII-16
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio.....	VIII-16

12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos.....VIII-20
 - 12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan.....VIII-22
 - 12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él.....VIII-24
 - 12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente.....VIII-27
 - 12.4. El alcance de la revisión judicial: la apreciación discrecional o reglada de los hechos.....VIII-28
 - 12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales.....VIII-32
 - 12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera"VIII-32
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional.....VIII-34
14. Estructura infraconstitucional del Estado.....VIII-36
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto.....VIII-37
- IV. *El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial*.....VIII-40
 16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos.....VIII-40
 17. Qué es "revisión judicial".....VIII-41
 18. Diferencia entre "revisión judicial" y "anulación judicial del acto".....VIII-43
 19. Conclusión: en nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisibles judicialmente.....VIII-45
 20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo.....VIII-46
 21. Aplicación de esos límites por el juez.....VIII-46
- V. *El acto de gobierno ante la política*.....VIII-47
 22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política.....VIII-47
 23. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público.....VIII-48
- VI. *Conclusión*.....VIII-50
 24. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., y subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos.....VIII-50

SECCIÓN IV: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

*Capítulo IX***EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO****CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES**

I. <i>Concepto de procedimiento administrativo</i>	IX-1
1. El proceso: concepto amplio.....	IX-1
2. Concepto restringido.....	IX-2
3. Alcances del problema.....	IX-4
4. Peligro de la noción amplia.....	IX-5
5. Derecho procesal administrativo.....	IX-5
6. El procedimiento administrativo y la función administra- tiva.....	IX-6
6.1. Los órganos administrativos.....	IX-7
6.2. Los órganos judiciales.....	IX-7
6.3. Los órganos legislativos.....	IX-8
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y le- gislativos.....	IX-8
8. Definición de procedimiento administrativo.....	IX-9
II. <i>Principios generales del procedimiento administrativo</i>	IX-10
9. Enumeración de los principios.....	IX-10
9.1. Ambito de aplicación.....	IX-10
9.2. Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad.....	IX-10
9.3. El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia.....	IX-12
9.4. Otros principios.....	IX-12
10. Primer principio: debido proceso (garantía de la defen- sa).....	IX-13
10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo.....	IX-13
10.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.....	IX-18
10.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política.....	IX-22
10.4. Elementos de la garantía de la defensa.....	IX-23
10.4.1. Derecho a ser oído y una desición fundada....	IX-25
10.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo.....	IX-27

10.5. Campo de aplicación del principio de la defensa.....	IX-28
10.4. Nuevos desarrollos del principio.....	IX-31
11. Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado.....	IX-31
11.1. El informalismo como arbitrariedad.....	IX-31
11.2. El informalismo en favor del administrado. Ori- gen.....	IX-32
11.3. Su formulación en el derecho argentino.....	IX-34
11.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos.....	IX-36
11.5. Otras aplicaciones del principio.....	IX-37
11.6. Conclusión.....	IX-39
12. Principio de contradicción.....	IX-41
12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción.....	IX-41
13. Principio de imparcialidad.....	IX-45
13.1. La imparcialidad en la práctica.....	IX-46
13.2. Regla contra el prejuicio.....	IX-46
13.3. Deber de excusación.....	IX-47
13.4. Continuación. Principios permanentes del dere- cho.....	IX-48
13.5. Imparcialidad del sumariante.....	IX-48
14. Principio de la legalidad objetiva.....	IX-49
14.1. Alcances del principio.....	IX-49
14.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa.....	IX-50
15. Principio de la oficialidad.....	IX-53
15.1. Principio de la impulsión de oficio.....	IX-53
15.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio.....	IX-54
15.3. Comparación con el proceso civil.....	IX-56
15.4. Otras consecuencias del principio.....	IX-57
15.5. Principio de la instrucción.....	IX-58
15.6. Principio de la verdad material.....	IX-59
16. Otros principios.....	IX-60
16.1. Carácter escrito y oral del procedimiento.....	IX-60
16.2. La oralidad como regla.....	IX-61
16.3. Mediación o inmediatez.....	IX-62
16.4. Ausencia de costas.....	IX-64
16.4.1. Improcedencia de la condena en costas.....	IX-64
16.4.2. Supresión del sellado de actuación.....	IX-65
16.4.3. Caso en que hay dos particulares en contra- dicción.....	IX-66
16.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia.....	IX-67

Capítulo X

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

I. <i>Introducción</i>	X-1
1. La realidad en el derecho administrativo.....	X-1
II. <i>Las actuaciones administrativas</i>	X-5
2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación	X-5
3. El trámite de agregación de escritos al expediente.....	X-6
4. Defectos de foliación.....	X-8
5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos.....	X-10
6. La impulsión personal de las actuaciones.....	X-10
III. <i>Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias</i>	X-15
7. Diferencias entre los recursos, y los reclamos y denuncias: la necesidad de personalizar.....	X-15
8. Alcances de la personalización.....	X-16
9. La individualización.....	X-17
10. La desmitificación.....	X-18
11. El ataque: la mejor defensa.....	X-21
12. Por qué la administración es autoritaria.....	X-25
IV. <i>Estilo administrativo</i>	X-27
13. Estilo administrativo y estilo forense.....	X-27
14. "Falta de estilo".....	X-27
15. Objetividad.....	X-28
16. Impersonalidad.....	X-29
17. Valentía.....	X-29
18. Prudencia.....	X-30
VI. <i>Estructura de los escritos</i>	X-31
19. Exhaustividad.....	X-31
20. Concisión o resumen.....	X-32
21. Gradación de los argumentos.....	X-33
21.1. Exposición de los vicios en el objeto.....	X-33
21.2. Los vicios en la competencia.....	X-33
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad.....	X-33

21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma.....	X-34
21.5. Conclusión.....	X-34

Capítulo XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

1. El principio constitucional.....	XI-1
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública.....	XI-1
1.2. La doble naturaleza "pública" de la audiencia pública.....	XI-11
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. <i>Town Meetings</i>	XI-12
1.4. Carácter prescriptivo.....	XI-13
2. Principios generales.....	XI-14
2.1. Enunciación.....	XI-14
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación.....	XI-15
2.3. Instrucción.....	XI-16
2.4. Carácter contingente de la gratuidad.....	XI-16
3. Desarrollo del procedimiento.....	XI-19
3.1. La preaudiencia.....	XI-19
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro.....	XI-20
3.3. Publicidad de la sesión del ente.....	XI-21
4. Partes.....	XI-22
5. Mediación o inmediatez.....	XI-23
6. Instrucción.....	XI-25
7. Aspectos prácticos.....	XI-26
7.1. Forma y sustancia.....	XI-26
7.2. La significación del uso del espacio físico.....	XI-27

Capítulo XII

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Ambito de aplicación.....	XII-1
1.1. La administración pública nacional, provincial y municipal.....	XII-1
1.2. Los monopolios privatizados.....	XII-3
1.3. Incidencia de la CICC.....	XII-4
2. Licitación pública, licitación privada, contratación directa.....	XII-4

2.1. El problema de la responsabilidad.....	XII-4
2.2. Es un pedido de ofertas.....	XII-6
2.3. Notas comunes.....	XII-7
2.3.1. Comparación de ofertas.....	XII-7
2.3.2. Máxima concurrencia posible. Informalismo.....	XII-7
3. Principios de la licitación pública.....	XII-9
3.1. Publicidad y transparencia.....	XII-9
3.1.1. Impugnación de los pliegos.....	XII-12
3.2. Concurrencia.....	XII-14
3.3. Informalismo.....	XII-16
3.3.1. Finalidad del formalismo y sus límites.....	XII-17
3.3.2. La igualdad en la licitación.....	XII-20
3.3.3. Evolución internacional hacia el informalismo.....	XII-21
4. Etapas de la licitación pública.....	XII-22
4.1. Introducción.....	XII-22
4.2. No existe preclusión procesal.....	XII-22
4.3. Pliegos de la licitación.....	XII-23
4.3.1. En general.....	XII-23
4.3.2. Los problemas de la preparación del pliego y el contrato.....	XII-24
4.3.3. El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo.....	XII-25
4.3.4. La participación de los oferentes en la elaboración del pliego.....	XII-25
4.3.5. La calificación jurídica del contrato en el pliego.....	XII-27
4.3.6. La descripción técnica del objeto.....	XII-28
4.4. El llamado a licitación.....	XII-29
4.5. La publicación de los avisos.....	XII-30
5. La presentación de las ofertas.....	XII-31
5.1. Inscripción en el registro.....	XII-31
5.2. Cumplimiento de obligaciones fiscales.....	XII-32
5.3. Depósito de garantía.....	XII-32
5.4. Entrega de los sobres.....	XII-32
5.5. Apertura de los sobres.....	XII-34
5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores....	XII-35
5.7. Mantenimiento de las propuestas.....	XII-36
5.8. Sujeción a los pliegos.....	XII-37
5.8.1. Ofertas condicionadas.....	XII-38
5.8.2. Oferta cierta, única y seria.....	XII-39
5.8.3. Vicios de forma.....	XII-40
5.9. El principio de contradicción en el análisis de las ofertas.....	XII-40
5.10. Criterios para la admisión de ofertas.....	XII-41

5.11. Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación.....	XII-43
5.12. Sobres A y B: evaluación previa del sobre A y adjudicación simultánea con la apertura del sobre B.....	XII-44
6. La aceptación de las propuestas: la adjudicación.....	XII-45
6.1. Preadjudicación.....	XII-45
6.2. Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente.....	XII-46
6.3. Contratación directa por razones de urgencia.....	XII-46
6.4. Carácter no obligatorio de la adjudicación.....	XII-47
6.5. Derechos de los oferentes.....	XII-48
6.6. Sobre quién debe recaer la adjudicación.....	XII-49
6.7. Eficiencia.....	XII-51
6.8. Equidad y justicia. Razonabilidad.....	XII-51
6.9. Perfeccionamiento del contrato.....	XII-52
6.10. Aclaraciones al pliego.....	XII-53
7. Excepciones al requisito de la licitación pública.....	XII-53
7.1. Monto menor a una suma determinada.....	XII-54
7.2. Adicionales.....	XII-54
7.3. Urgencia.....	XII-54
7.4. Reserva.....	XII-56
7.5. Especial capacidad.....	XII-57
7.6. Marca, patente o privilegio.....	XII-57
7.7. Licitación pública desierta.....	XII-57
7.8. Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas.....	XII-58
7.9. Licitación pública anulada.....	XII-59
8. El régimen de iniciativa privada.....	XII-59

Capítulo XIII

LA TUTELA JUDICIAL

I. <i>La herencia del pasado</i>	XIII-1
1. Dificultades del tema.....	XIII-1
2. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”.....	XIII-4
2.1. Derechos protegidos.....	XIII-4
2.2. Naturaleza del procedimiento.....	XIII-4
2.3. Facultades del tribunal en la sentencia.....	XIII-5
3. Las confusiones entre “lo contenciosoadministrativo” y el derecho procesal administrativo.....	XIII-6
3.1. La cuestión de la competencia procesal administrativa.....	XIII-8

3.1.1. Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital.....	XIII-8
3.1.2. Hoy en la Capital y algunas provincias.....	XIII-10
3.1.3. La cuestión del agotamiento de la vía administrativa.....	XIII-12
4. Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés.....	XIII-16
5. Superación de la confusión entre el "contencioso administrativo" provincial y el derecho procesal federal.....	XIII-18
II. <i>El control judicial, hoy</i>	XIII-21
6. La acción en defensa del usuario y del consumidor.....	XIII-21
7. Los progresos.....	XIII-26
7.1. Control de la discrecionalidad.....	XIII-26
7.2. Control de la discrecionalidad y regulación técnica.....	XIII-26
7.3. Acción declarativa de inconstitucionalidad.....	XIII-26
8. El amparo.....	XIII-28
8.1. En la Capital Federal.....	XIII-29
8.1.1. La mala recepción judicial del amparo y las cautelares.....	XIII-29
8.1.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad.....	XIII-30
8.1.3. Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige.....	XIII-32
8.1.4. Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios.....	XIII-33
8.2. En los tribunales federales del interior.....	XIII-34
8.3. En los tribunales contencioso administrativos provinciales.....	XIII-35
8.4. El amparo por mora de la administración.....	XIII-37
9. Las medidas cautelares.....	XIII-38
9.1. Las variantes.....	XIII-38
9.2. Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo.....	XIII-39
9.3. El peligro en la demora.....	XIII-44
9.4. La balanza entre el <i>periculum</i> y la verosimilitud.....	XIII-45
9.5. Que no se confunda con el objeto de la acción.....	XIII-45
9.6. La acreditación <i>prima facie</i> de los requisitos de la cautelar: información sumaria.....	XIII-46
9.7. El <i>solvo et repete</i>	XIII-47
9.8. La cautela autosatisfactiva o anticipatoria.....	XIII-50

10. "Acción" y "recurso de apelación": evolución hacia la identidad.....	XIII-51
11. Estado actual del control judicial.....	XIII-56
12. Perspectivas.....	XIII-57

Capítulo XIV

PROBLEMAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. Cómo y por qué los tenemos.....	XIV-1
1.1. Acceso a la justicia y vigencia del Estado de derecho.....	XIV-1
1.2. Cuántos expedientes y sentencias puede estudiar y resolver una persona por día y año.....	XIV-1
1.2.1. La capacidad física de una persona.....	XIV-3
1.2.2. La capacidad de revisar, no hacer.....	XIV-4
1.2.3. La alternativa de revisar dos sentencias por día.....	XIV-4
1.2.4. La alternativa de cuatro sentencias por día.....	XIV-4
1.3. Cien mil decretos por año, cuatrocientos por día.....	XIV-5
1.4. ¿Cuál es la realidad funcional del Poder Judicial?.....	XIV-5
1.5. Noticias buenas y malas.....	XIV-7
1.6. Una decisión política e institucional que la sociedad adopta.....	XIV-9
1.7. Las excusas.....	XIV-9
1.7.1. No queremos justicia.....	XIV-9
1.7.2. No hay tantas personas que sirvan para juez.....	XIV-10
1.7.3. Es muy caro tener justicia.....	XIV-10
1.7.4. Continuación. El costo de la corrupción y el costo de evitarla. ¿Cuál es mayor?.....	XIV-11
1.8. Mientras pensamos el problema, busquemos alternativas.....	XIV-13
2. Un Código no resuelve la cuestión: hace falta convicción social y judicial.....	XIV-13
3. ¿Se puede hacer algo mientras se logra el consenso de tener más jueces?.....	XIV-17
4. Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual.....	XIV-17
4.1. El problema.....	XIV-17
4.2. Viejas alternativas no aceptadas.....	XIV-20
4.3. Otras variantes no aceptadas hasta el presente.....	XIV-22
4.4. Una innovación social: las tarifas telefónicas.....	XIV-24
4.5. ¿Una cuestión de números?.....	XIV-25
4.6. Cumplir el artículo 43 de la Constitución.....	XIV-27
4.7. Prohibamos la clonación.....	XIV-29

4.8. La legitimación internacional.....	XIV-31
4.9. La legitimación amplia de los efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia.....	XIV-32
5. El costo social del rechazo de amparos <i>in limine litis</i> o sin resolver.....	XIV-33
5.1. Algunas soluciones.....	XIV-36
6. Facultades y deberes de la Corte y las Cámaras para resolver o atemperar por reglamento de necesidad y urgencia la privación de justicia.....	XIV-37
6.1. La alternativa de un sistema masivo de conjueces....	XIV-39
6.2. Convenio Facultad de Derecho—Colegio de Escritanos.....	XIV-39
6.3. Magistrados jubilados.....	XIV-40
6.4. C.P.A.C.F.....	XIV-40
6.5. Causales de recusación y excusación.....	XIV-41
7. Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial.....	XIV-41
7.1. La reacción instintiva.....	XIV-42

Capítulo XV

COMPARACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL

1. Comparación cualicuantitativa.....	XV-1
2. Distintas formas de procedimiento administrativo.....	XV-2
3. El nuevo control judicial de los servicios privatizados.....	XV-5
4. Algunas limitaciones comunes al procedimiento administrativo y proceso judicial.....	XV-6
4.1. Lentitud.....	XV-6
4.2. La lentitud del juicio ordinario —la elección preferida por el Poder Judicial— y la inutilización del amparo y medidas cautelares, tornan inexistente el servicio de justicia.....	XV-7
4.3. Eficacia.....	XV-8
4.4. Reparación.....	XV-9
4.5. Influencias subjetivas y objetivas.....	XV-9
4.6. Prerrogativas y limitaciones.....	XV-10
5. Potestades teóricas y prácticas.....	XV-11
5.1. La reforma o sustitución del acto.....	XV-11
5.2. El control de mérito o conveniencia.....	XV-13
5.3. La posibilidad de aconsejar.....	XV-15
6. El rol de tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales.....	XV-16
6.1. El rol.....	XV-16

INDICE

6.2. La percepción pública.....	XV-18
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. El manejo de los tiempos. La oportunidad de la publicidad.....	XV-19
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional.....	XV-21
9. La discreción política del control jurisdiccional.....	XV-23
10. El costo.....	XV-24
11. La asertividad del pronunciamiento.....	XV-26
12. La posibilidad de avenimiento.....	XV-27
13. Otras diferencias.....	XV-27
14. El control de la administración pública: la causación circular en el desarrollo cultural y político.....	XV-29
15. Conclusiones tentativas.....	XV-31

Capítulo XVI

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

I. <i>Observaciones comunes</i>	XVI-1
1. Análisis comparativo general de los tribunales internacionales e internos.....	XVI-1
II. <i>La defensa extranjera e internacional de los derechos humanos. Remisión</i>	XVI-4
2. Introducción.....	XVI-4
3. La responsabilidad del Estado por la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.....	XVI-5
3.1. El fundamento.....	XVI-5
3.2. El procedimiento.....	XVI-6
3.3. Continuación. Algo más sobre la legitimación.....	XVI-6
4. Otras convenciones con tutela supranacional.....	XVI-7
4.1. Tratados internacionales y supranacionales.....	XVI-7
4.2. Tratados bilaterales de tutela de la inversión extranjera.....	XVI-8
5. La responsabilidad del Estado por crímenes previstos en otros tratados.....	XVI-8
5.1. Tortura.....	XVI-8
5.2. Corrupción.....	XVI-9
6. Remisión.....	XVI-11
7. Aplicación interna.....	XVI-12

III. <i>La defensa internacional de los derechos de agentes y ex agentes públicos internacionales</i>	XVI-14
8. Los justiciables. La materia administrativa.....	XVI-15
9. La composición y organización del tribunal.....	XVI-16
9.1. Composición del tribunal.....	XVI-16
9.2. Efectos prácticos de la composición.....	XVI-17
9.3. Perfil de los magistrados.....	XVI-17
9.4. Organización.....	XVI-18
9.5. La Presidencia.....	XVI-19
10. La delegación de la creación de las normas del procedimiento.....	XVI-19
11. Agotamiento de la vía administrativa.....	XVI-20
12. Reuniones <i>ex parte</i>	XVI-20
13. La sentencia.....	XVI-21
14. Principios jurídicos generales. Remisión.....	XVI-22

Capítulo XVII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO NACIONAL E INTERNACIONAL

I.- <i>El arbitraje nacional</i>	XVII-1
1. La influencia jurídico—cultural en la materia.....	XVII-1
2. El contexto de nuestra legislación clásica.....	XVII-2
3. La multivocidad del término “arbitraje”.....	XVII-4
4. El Estado como árbitro o como parte en un arbitraje.....	XVII-5
5. La función del árbitro tercero.....	XVII-7
5.1. La distinción entre árbitro y arbitrador.....	XVII-7
5.2. El pronunciamiento del árbitro tercero.....	XVII-8
6. El trasfondo de la resistencia local al arbitraje.....	XVII-9
6.1. El temor a las regulaciones excesivas de honorarios.....	XVII-11
6.2. Filosofías jurídicas en juego.....	XVII-12
6.3. El temor a un tribunal de equidad, justicia.....	XVII-14
6.4. La ejecutoriedad de la sentencia arbitral.....	XVII-16
7. La interpretación restrictiva del arbitraje, como principio local.....	XVII-17
7.1. El contexto y los casos puntuales.....	XVII-17
7.2. La interpretación restrictiva a cuestiones técnicas.....	XVII-17
7.3. Las dificultades del CPCCN.....	XVII-18
7.4. Jurisdicción originaria en causas de las Provincias.....	XVII-19
8. El poco éxito de los intentos privados.....	XVII-19

9. El Estado como parte en un arbitraje interno.....	XVII-20
II. <i>El arbitraje administrativo internacional</i>	XVII-21
10. Antecedentes del arbitraje administrativo internacional.....	XVII-21
10.1. Los albores del derecho internacional.....	XVII-21
10.1.1. Los internacionalistas.....	XVII-21
10.1.2. La visión de un abogado litigante.....	XVII-22
10.1.3. El arbitraje internacional como "excepción".....	XVII-23
10.2. Algunas primeras señales de cambio.....	XVII-24
10.3. La Argentina en el proceso de globalización.....	XVII-25
10.4. El contexto internacionalista argentino.....	XVII-26
10.5. Los múltiples tratados de arbitraje.....	XVII-29
10.6. El arbitraje internacional entre Estados.....	XVII-30
10.7. La "internacionalidad" del arbitraje.....	XVII-33
10.7.1. ¿El lugar del arbitraje, las partes y el procedimiento?.....	XVII-33
10.7.2. ¿El inversor extranjero?.....	XVII-34
10.7.3. ¿La residencia de las partes?.....	XVII-35
10.7.4. ¿El lugar del arbitraje es determinante?.....	XVII-35
10.7.5. ¿La sola nacionalidad del árbitro tercero es determinante?.....	XVII-36
10.7.6. Algunas primeras reflexiones.....	XVII-36
11. La materia arbitral en algunos tratados recientes.....	XVII-37
11.1. Introducción.....	XVII-37
11.2. La protección a los inversores de Estados no partes del Mercosur.....	XVII-39
11.3. Tratados bilaterales con elección excluyente de vías.....	XVII-41
11.4. Tratados con jurisdicción arbitral de alzada.....	XVII-43
11.5. ¿Por qué tantos tratados?.....	XVII-43
12. Los problemas pendientes.....	XVII-45
12.1. La paradójica comparación al viejo "contencioso administrativo".....	XVII-45
12.2. ¿El arbitraje internacional es cuestión de derecho nacional?.....	XVII-48
12.3. La renuncia forzada a la jurisdicción arbitral.....	XVII-49
12.4. La oportuna introducción de la cuestión arbitral.....	XVII-50
12.5. La ulterior intervención forzosa del tribunal nacional.....	XVII-52
13. Aspectos comunes a resolver.....	XVII-52
13.1. Los diversos temores y su fundamentación racional.....	XVII-52

13.2. Cuidar que la administración tenga una <i>fair chance</i>	XVII-54
13.3. El temor al árbitro desconocido.....	XVII-54
13.4. El temor al proceso desconocido.....	XVII-55
13.5. Una cuestión de credibilidad.....	XVII-57
13.6. Integración del tribunal.....	XVII-58
13.7. La sede del tribunal.....	XVII-59
13.8. El laudo.....	XVII-59
13.9. La protocolización del laudo y sus antecedentes...	XVII-60
13.10. Conclusiones tentativas.....	XVII-61
14. Los caminos del arbitraje.....	XVII-62
14.1. Lo imposible.....	XVII-62
14.1.1. Una organización internacional de arbitraje.....	XVII-62
14.1.2. Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis.....	XVII-63
14.2. Lo improbable: el camino colectivo del Mercosur.....	XVII-64
14.3. Lo muy difícil: el camino nacional solitario.....	XVII-66
14.4. Lo difícil: un camino de aproximaciones sucesivas.....	XVII-67

SECCIÓN V: LA RESPONSABILIDAD

POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo XVIII

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1. Importancia práctica, jurídica y política del problema.....	XVIII-1
2. El fracaso previo.....	XVIII-4
2.1. La responsabilidad civil.....	XVIII-4
2.2. La responsabilidad constitucional.....	XVIII-4
2.3. Ahora, la responsabilidad internacional.....	XVIII-6
3. Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil.....	XVIII-6
4. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario.....	XVIII-7
4.1. Los particulares.....	XVIII-7
4.2. Los demás funcionarios públicos.....	XVIII-8
4.3. El Estado.....	XVIII-9
5. Quiénes son responsables.....	XVIII-12
6. Problemas que presenta el artículo 1.112.....	XVIII-13

7. La omisión como causal de responsabilidad.....	XVIII-15
8. El daño como elemento de la responsabilidad.....	XVIII-19
8.1. El problema de las relaciones entre particulares...	XVIII-19
8.2. El problema en los actos de los funcionarios públi- cos.....	XVIII-20
8.3. El daño económicamente apreciable.....	XVIII-21
9. La culpa como elemento de la responsabilidad.....	XVIII-24
9.1. La necesidad de que haya culpa.....	XVIII-24
9.2. El caso del error.....	XVIII-25
10. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales.....	XVIII-26
11. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones le- gales no debidas directamente al interesado.....	XVIII-27
11.1. Qué son las "obligaciones legales".....	XVIII-27
11.2. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado.....	XVIII-28
12. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabilidad del Estado.....	XVIII-31
12.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, sino que debe coordi- nársela con la del Estado.....	XVIII-31
12.2. Es una obligación conjunta <i>in solidum</i>	XVIII-33

Capítulo XIX

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

I. <i>Introducción</i>	XIX-1
1. El <i>status quo</i> ante y sus problemas.....	XIX-1
1.1. El viejo dogma de la responsabilidad del Estado.....	XIX-1
1.2. La vieja utopía de la responsabilidad del funciona- rio.....	XIX-2
1.3. La responsabilidad por error judicial. Hacia la respon- sabilidad política de los jueces.....	XIX-4
2. La responsabilidad del Estado en transición.....	XIX-5
2.1. Sus dos aspectos.....	XIX-5
2.2. La responsabilidad internacional aumentada.....	XIX-5
2.3. La responsabilidad interna disminuida.....	XIX-7
2.4. La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesionarios.....	XIX-11
3. La responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos.....	XIX-13

3.1. La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores.....	XIX-13
3.2. Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos.....	XIX-15
3.3. La responsabilidad de los concesionarios viales.....	XIX-18
4. La responsabilidad civil en general.....	XIX-20
4.1. Elementos.....	XIX-20
4.2. La antijuridicidad.....	XIX-21
4.3. El daño.....	XIX-24
4.4. La culpa.....	XIX-25
II. <i>Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos</i>	XIX-26
5. En general.....	XIX-26
6. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.....	XIX-27
7. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado.....	XIX-28
7.1. Distinción por "funcionarios" o "empleados".....	XIX-28
7.2. Distinción por "actos" y "hechos".....	XIX-30
7.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima.....	XIX-31
8. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado.....	XIX-33
9. La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy.....	XIX-34
10. Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales.....	XIX-37
III. <i>El problema de las responsabilidades especiales</i>	XIX-39
11. La responsabilidad por acto judicial.....	XIX-39
11.1. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial.....	XIX-39
11.2. Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial.....	XIX-40
12. Responsabilidad por acto legislativo.....	XIX-41
12.1. La regla de la irresponsabilidad por actos legislativos.....	XIX-41
12.2. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo.....	XIX-42
12.2.1. Perjuicio especial.....	XIX-42
12.2.2. Enriquecimiento sin causa.....	XIX-43
12.2.3. Sustitución del derecho por una indemnización.....	XIX-44
12.2.4. Posible desarrollo de las excepciones.....	XIX-45
13. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional.....	XIX-46