

AGUSTÍN GORDILLO

Tratado de Derecho Administrativo

TOMO 2

La defensa del usuario y del administrado

Cuarta edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
2000

INDICE

Agradecimientos en ocasión de la 4ª edición del tomo 2	27
Prólogo a la tercera edición	31

SECCIÓN I : LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

Capítulo I

LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. Recapitulación	I-1
2. Introducción	I-5
2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos	I-5
2.2. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba	I-6
2.3. La dispensa de prueba	I-7
2.4. La prueba en las facultades regladas y discrecionales	I-8
3. Los tiempos de producción de la prueba	I-8
3.1. La carga y oportunidad de la prueba	I-8
3.2. Prueba en sede administrativa: el expediente	I-10
3.2.1. Su carácter de instrumento público o no	I-11
3.2.2. La doctrina de los actos propios y el expediente administrativo	I-13
3.2.3. La vista y fotocopia del expediente	I-14
3.3. La prueba en sede judicial	I-14
3.4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia	I-15
3.5. Producción privada de la prueba	I-16
3.5.1. Testimonios	I-16
3.5.2. Pericias	I-16
4. Legalidad y admisibilidad de la prueba	I-17
4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas	I-17
4.2. El alegato informal	I-17
4.3. Pruebas inadmisibles	I-18
4.4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona	I-18
5. Medios de prueba	I-19
5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones	I-20

5.1.1. De los funcionarios públicos	I-20
5.1.2. De los particulares	I-20
5.1.3. Testigos expertos	I-20
5.2. Pericias e informes técnicos	I-21
5.3. Fotografías y video	I-21
5.4. Fax, télex, etc	I-22
5.5. Prueba de informes	I-22
5.6. Grabaciones telefónicas	I-23
5.6.1. Telefonía común	I-23
5.6.2. Telefonía celular y otras grabaciones	I-23
5.7. Otros medios de prueba	I-24
6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y praxis	I-25
6.1. En primera instancia judicial	I-25
6.2. En instancia única colegiada	I-26
6.3. La importancia de la prueba privada en tales casos	I-26
6.4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única	I-26
6.5. Eficacia y admisibilidad de la prueba	I-27

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-6
3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva	II-7
4. Algunos ejemplos actuales	II-10
4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios	II-10
4.2. Derechos colectivos de los usuarios: sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables	II-11
4.3. Derecho a la no discriminación	II-14
4.4. Derecho a un medio ambiente sano	II-14
4.5. Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado	II-15
5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva	II-16
5.1. El principio general	II-16
5.2. Los tres supuestos constitucionales	II-16
5.2.1. El propio afectado	II-16
5.2.2. Las asociaciones que propendan a esos fines	II-17
5.2.3. Otros casos	II-18
6. Procesos en que se aplica	II-19
6.1. No solamente el amparo	II-19
6.2. La opción por una vía de mayor debate y prueba	II-21
7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor	II-22
7.1. La legitimación de las asociaciones	II-22
7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público	II-22
7.3. Proceso de conocimiento	II-23
7.4. Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario	II-23
7.5. En caso de duda a favor del consumidor	II-24

7.6. Plazos de caducidad y prescripción	II-25
7.7. Cómputo de la prescripción	II-25
8. Las restricciones empíricas y cómo superarlas	II-26
8.1. Primera restricción empírica	II-26
8.2. Segunda restricción empírica	II-26
8.3. Tercera limitación	II-27
9. La resistencia al cambio	II-27
10. El esquema clásico y su evolución	II-28
10.1. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple	II-28
10.2. Interés difuso	II-29
10.3. La ley de defensa del usuario y del consumidor	II-29
10.4. Los arts. 41 a 43 de la Constitución	II-29
10.5. El derecho a la previa audiencia pública	II-30
11. Prospectiva	II-32

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-14
5. El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva	III-16
6. Casos	III-20
6.1. Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y de- recho a la salud	III-20
6.2. El ejercicio de la profesión de abogado	III-21
6.3. El caso de los carteles y la seguridad vial	III-22
6.4. El caso de las rampas para discapacitados	III-23
6.5. El caso de los bancos de datos y la privacidad	III-24
6.6. El caso del ciudadano <i>Gambier</i> . El derecho a la vigencia del principio de legalidad. Otros derechos colectivos	III-30
6.7. El caso de los medidores de agua	III-32
6.8. El caso de los profesionales monotributistas	III-32
6.9. El caso de los contribuyentes monotributistas	III-32
6.10. Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego	III-33
6.11. Conclusiones para el año 2000	III-33

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Legitimación e interés legítimo	IV-1
2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo	IV-3
3. Cuándo se decide si hay o no legitimación	IV-4
4. El "interés personal y directo" como elemento de la noción de "interés legítimo"	IV-5

5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos	IV-5
6. El interés personal y directo	IV-6
7. Origen y significado actual de este requisito	IV-7
8. Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación	IV-8
9. Las asociaciones	IV-10
10. El interés puede ser patrimonial o moral	IV-11
11. El interés puede ser subjetivo	IV-12
12. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo	IV-13
13. Interpretación de este principio en la práctica argentina	IV-13
14. Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad	IV-14
15. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio	IV-14
16. El interés retrospectivo	IV-15
17. Cuándo se aprecia el interés	IV-16
18. El interés moral ultraactivo	IV-17
19. El interés moral exclusivo o dominante	IV-18

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-4
3. Origen y evolución El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal	V-5
4. Caracteres clásicos generales	V-6
5. Su cambio en el Estado actual	V-7
6. La promoción del bienestar social y el " poder de policía"	V-10
7. La crisis de la "noción" de " poder de policía"	V-12
8. Otros caracteres antiguos de la "policía"	V-13
9. Pérdida de identidad propia	V-13
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica	V-14
11. La distinción entre "policía" y "poder de policía". Crítica	V-16
12. El régimen jurídico de la "policía". Crítica	V-17
13. Fundamento político autoritario	V-19
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, la limitación a los mismos como excepción	V-20
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica	V-21
15.1. Facultades de la administración	V-21
15.2. Facultades del Congreso	V-24

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-2
1.3. La época de las nacionalizaciones	VI-3

1.4. Las privatizaciones de fines del siglo XX	VI-3
1.4.1. Privatizaciones con desmonopolización	VI-3
1.4.2. Privatizaciones con monopolio	VI-4
1.5. Las renovadas discusiones sobre la definición	VI-6
2. Estado actual	VI-8
2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor	VI-8
2.2. Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente	VI-9
2.3. El monopolio privado como nota fundante del régimen especial	VI-10
2.4. El rol del Estado cuando hay libre competencia	VI-11
2.5. Prognosis	VI-12
3. El régimen jurídico del monopolio	VI-12
3.1. Distintos supuestos jurídicos de monopolio	VI-12
3.2. El monopolio espontáneo y de facto	VI-13
3.3. El monopolio en los servicios públicos	VI-13
3.4. El monopolio en la Constitución	VI-14
3.4.1. Obligación de control	VI-14
3.4.2. Participación de los usuarios	VI-15
3.4.3. Marco regulatorio	VI-15
3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario	VI-17
3.4.5. Su aplicación a la tarifa	VI-18
3.4.6. Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías	VI-19
3.4.7. Relaciones con el usuario	VI-20
4. Otras particularidades	VI-21
4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario	VI-21
4.2. Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judiciales, de defensa. Derechos de incidencia colectiva	VI-21
4.3. El ente regulador	VI-22
4.3.1. Su rol	VI-22
4.3.2. Facultades	VI-23
4.3.3. Participación	VI-23
4.3.4. Casos anómalos	VI-23
4.4. Su aplicación a la defensa del usuario	VI-24
4.5. Otros mecanismos de defensa del usuario o consumidor	VI-24
4.5.1. La ley de defensa del usuario y consumidor	VI-24
4.5.2. Defensa de la competencia	VI-25
4.5.3. Lealtad comercial. Propaganda engañosa	VI-26
4.6. La propiedad de la concesión o licencia	VI-26
4.6.1. Servicios públicos	VI-27
4.6.2. Concesión de obra pública	VI-28
5. El régimen jurídico de los servicios públicos privatizados bajo condiciones de monopolio	VI-28
5.1. Interés público e interés individual	VI-28
5.2. El interés público no es el interés de la administración pública	VI-31
5.3. El interés público no es sólo conveniencia material	VI-31
5.4. El régimen jurídico y la protección del interés público	VI-32
6. Las vicisitudes de una noción "esencial"	VI-32
6.1. Identidad metodológica con el dominio público	VI-33
6.2. El servicio público como organización	VI-33
6.3. La finalidad del servicio público	VI-34

6.4. Caracteres del servicio público	VI-34
6.5. El régimen jurídico del servicio público	VI-35
6.6. La noción tradicional y sus elementos	VI-36
6.7. La crisis de este concepto de servicio público	VI-37
6.8. El objeto o finalidad del servicio	VI-39
6.9. El régimen de derecho público	VI-39
6.10. Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público	VI-40

Capítulo VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

1. Introducción	VII-1
2. Los problemas de la realidad en un caso secular	VII-3
3. ¿Regulación vs. desregulación	VII-5
4. Regulación económico-social	VII-6
4.1. Los costos de la regulación	VII-6
4.2. La eficiencia de la regulación	VII-6
5. Auto y heteroregulación	VII-7
6. ¿La regulación protege o lesiona los derechos?	VII-8
7. Los umbrales regulatorios actuales	VII-9
7.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial, etc	VII-9
7.2. Tutela del medio ambiente y la salud	VII-10
7.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad	VII-11
7.4. Otras regulaciones	VII-11
7.5. La regulación de origen internacional	VII-12
8. La actual política legislativa general	VII-13
9. El inexistente equilibrio	VII-13
10. Quién ejerce la regulación en el orden nacional	VII-14
10.1. La salvedad internacional	VII-14
10.2. Las tres variantes primarias	VII-14
10.3. El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994	VII-15
11. Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes	VII-16
11.1. Facultad regulatoria propia y no delegada. Improcedencia de la avocación, alza e intervención	VII-17
11.2. La finalidad de los entes reguladores	VII-18
12. La regulación interjurisdiccional	VII-19
13. La regulación de los servicios públicos privatizados	VII-19
13.1. Las políticas legislativas sectoriales	VII-19
13.2. Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc	VII-20
13.3. Generación de energía	VII-20
13.4. El principio regulatorio	VII-21
14. Las regulaciones de actividades en libre competencia, y de otros sectores económicos o sociales	VII-22
14.1. Regulación económica de bancos, entidades financieras y seguros, etc	VII-22
14.2. Medios de comunicación	VII-22
14.3. Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc	VII-23

14.4. Un caso de ambigüedad terminológica: la desregulación portuaria ..	VII-23
14.5. Otras materias	VII-23
15. Algunas conclusiones	VII-24
15.1. Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplicación	VII-24
15.2. Su caducidad en 1999/2002	VII-25
✕ 15.3. El caso de los entes reguladores creados por ley	VII-25
15.4. La necesaria creación de autoridades regulatorias independientes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999/2002	VII-26
16. El procedimiento regulatorio: la audiencia pública	VII-26
17. Un proyecto para la transición	VII-26
18. No hay alternativas	VII-28

Capítulo VIII

LOS "ACTOS DE GOBIERNO"

I. Planteo general del problema	VIII-1
1. Los diferentes conceptos de "gobierno"	VIII-1
2. Un tercer uso del vocablo: los actos de gobierno	VIII-1
3. Gobierno y actos de gobierno	VIII-2
4. Carácter metajurídico de la teoría	VIII-5
5. Problemas a considerar	VIII-6
II. Origen y evolución de la teoría	VIII-7
6. Origen	VIII-7
7. La tesis subjetiva: no se revisa lo que el Poder Ejecutivo dice que no	VIII-8
8. La teoría objetiva: distinción entre gobierno y administración	VIII-9
9. Insuficiencia de la distinción	VIII-10
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia	VIII-10
III. El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)	VIII-11
11. En la Constitución nacional no hay excepción alguna a la garantía de la defensa en juicio	VIII-11
12. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos	VIII-13
12.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los im- pugnan	VIII-15
12.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él	VIII-16
12.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado direc- tamente	VIII-18
12.4. El alcance de la revisión judicial: la apreciación discrecional o regla- da de los hechos	VIII-19
12.5. Continuación. La revisión de las facultades discrecionales	VIII-21
12.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea "soberano en su esfera"	VIII-22
13. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional	VIII-23
14. Estructura infraconstitucional del Estado	VIII-24
15. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto ...	VIII-25

IV. <i>El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial</i>	VIII-27
16. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos	VIII-27
17. Qué es "revisión judicial"	VIII-28
18. Diferencia entre "revisión judicial" y "anulación judicial del acto"	VIII-29
19. Conclusión: en nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisables judicialmente	VIII-30
20. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo	VIII-31
21. Aplicación de esos límites por el juez	VIII-31
V. <i>El acto de gobierno ante la política</i>	VIII-32
22. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política	VIII-32
23. El principio de la irrevisabilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público	VIII-32
VI. <i>Conclusión</i>	VIII-34
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-34

SECCIÓN IV: LA DEFENSA 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-3
3.1. La aplicación de reglas "procesales" al "procedimiento"	IX-3
3.2. La aplicación de reglas "procedimentales" al "proceso"	IX-4
4. Peligro de la noción amplia	IX-4
5. Derecho procesal administrativo	IX-4
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa	IX-5
6.1. Los órganos administrativos	IX-5
6.2. Los órganos judiciales	IX-6
6.3. Los órganos legislativos	IX-6
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos	IX-6
8. Definición de procedimiento administrativo	IX-7
II. <i>Principios generales del procedimiento administrativo</i>	IX-8
9. Enumeración de los principios	IX-8
9.1. Ámbito de aplicación	IX-8
9.2. Los grandes principios formadores: debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad	IX-8
9.3. El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razonabilidad y justicia	IX-9
9.4. Otros principios	IX-9
10. Primer principio: debido proceso (garantía de la defensa)	IX-10

10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo	IX-10
10.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa	IX-13
10.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política	IX-15
10.4. Elementos de la garantía de la defensa	IX-16
10.4.1. Derecho a ser oído y a una decisión fundada	IX-18
10.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo	IX-20
10.5. Campo de aplicación del principio de la defensa	IX-20
10.6. Nuevos desarrollos del principio	IX-22
11. Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado	IX-22
11.1. El informalismo como arbitrariedad	IX-22
11.2. El informalismo en favor del administrado. Origen	IX-24
11.3. Su formulación en el derecho argentino	IX-24
11.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos	IX-26
11.5. Otras aplicaciones del principio	IX-27
11.6. Conclusión	IX-28
12. Principio de contradicción	IX-29
12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción	IX-29
13. Principio de imparcialidad	IX-32
13.1. La imparcialidad en la práctica	IX-33
13.2. Regla contra el prejuicio	IX-33
13.3. Deber de excusación	IX-33
13.4. Continuación. Principios permanentes del derecho	IX-34
13.5. Imparcialidad del sumariante	IX-34
14. Principio de la legalidad objetiva	IX-34
14.1. Alcances del principio	IX-34
14.2. El principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia ad- ministrativa	IX-36
15. Principio de la oficialidad	IX-38
15.1. Principio de la impulsión de oficio	IX-38
15.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio	IX-38
15.3. Comparación con el proceso civil	IX-39
15.4. Otras consecuencias del principio	IX-40
15.5. Principio de la instrucción	IX-40
15.6. Principio de la verdad material	IX-41
16. Otros principios	IX-42
16.1. Carácter escrito y oral del procedimiento	IX-42
16.2. La oralidad como regla	IX-43
16.3. Mediación o intermediación	IX-43
16.4. Ausencia de costas	IX-44
16.4.1. Improcedencia de la condena en costas	IX-45
16.4.2. Supresión del sellado de actuación	IX-45
16.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción	IX-46
16.5. Celeridad, economía, sencillez y eficacia	IX-46
16.6. Transparencia, objetividad, justicia	IX-47

Capítulo X

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

I. Introducción	X-1
1. La realidad en el derecho administrativo	X-1

II. <i>Las actuaciones administrativas</i>	X-3
2. Actuaciones administrativas y judiciales. Comparación	X-3
3. El trámite de agregación de escritos al expediente	X-4
4. Defectos de foliación	X-6
5. La precaución de guardar copia de los escritos y documentos	X-7
6. La impulsión personal de las actuaciones	X-7
III. <i>Técnicas informales de defensa a través de los reclamos y denuncias</i>	X-10
7. Diferencias entre los recursos, y los reclamos y denuncias: la necesidad de personalizar	X-10
8. Alcances de la personalización	X-11
9. La individualización	X-12
10. La desmitificación	X-12
11. El ataque: la mejor defensa	X-13
12. Por qué la administración es autoritaria	X-17
IV. <i>Estilo administrativo</i>	X-18
13. Estilo administrativo y estilo forense	X-18
14. "Falta de estilo"	X-18
15. Objetividad	X-19
16. Impersonalidad	X-19
17. Valentía	X-20
18. Prudencia	X-20
V. <i>Estructura de los escritos</i>	X-21
19. Exhaustividad	X-21
20. Concisión o resumen	X-22
21. Gradación de los argumentos	X-22
21.1. Exposición de los vicios en el objeto	X-22
21.2. Los vicios en la competencia	X-22
21.3. Los vicios objetivos de la voluntad	X-22
21.4. Los vicios subjetivos de la voluntad y los vicios de forma	X-23
21.5. Conclusión	X-23

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-7
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. <i>Town Meetings</i>	XI-8
1.4. Carácter prescriptivo	XI-9
2. Principios generales	XI-10
2.1. Enunciación	XI-10
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación	XI-10
2.3. Instrucción	XI-11
2.4. Carácter contingente de la gratuidad	XI-11
2.5. La cuestión de la publicidad	XI-12
3. Desarrollo del procedimiento	XI-13
3.1. La preaudiencia	XI-13
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro	XI-14
3.3. Publicidad de la sesión del ente	XI-15

4. Partes	XI-15
5. Mediación o intermediación	XI-16
6. Instrucción	XI-18
7. Forma y sustancia	XI-18

Capítulo XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. Ámbito de aplicación	XII-1
1.1. La administración pública nacional, provincial y municipal	XII-1
1.2. Los monopolios privatizados	XII-4
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-6
2.3.1. Comparación de ofertas	XII-7
2.3.2. Máxima concurrencia posible. Informalismo	XII-7
3. Principios de la licitación pública	XII-8
3.1. Publicidad y transparencia	XII-8
3.1.1. El primer mecanismo de corrupción, "clubes", etc.: la venta de los pliegos	XII-9
3.1.2. ¿Publicación para interesados, o para el público?	XII-10
3.1.3. Autonomía de los pliegos	XII-11
3.1.4. Impugnación de los pliegos	XII-11
3.2. Concurrencia	XII-14
3.3. Informalismo	XII-15
3.3.1. Finalidad del formalismo y sus límites	XII-16
3.3.2. La igualdad en la licitación	XII-19
3.3.3. Evolución internacional hacia el informalismo	XII-19
4. Etapas de la licitación pública	XII-20
4.1. Introducción	XII-20
4.2. No existe preclusión procesal	XII-20
4.3. Pliegos de la licitación	XII-21
4.3.1. En general	XII-21
4.3.2. Los problemas de la preparación del pliego y el contrato	XII-21
4.3.3. El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo	XII-22
4.3.4. La participación de los eferentes en la elaboración del pliego.....	XII-23
4.3.5. La calificación jurídica del contrato en el pliego.....	XII-23
4.3.6. La descripción técnica del objeto	XII-24
4.4. Audiencia pública previa	XII-25
4.5. El llamado a licitación	XII-26
4.6. La publicación de los avisos	XII-26
5. La presentación de las ofertas	XII-27
5.1. Inscripción en el registro	XII-27
5.2. Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales	XII-27
5.3. Depósito de garantía	XII-28
5.4. Entrega de los sobres	XII-28
5.5. Apertura de los sobres	XII-29
5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores	XII-31

5.7. Mantenimiento de las propuestas	XII-31
5.8. Sujeción a los pliegos	XII-32
5.8.1. Ofertas condicionadas	XII-34
5.8.2. Oferta firme, cierta, única y seria	XII-35
5.8.3. Vicios de forma. Requisitos sin propósito	XII-36
5.9. El principio de contradicción en el análisis de las ofertas	XII-37
5.10. Criterios para la admisión de ofertas	XII-37
5.11. Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación	XII-39
5.12. La adjudicación como facultad reglada	XII-39
5.13. Requisitos especiales	XII-41
6. La aceptación de las oferta: la adjudicación	XII-41
6.1. Preadjudicación	XII-41
6.2. Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente	XII-41
6.3. Contratación directa por razones de urgencia	XII-42
6.4. Carácter no obligatorio de la adjudicación	XII-42
6.5. Derechos de los oferentes	XII-43
6.6. Sobre quién debe recaer la adjudicación	XII-44
6.7. Eficiencia	XII-45
6.8. Equidad y justicia. Razonabilidad	XII-46
6.9. Perfeccionamiento del contrato	XII-46
6.10. Aclaraciones al pliego	XII-47
7. Excepciones al requisito de la licitación pública	XII-47
7.1. Monto menor a una suma determinada	XII-48
7.2. Adicionales	XII-48
7.3. Urgencia	XII-48
7.4. Reserva	XII-49
7.5. Especial capacidad	XII-50
7.6. Marca, patente o privilegio	XII-50
7.7. Licitación pública desierta	XII-50
7.8. Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas	XII-50
7.9. Licitación pública anulada	XII-51
8. El régimen de iniciativa privada	XII-51

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-3
2.1. Derechos protegidos	XIII-3
2.2. Naturaleza del procedimiento	XIII-3
2.3. Facultades del tribunal en la sentencia	XIII-3
3. Las confusiones entre “lo contenciosoadministrativo” y el derecho procesal administrativo	XIII-4
3.1. La cuestión de la competencia procesal administrativa	XIII-6
3.1.1. Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital	XIII-6
3.1.2. Hoy en la Capital y algunas provincias	XIII-7
3.1.3. La cuestión del agotamiento de la vía administrativa	XIII-9
4. Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés....	XIII-11

5. Superación de la confusión entre el "contencioso administrativo" provincial y el derecho procesal federal	XIII-12
II. <i>El control judicial, hoy</i>	XIII-14
6. La acción en defensa del usuario y del consumidor	XIII-14
7. Los progresos y sus limitaciones	XIII-18
7.1. Control de la discrecionalidad	XIII-18
7.2. Control de la discrecionalidad y regulación técnica	XIII-18
7.3. Acción declarativa de inconstitucionalidad	XIII-18
8. El amparo	XIII-19
8.1. En la Capital Federal	XIII-19
8.1.1. La mala recepción judicial del amparo y las cautelares	XIII-20
8.1.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad	XIII-21
8.1.3. Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige	XIII-22
8.1.4. Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios	XIII-23
8.2. En los tribunales federales del interior	XIII-24
8.3. En los tribunales contencioso administrativos provinciales	XIII-24
8.4. El amparo por mora de la administración	XIII-26
9. Las medidas cautelares	XIII-27
9.1. Las variantes	XIII-27
9.2. Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho vs. la presunción de legitimidad del acto administrativo ..	XIII-27
9.3. El peligro en la demora	XIII-31
9.4. La balanza entre el <i>periculum</i> y la verosimilitud	XIII-31
9.5. Que no se confunda con el objeto de la acción	XIII-32
9.6. La acreditación prima facie de los requisitos de la cautelar: información sumaria	XIII-32
9.7. El <i>solve et repete</i>	XIII-33
9.8. La cautela autosatisfactiva o anticipatoria	XIII-35
10. "Acción" y "recurso de apelación": evolución hacia la identidad	XIII-36
11. Estado actual del control judicial	XIII-39
12. Perspectivas	XIII-40

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-2
1.2.2. La capacidad de revisar, no de hacer	XIV-3
1.2.3. La alternativa de revisar dos sentencias por día	XIV-3
1.2.4. La alternativa de cuatro sentencias por día	XIV-3
1.3. Cien mil decretos por año, cuatrocientos por día	XIV-4
1.4. ¿Cuál es la realidad funcional del Poder Judicial?	XIV-4
1.5. Noticias buenas y malas	XIV-5

1.6. Una decisión política e institucional que la sociedad adopta	XIV-6
1.7. Las excusas	XIV-6
1.7.1. No queremos justicia	XIV-6
1.7.2. No hay tantas personas que sirvan para juez	XIV-6
1.7.3. Es muy caro tener justicia	XIV-7
1.7.4. Continuación. El costo de la corrupción y el costo de evitarla. ¿Cuál es mayor?	XIV-7
1.8. Mientras pensamos el problema, busquemos alternativas	XIV-8
2. Un Código no resuelve la cuestión: hace falta convicción social y judicial	XIV-9
3. ¿Se puede hacer algo mientras se logra el consenso de tener más jueces? ..	XIV-11
4. Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual	XIV-11
4.1. El problema	XIV-11
4.2. Viejas alternativas no aceptadas	XIV-13
4.3. Otras variantes no aceptadas hasta el presente	XIV-14
4.4. Una innovación social	XIV-15
4.5. ¿Una cuestión de números?	XIV-16
4.6. Cumplir el artículo 43 de la Constitución	XIV-17
4.7. Prohibamos la clonación	XIV-18
4.8. La legitimación internacional	XIV-19
4.9. La legitimación amplia y los efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia	XIV-20
5. El costo social del rechazo de amparos <i>in limine litis</i> o sin resolver	XIV-21
5.1. Algunas soluciones	XIV-22
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-23
6.1. La alternativa de un sistema masivo de conjucees	XIV-24
6.2. Convenio Facultad de Derecho-Colegio de Escribanos	XIV-25
6.3. Magistrados jubilados	XIV-25
6.4. C.P.A.C.F	XIV-25
6.5. Causales de recusación y excusación	XIV-25
7. Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial	XIV-26
7.1. La reacción instintiva	XIV-26

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-3
4. Algunas limitaciones comunes al procedimiento administrativo y proceso judicial	XV-3
4.1. Lentitud	XV-4
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-4
4.3. Eficacia	XV-4
4.4. Reparación	XV-5
4.5. Influencias subjetivas y objetivas	XV-6
4.6. Prerrogativas y limitaciones	XV-6
5. Potestades teóricas y prácticas	XV-7

5.1. La reforma o sustitución del acto	XV-7
5.2. El control de mérito o conveniencia	XV-8
5.3. La posibilidad de aconsejar	XV-9
6. El rol de tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las posturas reales	XV-10
6.1. El rol	XV-10
6.2. La percepción pública	XV-11
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. El manejo de los tiempos. La oportunidad de la publicidad	XV-12
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional	XV-13
9. La discreción política del control jurisdiccional	XV-15
10. El costo	XV-16
11. La asertividad del pronunciamiento	XV-17
12. La posibilidad de avenimiento	XV-17
13. Otras diferencias	XV-18
14. El control de la administración pública: la causación circular en el desarrollo cultural y político	XV-19
15. Conclusiones tentativas	XV-20

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-3
2. Introducción	XVI-3
3. La responsabilidad del Estado por la violación a la Convención Americana de Derechos Humanos	XVI-3
3.1. El fundamento	XVI-3
3.2. El procedimiento	XVI-4
3.3. Continuación. Algo más sobre la legitimación	XVI-4
4. Otras convenciones con tutela supranacional	XVI-5
4.1. Tratados internacionales y supranacionales	XVI-5
4.2. Tratados bilaterales de tutela de la inversión extranjera	XVI-5
5. La responsabilidad del Estado por crímenes previstos en otros tratados	XVI-5
5.1. Tortura. Genocidio	XVI-5
5.2. Corrupción	XVI-6
6. Remisión	XVI-7
7. Aplicación interna	XVI-8
III. <i>La defensa internacional de los derechos de agentes y exagentes públicos internacionales</i>	XVI-9
8. Los justiciables. La materia administrativa	XVI-9
9. La composición y organización del tribunal	XVI-10
9.1. Composición del tribunal	XVI-10
9.2. Efectos prácticos de la composición	XVI-11
9.3. Perfil de los magistrados	XVI-11
9.4. Organización	XVI-11

9.5. La Presidencia	XVI-12
10. La delegación de la creación de las normas del procedimiento	XVI-12
11. Agotamiento de la vía administrativa	XVI-13
12. Reuniones ex parte	XVI-13
13. La sentencia	XVI-13
14. Principios jurídicos generales. Remisión	XVI-14

Capítulo XVII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO NACIONAL

1. La influencia jurídico—cultural en la materia	XVII-1
2. El contexto de nuestra legislación clásica	XVII-1
3. La multivocidad del término “arbitraje”	XVII-3
4. El Estado como árbitro o como parte en un arbitraje	XVII-4
5. La función del árbitro tercero	XVII-5
5.1. La distinción entre árbitro y arbitrador	XVII-5
5.2. El pronunciamiento del árbitro tercero	XVII-5
6. El trasfondo de la resistencia local al arbitraje	XVII-6
6.1. El temor a las regulaciones excesivas de honorarios	XVII-8
6.2. Filosofías jurídicas en juego	XVII-9
6.3. El temor a un tribunal de equidad, justicia	XVII-10
6.4. La ejecutoriedad de la sentencia arbitral	XVII-11
7. La interpretación restrictiva del arbitraje, como principio local	XVII-11
7.1. El contexto y los casos puntuales	XVII-12
7.2. La interpretación restrictiva a cuestiones técnicas	XVII-12
7.3. Las dificultades del CPCCN	XVII-12
7.4. Jurisdicción originaria en causas de las Provincias	XVII-12
8. El poco éxito de los intentos privados	XVII-13
9. El Estado como parte en un arbitraje interno	XVII-13
10. El tribunal arbitral de obras públicas	XVII-14

Capítulo XVIII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

1. Antecedentes del arbitraje administrativo internacional	XVIII-1
1.1. Los albores del derecho internacional	XVIII-1
1.1.1. Los internacionalistas	XVIII-1
1.1.2. La visión de un abogado litigante	XVIII-2
1.1.3. El arbitraje internacional como “excepción”	XVIII-2
1.2. Algunas primeras señales de cambio	XVIII-3
1.3. La Argentina en el proceso de globalización	XVIII-3
1.4. El contexto internacionalista argentino	XVIII-4
1.5. Los múltiples tratados de arbitraje	XVIII-6
1.6. El arbitraje internacional entre Estados	XVIII-6
1.7. La “internacionalidad” del arbitraje	XVIII-8
1.7.1. ¿El lugar del arbitraje, las partes y el procedimiento?	XVIII-8
1.7.2. ¿El inversor extranjero?	XVIII-9
1.7.3. ¿La residencia de las partes?	XVIII-9
1.7.4. ¿El lugar del arbitraje es determinante?	XVIII-9
1.7.5. ¿La sola nacionalidad del árbitro tercero es determinante?	XVIII-10

	1.7.6. Algunas primeras reflexiones	XVIII-10
12	2. La materia arbitral en algunos tratados recientes	XVIII-11
13	2.1. Introducción	XVIII-11
13	2.2. La protección a los inversores de Estados no partes del Mercosur	XVIII-12
13	2.3. Tratados bilaterales con elección excluyente de vías	XVIII-13
14	2.4. Tratados con jurisdicción arbitral de alzada	XVIII-14
	2.5. ¿Por qué tantos tratados?	XVIII-14
	3. Los problemas pendientes	XVIII-16
	3.1. La paradójal comparación al viejo "contencioso administrativo"	XVIII-16
	3.2. ¿El arbitraje internacional es cuestión de derecho nacional?	XVIII-18
	3.3. La renuncia forzada a la jurisdicción arbitral	XVIII-19
	3.4. La oportuna introducción de la cuestión arbitral	XVIII-20
	3.5. La ulterior intervención forzosa del tribunal nacional	XVIII-22
-1	4. Aspectos comunes a resolver	XVIII-22
-1	4.1. Los diversos temores y su fundamentación racional	XVIII-22
-3	4.2. Cuidar que la administración tenga una <i>fair chance</i>	XVIII-23
-4	4.3. El temor al árbitro desconocido	XVIII-24
-5	4.4. El temor al proceso desconocido	XVIII-24
-5	4.5. Integración del tribunal	XVIII-25
-6	4.6. La sede del tribunal	XVIII-26
-8	4.7. Conclusiones tentativas	XVIII-26
-9	5. Los caminos del arbitraje	XVIII-26
10	5.1. Una organización internacional de arbitraje	XVIII-26
11	5.2. Un tribunal permanente, no agónico ni de crisis	XVIII-28
11	5.3. El camino colectivo del Mercosur	XVIII-28
12	5.4. El camino nacional solitario	XVIII-29
12		
12		
13		
13		
14		

SECCIÓN V: LA RESPONSABILIDAD POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS

Capítulo XIX

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1	1. Importancia práctica, jurídica y política del problema	XIX-1
1	2. El fracaso previo	XIX-3
1	2.1. La responsabilidad civil	XIX-3
2	2.2. La responsabilidad constitucional	XIX-3
2	2.3. Ahora, la responsabilidad internacional	XIX-4
3	3. Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil	XIX-5
3	4. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario	XIX-5
4	4.1. Los particulares	XIX-5
6	4.2. Los demás funcionarios públicos	XIX-6
6	4.3. El Estado	XIX-7
8	5. Quiénes son responsables	XIX-9
8	6. Problemas que presenta el artículo 1112	XIX-9
9	7. La omisión como causal de responsabilidad	XIX-11
9	8. El daño como elemento de la responsabilidad	XIX-13
0		

8.1. El problema de las relaciones entre particulares	XIX-13
8.2. La concatenación o la alternativa de daño material y daño moral. Modos alternativos de reparación	XIX-13
8.3. El daño económicamente apreciable	XIX-15
9. La culpa como elemento de la responsabilidad	XIX-17
9.1. La necesidad de que haya culpa	XIX-17
9.2. El caso del error	XIX-18
10. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales	XIX-18
11. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidas directamente al interesado	XIX-19
11.1. Qué son las "obligaciones legales"	XIX-19
11.2. Algunas obligaciones en particular	XIX-20
11.3. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado	XIX-22
12. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la responsabi- lidad del Estado	XIX-24
12.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funciona- rios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado	XIX-24
12.2. Es una obligación conjunta <i>in solidum</i>	XIX-25

Capítulo XX

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Y DE SUS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS

I. <i>Introducción</i>	XX-1
1. El <i>status quo ante</i> y sus problemas	XX-1
1.1. El viejo dogma de la responsabilidad del Estado	XX-1
1.2. La vieja utopía de la responsabilidad del funcionario	XX-2
1.3. La responsabilidad por error judicial. Hacia la responsabilidad política de los jueces	XX-3
2. La responsabilidad del Estado en transición	XX-3
2.1. Sus dos aspectos	XX-3
2.2. La responsabilidad internacional aumentada	XX-4
2.3. La responsabilidad interna disminuida	XX-5
2.4. La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesio- narios	XX-8
3. La responsabilidad de los concesionarios y licenciatarios de servicios pú- blicos	XX-10
3.1. La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores	XX-10
3.2. Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos	XX-12
3.3. La responsabilidad de los concesionarios viales	XX-13
4. La responsabilidad civil en general	XX-14
4.1. Elementos	XX-14
4.2. La antijuridicidad	XX-16
4.3. El daño	XX-18
4.4. La culpa	XX-19
II. <i>Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos</i>	XX-19

5. En general	XX-19
6. La responsabilidad por hechos y actos administrativos	XX-20
7. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado	XX-21
7.1. Distinción por "funcionarios" o "empleados"	XX-21
7.2. Distinción por "actos" y "hechos"	XX-22
7.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima	XX-23
8. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado	XX-24
9. La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy	XX-25
10. Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales	XX-26
III. <i>El problema de las responsabilidades especiales</i>	XX-28
11. La responsabilidad por acto judicial irregular	XX-28
11.1. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial regular	XX-28
11.2. Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial	XX-29
12. Responsabilidad por acto legislativo	XX-30
12.1. La regla de la irresponsabilidad interna por actos legislativos	XX-30
12.2. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo	XX-31
12.2.1. Perjuicio especial	XX-31
12.2.2. Enriquecimiento sin causa	XX-31
12.2.3. Sustitución del derecho por una indemnización	XX-32
12.2.4. Posible desarrollo de las excepciones	XX-32
13. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional	XX-33