

La defensa del usuario y del administrado

I.S.B.N 978-958-5134-98-0

I.S.B.N Digital: 978-958-5134-99-7

© Agustín Gordillo 2021

© Editorial Diké 2021

www.editorialdike.com

Editorial Diké S.A.S.

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesascomercial@gmail.com

Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Tel.: 704 6822

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

Av. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas

1010 / info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciu-

dad de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng

e-mail: dikesas.diagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

AGUSTÍN GORDILLO

La defensa del usuario y del administrado

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ

Edición 2021



Catalogación en la publicación

Gordillo, Agustín

La defensa del usuario y del administrado / Agustín Gordillo; prólogo de Jorge A. Sáenz. -- Medellín: Editorial Diké; Cali: Universidad Santiago de Cali, 2021.

688p.

ISBN: 978-958-5134-98-0 --- 978-958-5134-99-7 (digital)

1. Protección del consumidor - Argentina 2. Servicios públicos - Aspectos jurídicos - Argentina 3. Derecho administrativo - Argentina I. Sáenz, Jorge A., prolog. II. Título

CDD: 342.82066 ed. 23 CO-BoBN- a1082610

Editorial Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

ÍNDICE

Prólogo	P-1 / 25
---------------	----------

Capítulo I

LA PRUEBA DE LOS DERECHOS

1. Recapitulación	I-1 / 35
2. Introducción	I-7 / 41
2.1. Unidad de la prueba en los distintos procesos	I-7 / 41
2.2. Creación o aplicación del derecho. Verdad y prueba	I-7 / 41
2.3. La dispensa de prueba	I-8 / 42
2.4. La prueba en las facultades regladas y discrecionales	I-9 / 43
3. Los tiempos de producción de la prueba	I-10 / 44
3.1. La carga y oportunidad de la prueba	I-10 / 44
3.2. Prueba en sede administrativa: El expediente	I-11 / 45
3.2.1. Su carácter de instrumento público o no	I-12 / 46
3.2.2. La doctrina de los actos propios y el expediente administra- tivo	I-14 / 48
3.2.3. La vista y fotocopia del expediente	I-15 / 49
3.3. La prueba en sede judicial	I-15 / 49
3.4. Prueba judicial en otra jurisdicción o competencia	I-16 / 50
3.5. Producción privada de la prueba	I-18 / 52
3.5.1. Testimonios	I-18 / 52
3.5.2. Pericias	I-18 / 52
4. Legalidad y admisibilidad de la prueba	I-18 / 52
4.1. Las pruebas ilegalmente obtenidas. Pruebas reservadas o secretas... I-18 / 52	

4.2. El alegato informal.....	I-19 / 53
4.3. Pruebas inadmisibles.....	I-20 / 54
4.4. Pruebas que hacen a la privacidad de la persona	I-20 / 54
5. Medios de prueba.....	I-21 / 55
5.1. Prueba testimonial y de absolución de posiciones	I-21 / 55
5.1.1. De los funcionarios públicos.....	I-21 / 55
5.1.2. De los particulares	I-22 / 56
5.1.3. Testigos expertos.....	I-22 / 56
5.2. Pericias e informes técnicos	I-22 / 56
5.3. Fotografías y video.....	I-23 / 57
5.4. Fax, télex, etc.	I-24 / 58
5.5. Prueba de informes	I-24 / 58
5.6. Grabaciones telefónicas.....	I-24 / 58
5.6.1. Telefonía común.....	I-24 / 58
5.6.2. Telefonía celular y otras grabaciones.....	I-25 / 59
5.7. Otros medios de prueba.....	I-25 / 59
6. Gobierno y apreciación de la prueba. Teoría y <i>praxis</i>	I-27 / 61
6.1. En primera instancia judicial.....	I-27 / 61
6.2. En instancia única colegiada	I-28 / 62
6.3. La importancia de la prueba privada en tales casos.....	I-29 / 63
6.4. El prejuzgamiento judicial en casos de instancia colegiada única.....	I-29 / 63
6.5. Eficacia y admisibilidad de la prueba	I-29 / 63

Capítulo II

DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Las categorías de derechos y su defensa	II-1 / 65
2. En la legislación anterior a la reforma constitucional	II-6 / 70
3. Los nuevos derechos y garantías de incidencia colectiva	II-8 / 72
4. Algunos ejemplos.....	II-11 / 75
4.1. Derecho a la competencia y al control de los monopolios	II-11 / 75
4.2. Derechos colectivos de los usuarios: Sus intereses económicos. Tarifas y ganancias excesivas e irrazonables.....	II-13 / 77
4.3. Derecho a la no discriminación	II-16 / 80
4.4. Derecho a un medio ambiente sano.....	II-17 / 81
4.5. Los bienes y derechos colectivos en el derecho privado.....	II-18 / 82
5. La legitimación en los derechos de incidencia colectiva	II-20 / 84
5.1. El principio general.....	II-20 / 84
5.2. Los tres supuestos constitucionales.....	II-20 / 84
5.2.1. El propio afectado.....	II-21 / 85
5.2.2. Las asociaciones <i>lato sensu</i> que propendan a esos fines.....	II-22 / 86
5.2.3. Otros casos	II-23 / 87
6. Procesos en que se aplica	II-24 / 88
6.1. No solamente el amparo.....	II-24 / 88
6.2. La opción por una vía de mayor debate y prueba.....	II-26 / 90
7. El proceso de conocimiento de la ley de defensa del consumidor	II-27 / 91
7.1. La legitimación de las asociaciones.....	II-27 / 91
7.2. La legitimación adicional obligatoria del ministerio público.....	II-27 / 91
7.3. Proceso de conocimiento	II-28 / 92

7.4. Cláusulas nulas y recomposición del contrato. Interpretación más favorable al consumidor o usuario.....	II-28 / 92
7.5. En caso de duda a favor del consumidor	II-30 / 94
7.6. Plazos de caducidad y prescripción	II-30 / 94
7.7. Cómputo de la prescripción	II-31 / 95
8. Las restricciones empíricas y cómo superarlas.....	II-32 / 96
8.1. Primera restricción empírica	II-32 / 96
8.2. Segunda restricción empírica.....	II-32 / 96
8.3. Tercera limitación	II-33 / 97
9. La resistencia al cambio.....	II-33 / 97
10. El esquema clásico y su evolución.....	II-35 / 99
10.1. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés simple	II-35 / 99
10.2. Interés difuso	II-35 / 99
10.3. La ley de defensa del usuario y del consumidor	II-35 / 99
10.4. Los arts. 41 a 43 de la Constitución.....	II-35 / 99
10.5. El derecho a la previa audiencia pública	II-36 / 100
11. Algunas novedades en materia de licencias y renegociaciones.....	II-39 / 103
12. Prospectiva	II-40 / 104

Capítulo III

EL DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO DE INCIDENCIA COLECTIVA

1. Introducción	III-1 / 107
2. Problemas procesales	III-3 / 109
3. El derecho subjetivo como interés.....	III-10 / 116
4. El derecho subjetivo como interés exclusivo y excluyente y la plurali- dad de pretensiones.....	III-15 / 121
5. El interés legítimo, derecho subjetivo y derecho de incidencia colectiva	III-17 / 123
6. Casos	III-21 / 127
6.1. Pluralidad de pretensiones en las tarifas de servicios públicos y derecho a la salud.....	III-21 / 127
6.2. El ejercicio de la profesión de abogado.....	III-22 / 128
6.3. El caso de los carteles y la seguridad vial.....	III-23 / 129
6.4. El caso de las rampas para discapacitados.....	III-25 / 131
6.5. El caso de los bancos de datos y la privacidad.....	III-25 / 131
6.6. El caso del ciudadano <i>Gambier</i> . El derecho a la vigencia del prin- cipio de legalidad. Otros derechos colectivos	III-31 / 137
6.7. El caso de los medidores de agua y de los cargos tarifarios.....	III-34 / 140
6.8. El caso de los profesionales monotributistas	III-34 / 140
6.9. El caso de los contribuyentes monotributistas	III-35 / 141
6.10. Amparo contra el pliego de una licitación, sin comprar el pliego.....	III-35 / 141
6.11. Otros amparos contra el despilfarro público.....	III-36 / 142
6.12. Conclusiones para el comienzo del siglo XXI.....	III-36 / 142

Capítulo IV

EL INTERÉS LEGÍTIMO

1. Legitimación e interés legítimo	IV-1 / 143
2. Ilegitimidad o inoportunidad del acto impugnado y legitimación para atacarlo	IV-4 / 146
3. Cuándo se decide si hay o no legitimación	IV-4 / 146
4. El “interés personal y directo” como elemento de la noción de “interés legítimo”	IV-5 / 147
5. El interés debe ser de un círculo definido y limitado de individuos	IV-5 / 147
6. El interés personal y directo	IV-7 / 149
7. Origen y significado actual de este requisito	IV-8 / 150
8. Su antigua interpretación en la práctica argentina. Superación	IV-9 / 151
9. Las asociaciones	IV-11 / 153
10. El interés puede ser patrimonial o moral	IV-12 / 154
11. El interés puede ser subjetivo	IV-13 / 155
12. El interés puede ser actual, eventual o retrospectivo	IV-14 / 156
13. Interpretación de este principio en la práctica argentina	IV-14 / 156
14. Evolución actual. El resurgimiento de la denuncia de ilegitimidad ..	IV-15 / 157
15. El problema del interés en los recursos interpuestos en subsidio	IV-16 / 158
16. El interés retrospectivo	IV-16 / 158
17. Cuándo se aprecia el interés	IV-17 / 159
18. El interés moral ultraactivo	IV-18 / 160
19. El interés moral exclusivo o dominante	IV-20 / 162

Capítulo V

EL “PODER DE POLICÍA”

1. Poder o función. Autoridad o libertad	V-1 / 165
2. Atribución o servicio público	V-5 / 169
3. Origen y evolución. El poder de policía en el Estado de Policía y en el Estado liberal	V-6 / 170
4. Caracteres clásicos generales	V-8 / 172
5. Su cambio en el Estado actual	V-9 / 173
6. La promoción del bienestar social y el “poder de policía”	V-13 / 177
7. La crisis de la “noción” de “poder de policía”	V-14 / 178
8. Otros caracteres antiguos de la “policía”	V-15 / 179
9. Pérdida de identidad propia	V-16 / 180
10. Caracteres en la doctrina actual. Crítica	V-17 / 181
11. La distinción entre “policía” y “poder de policía.” Crítica	V-18 / 182
12. El régimen jurídico de la “policía.” Crítica	V-20 / 184
13. Fundamento político autoritario	V-22 / 186
14. La inversión del principio. Los derechos individuales como principio, su limitación como excepción	V-23 / 187
15. Conclusiones. La purificación de la técnica científica	V-24 / 188
15.1. Facultades de la administración	V-24 / 188
15.2. Facultades del Congreso	V-27 / 191

Capítulo VI

SERVICIOS PÚBLICOS

1. Origen y evolución	VI-1 / 197
1.1. Origen	VI-1 / 197
1.2. Fines del siglo XIX y comienzos del XX.....	VI-3 / 199
1.3. La época de las nacionalizaciones.....	VI-3 / 199
1.4. Las privatizaciones de fines del siglo XX.....	VI-4 / 200
1.4.1. Privatizaciones con desmonopolización	VI-4 / 200
1.4.2. Privatizaciones con monopolio.....	VI-5 / 201
1.5. Las renovadas discusiones sobre la definición.....	VI-8 / 204
2. Estado actual.....	VI-10 / 206
2.1. La existencia de marco regulatorio legal y ente independiente de contralor, audiencias públicas, protección del usuario o consumidor.....	VI-10 / 206
2.2. Las privatizaciones sin marco legal ni ente regulatorio independiente	VI-12 / 208
2.3. El monopolio privado como nota fundante del régimen especial....	VI-13 / 209
2.4. El rol del Estado cuando hay libre competencia.....	VI-14 / 210
2.5. Prognosis	VI-15 / 211
2.5.1. A fines del siglo XX.....	VI-15 / 211
2.5.2. En la primera década del siglo XXI	VI-16 / 212
3. El régimen jurídico del monopolio	VI-16 / 212
3.1. Distintos supuestos jurídicos de monopolio	VI-16 / 212
3.2. El monopolio espontáneo y de facto	VI-17 / 213
3.3. El monopolio en los servicios públicos	VI-18 / 214
3.4. El monopolio en la Constitución.....	VI-19 / 215
3.4.1. Obligación de control	VI-19 / 215
3.4.2. Participación de los usuarios.....	VI-20 / 216
3.4.3. Marco regulatorio	VI-20 / 216
3.4.4. Interpretación restrictiva de los derechos del concesionario y licenciatario	VI-23 / 219
3.4.5. Su aplicación a la tarifa.....	VI-24 / 220
3.4.6. Las cargas, los gastos y las inversiones reales. Las auditorías.....	VI-25 / 221
3.4.7. Relaciones con el usuario	VI-26 / 222
4. Otras particularidades.....	VI-27 / 223
4.1. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario....	VI-27 / 223
4.2. Los sistemas individuales y colectivos, administrativos y judicia- les, de defensa. Derechos de incidencia colectiva.....	VI-29 / 225
4.3. El ente regulador	VI-31 / 227
4.3.1. Su rol.....	VI-31 / 227
4.3.2. Facultades	VI-31 / 227
4.3.3. Participación.....	VI-32 / 228
4.3.4. Casos especiales	VI-32 / 228
4.4. Su aplicación a la defensa del usuario	VI-33 / 229
4.5. Otros mecanismos de defensa del usuario o consumidor.....	VI-33 / 229
4.5.1. La ley de defensa del usuario y consumidor	VI-33 / 229
4.5.2. Defensa de la competencia.....	VI-34 / 230
4.5.3. Lealtad comercial. Propaganda engañosa	VI-35 / 231

4.6. La propiedad de la concesión o licencia.....	VI-36 / 232
4.6.1. Servicios públicos	VI-36 / 232
4.6.2. Concesión de obra pública	VI-38 / 234
5. Felicidad colectiva, interés público, bien común, <i>omnis et singulatis</i> , <i>Everything and Nothing</i>	VI-39 / 235
5.1. La inefable felicidad colectiva	VI-39 / 235
5.2. Interés público e interés individual	VI-41 / 237
5.2.1. Un intento de racionalidad	VI-41 / 237
5.2.2. Libertad de prensa y expresión del pensamiento	VI-41 / 237
5.2.3. La ocupación del espacio público	VI-42 / 238
5.2.4. La interrupción del tránsito público y actividades similares	VI-42 / 238
5.2.5. Monopolio y libre competencia.....	VI-43 / 239
5.2.6. Un ejemplo colonial	VI-43 / 239
5.2.7. Usuarios y consumidores	VI-43 / 239
5.2.8. El interés público como interés de una mayoría concreta de individuos	VI-44 / 240
5.3. El interés público no es el interés de la administración pública	VI-45 / 241
5.4. El interés público no es sólo conveniencia material	VI-45 / 241
5.5. El régimen jurídico y la protección del interés público	VI-46 / 242
6. Las vicisitudes de una noción “esencial” de servicio público.....	VI-47 / 243
6.1. Identidad metodológica con el dominio público.....	VI-48 / 244
6.2. El servicio público como organización.....	VI-48 / 244
6.3. La finalidad del servicio público.....	VI-48 / 244
6.4. Caracteres del servicio público	VI-49 / 245
6.5. El régimen jurídico del servicio público.....	VI-50 / 246
6.6. La noción tradicional y sus elementos	VI-51 / 247
6.7. La crisis de este concepto de servicio público	VI-52 / 248
6.8. El objeto o finalidad del servicio	VI-53 / 249
6.9. El régimen de derecho público.....	VI-54 / 250
6.10. Conclusión. La supresión de la noción esencial o funcional de servicio público	VI-55 / 251

Capítulo VII

LA REGULACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL

1. Introducción	VII-1 / 253
2. Fundamento de la intervención estatal.....	VII-3 / 255
3. La eterna emergencia económica.....	VII-4 / 256
4. Antecedentes de los entes reguladores.....	VII-5 / 257
5. ¿Regulación <i>vs.</i> desregulación?.....	VII-6 / 258
6. Regulación económico-social.....	VII-8 / 260
6.1. Los costos de la regulación	VII-8 / 260
6.2. La eficiencia de la regulación	VII-9 / 261
7. Una vieja alternativa: La participación, concertación y el control social.....	VII-9 / 261
8. Auto y heteroregulación	VII-10 / 262
9. Los umbrales regulatorios actuales	VII-12 / 264

9.1. Defensa del usuario y consumidor, de la competencia, lealtad comercial.....	VII-12 / 264
9.2. Tutela del medio ambiente y la salud	VII-14 / 266
9.3. Defensa de la privacidad y confidencialidad	VII-15 / 267
9.4. Otras regulaciones	VII-15 / 267
9.5. La regulación de origen internacional	VII-17 / 269
10. La actual política legislativa general	VII-17 / 269
11. El inexistente equilibrio.....	VII-19 / 271
11.1 Consecuencias económicas.....	VII-20 / 272
11.2 Consecuencias sociales	VII-20 / 272
12. Quién ejerce la regulación en el orden nacional	VII-21 / 273
12.1. La salvedad internacional	VII-21 / 273
12.2. Las tres variantes primarias	VII-22 / 274
12.3. El fin de las delegaciones legislativas preexistentes, por la Constitución de 1994.....	VII-23 / 275
13. Los entes reguladores o autoridades regulatorias independientes... VII-24 / 276	
13.1. Facultad regulatoria propia y no delegada. Improcedencia de la avocación,alzada e intervención	VII-25 / 277
13.2. La finalidad de los entes reguladores	VII-27 / 279
14. La regulación interjurisdiccional	VII-27 / 279
15. La regulación de los servicios públicos privatizados	VII-28 / 280
15.1. Las políticas legislativas sectoriales	VII-28 / 280
15.2. Tarifas de servicios públicos, planes de obras e inversiones, etc.....	VII-29 / 281
15.3. Generación de energía.....	VII-30 / 282
15.4. El principio regulatorio.....	VII-30 / 282
16. Las regulaciones de actividades en libre competencia y de otros sectores económicos o sociales.....	VII-31 / 283
16.1. Regulación económica de bancos, entidades financieras y segu- ros, etc.....	VII-32 / 284
16.2. Medios de comunicación.....	VII-32 / 284
16.3. Regulaciones sociales, de seguridad, educación, etc.	VII-33 / 285
16.4. Un caso de ambigüedad terminológica: La desregulación portuaria.....	VII-33 / 285
16.5. Otras materias	VII-33 / 285
17. Algunas conclusiones.....	VII-34 / 286
17.1. Las leyes de delegación en blanco y las autoridades de aplica- ción	VII-35 / 287
17.2. Su caducidad en 1999/2004/2006/2008/2009/2010	VII-35 / 287
17.3. El caso de los entes reguladores creados por ley.....	VII-37 / 289
17.4. La necesaria creación de autoridades regulatorias independien- tes en las áreas de delegación legislativa que caducan en 1999/2004/2006/2008/2009/2010. <i>Quo usque tandem Catilina?</i> VII-37 / 289	
18. El procedimiento regulatorio: La audiencia pública.....	VII-37 / 289
19. Un proyecto para la transición	VII-38 / 290
20. No hay alternativas	VII-40 / 292

Capítulo VIII

LA NO JUSTICIABILIDAD DEL ESTADO

I. <i>Planteo general del problema</i>	VIII-1 / 295
1. Los diferentes conceptos de “gobierno”	VIII-1 / 295
2. Un tercer uso del vocablo: Los actos de gobierno	VIII-2 / 296
3. Gobierno y actos de gobierno.....	VIII-5 / 299
4. Carácter metajurídico de la teoría.....	VIII-7 / 301
5. Problemas a considerar	VIII-8 / 302
II. <i>Origen y evolución de la teoría</i>	VIII-9 / 303
6. Origen	VIII-9 / 303
7. La tesis subjetiva: No se revisa lo que el Poder Ejecutivo no quiere que se revise	VIII-11 / 305
8. La teoría objetiva: Distinción entre gobierno y administración.....	VIII-13 / 307
9. Insuficiencia de la distinción	VIII-13 / 307
10. Conclusiones acerca del estado actual del problema en Francia	VIII-14 / 308
III. <i>El acto de gobierno ante la garantía de la revisión judicial (defensa en juicio)</i>	VIII-15 / 309
11. En la Constitución no hay excepción a la garantía de la defensa en juicio.....	VIII-15 / 309
12. Derecho natural, <i>Ancién Régime</i> , <i>Res pública</i> , Estado democrático de Derecho. El peso de nuestra herencia cultural.....	VIII-17 / 311
13. El principio de que debe haber una instancia judicial al menos.....	VIII-19 / 313
13.1. Los actos que no lesionan derechos de los individuos que los impugnan.....	VIII-21 / 315
13.2. Continuación. El acto particular que no es atacado por la persona afectada por él.....	VIII-22 / 316
13.3. Continuación. El acto general que no puede ser impugnado directamente.....	VIII-25 / 319
13.4. El alcance de la revisión judicial: La apreciación discrecional o reglada de los hechos.....	VIII-26 / 320
13.5. Continuación. Principios jurídicos	VIII-28 / 322
13.6. División de poderes y acto de gobierno. El error de que cada poder sea “soberano en su esfera”	VIII-29 / 323
14. El acto de gobierno ante la garantía de la constitucionalidad y el orden supranacional.....	VIII-30 / 324
15. Estructura infraconstitucional del Estado.....	VIII-31 / 325
16. La disyuntiva de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto.....	VIII-32 / 326
IV. <i>El acto de gobierno en la práctica jurisprudencial</i>	VIII-34 / 328
17. Los tribunales conocen y resuelven de los recursos contra estos actos	VIII-34 / 328
18. Qué es “revisión judicial”	VIII-35 / 329
19. Diferencia entre “revisión judicial” y “anulación judicial del acto”..	VIII-37 / 331
20. Conclusión: En nuestro país no existen en la práctica positiva actos irrevisables judicialmente.....	VIII-38 / 332
21. Revisión judicial y límites constitucionales del Poder Ejecutivo	VIII-38 / 332
22. Aplicación de esos límites por el juez	VIII-38 / 332

V. <i>El acto de gobierno ante la política</i>	VIII-39 / 333
23. Los jueces deben decidir jurídicamente la cuestión política	VIII-39 / 333
24. El principio de la irrevisibilidad judicial de actos del Poder Ejecutivo es contrario al interés público.....	VIII-40 / 334
VI. <i>Conclusión</i>	VIII-41 / 335
25. La eliminación del nombre y la teoría de actos de gobierno, políti- cos, institucionales, etc. y subsunción de estos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos.....	VIII-41 / 335

Capítulo IX

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES

I. <i>Concepto de procedimiento administrativo</i>	IX-1 / 339
1. El proceso: Concepto amplio.....	IX-1 / 339
2. Concepto restringido	IX-2 / 340
3. Alcances del problema	IX-3 / 341
3.1. La aplicación de reglas “procesales” al “procedimiento”	IX-3 / 341
3.2. La aplicación de reglas “procedimentales” al “proceso”.....	IX-4 / 342
4. Peligro de la noción amplia	IX-5 / 343
5. Derecho procesal administrativo	IX-5 / 343
6. El procedimiento administrativo y la función administrativa.....	IX-6 / 344
6.1. Los órganos administrativos	IX-6 / 344
6.2. Los órganos judiciales.....	IX-6 / 344
6.3. Los órganos legislativos	IX-7 / 345
7. Procedimientos administrativos de órganos judiciales y legislativos.....	IX-7 / 345
8. Definición de procedimiento administrativo.....	IX-8 / 346
II. <i>Principios generales del procedimiento administrativo</i>	IX-9 / 347
9. Enumeración de los principios	IX-9 / 347
9.1. Ámbito de aplicación	IX-9 / 347
9.2. Los grandes principios formadores: Debido proceso, informalismo, contradicción, imparcialidad	IX-9 / 347
9.3. El principio de la legalidad objetiva o principio supremo de razona- bilidad y justicia	IX-10 / 348
9.4. Otros principios.....	IX-11 / 349
10. Primer principio: Debido proceso (garantía de la defensa).....	IX-11 / 349
10.1. Su aplicación al procedimiento administrativo	IX-11 / 349
10.2. El principio de la defensa como criterio de eficacia administrativa.....	IX-15 / 353
10.3. El principio de la defensa como criterio de eficacia política.....	IX-18 / 356
10.4. Elementos de la garantía de la defensa	IX-19 / 357
10.4.1. Derecho a ser oído y a una decisión fundada	IX-21 / 359
10.4.2. Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo	IX-24 / 362
10.5. Campo de aplicación del principio de la defensa.....	IX-25 / 363
10.6. Nuevos desarrollos del principio.....	IX-26 / 364
11. Principio del informalismo en favor del usuario y del administrado..	IX-27 / 365
11.1. El informalismo como arbitrariedad	IX-27 / 365
11.2. El informalismo en favor del administrado. Origen.....	IX-28 / 366
11.3. Su formulación en el derecho argentino.....	IX-30 / 368

11.4. Aplicación del principio en materia de denominación de los recursos.....	IX-31 / 369
11.5. Otras aplicaciones del principio.....	IX-32 / 370
11.6. Conclusión.....	IX-33 / 371
12. Principio de contradicción	IX-35 / 373
12.1. Contenido y alcance del principio de contradicción	IX-35 / 373
13. Principio de imparcialidad.....	IX-38 / 376
13.1. La imparcialidad en la práctica.....	IX-39 / 377
13.2. Regla contra el prejuicio	IX-39 / 377
13.3. Deber de excusación	IX-39 / 377
13.4. Continuación. Principios permanentes del derecho	IX-40 / 378
13.5. Imparcialidad del sumariante.....	IX-40 / 378
14. Principio de la legalidad objetiva o juridicidad	IX-40 / 378
14.1. Alcances del principio.....	IX-40 / 378
14.2. El principio de la legalidad o juridicidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa.....	IX-42 / 380
15. Principio de la oficialidad.....	IX-44 / 382
15.1. Principio de la impulsión de oficio	IX-44 / 382
15.2. Excepciones al principio de la impulsión de oficio	IX-45 / 383
15.3. Comparación con el proceso civil.....	IX-46 / 384
15.4. Otras consecuencias del principio	IX-46 / 384
15.5. Principio de la instrucción	IX-47 / 385
15.6. Principio de la verdad material.....	IX-47 / 385
16. Otros principios	IX-48 / 386
16.1. Carácter escrito y oral del procedimiento	IX-48 / 386
16.2. La oralidad como regla	IX-49 / 387
16.3. Mediación o intermediación	IX-50 / 388
16.4. Ausencia de costas	IX-51 / 389
16.4.1. Improcedencia de la condena en costas	IX-51 / 389
16.4.2. El caso particular del sellado de actuación.....	IX-52 / 390
16.4.2.1. Supresión a nivel nacional.....	IX-52 / 390
16.4.2.2. Su mantenimiento en algunas jurisdicciones locales	IX-52 / 390
16.4.3. Caso en que hay dos particulares en contradicción.....	IX-53 / 391
16.5. Celeridad, economía, sencillez y eficiencia	IX-53 / 391
16.6. Transparencia, objetividad, justicia.....	IX-54 / 392

Capítulo X

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA PRÁCTICA

Remisión	393
----------------	-----

Capítulo XI

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

1. El principio constitucional	XI-1 / 395
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública	XI-1 / 395
1.2. La doble naturaleza “pública” de la audiencia pública.....	XI-10 / 404

1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública. <i>Town Meetings. Open meetings</i>	XI-11 / 405
1.4. Carácter prescriptivo	XI-12 / 406
2. Principios generales	XI-13 / 407
2.1. Enunciación	XI-13 / 407
2.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación.....	XI-13 / 407
2.3. Instrucción	XI-14 / 408
2.4. Carácter contingente de la gratuidad	XI-14 / 408
2.5. La cuestión de la publicidad	XI-15 / 409
3. Desarrollo del procedimiento.....	XI-16 / 410
3.1. La preaudiencia.....	XI-16 / 410
3.2. Reglas sobre la prueba. Registro	XI-17 / 411
3.3. Publicidad de la sesión del ente.....	XI-18 / 412
4. Partes.....	XI-18 / 412
5. Mediación o inmediatez.....	XI-19 / 413
6. Instrucción.....	XI-21 / 415
7. Forma y sustancia	XI-22 / 416

Capítulo XII

LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. Ámbito de aplicación.....	XII-1 / 419
1.1. La administración pública nacional, provincial y municipal.....	XII-1 / 419
1.2. Los monopolios privatizados.....	XII-5 / 423
1.3. Incidencia de la CICC	XII-5 / 423
2. Licitación pública, licitación privada, contratación directa	XII-6 / 424
2.1. El problema de la responsabilidad	XII-6 / 424
2.2. Es un pedido de ofertas	XII-7 / 425
2.3. Notas comunes	XII-8 / 426
2.3.1. Comparación de ofertas.....	XII-8 / 426
2.3.2. Máxima concurrencia posible. Informalismo	XII-9 / 427
3. Principios de la licitación pública	XII-10 / 428
3.1. Publicidad y transparencia.....	XII-10 / 428
3.1.1. El primer mecanismo de corrupción, “clubes,” etc.: La venta de los pliegos	XII-12 / 430
3.1.2. ¿Publicación para interesados, o para el público?	XII-13 / 431
3.1.3. Autonomía de los pliegos.....	XII-14 / 432
3.1.4. Impugnación de los pliegos	XII-14 / 432
3.2. Concurrencia	XII-17 / 435
3.3. Informalismo	XII-19 / 437
3.3.1. Finalidad del formalismo y sus límites.....	XII-19 / 437
3.3.2. La igualdad en la licitación	XII-22 / 440
3.3.3. Evolución internacional hacia el informalismo	XII-22 / 440
4. Etapas de la licitación pública	XII-23 / 441
4.1. Introducción.....	XII-23 / 441
4.2. No existe preclusión procesal.....	XII-23 / 441
4.3. Pliegos de la licitación.....	XII-24 / 442
4.3.1. En general.....	XII-24 / 442
4.3.2. Los problemas de la preparación del pliego y el contrato....	XII-25 / 443

4.3.3. El instrumento del contrato y el orden de prelación normativo.....	XII-25 / 443
4.3.4. La participación de los oferentes en la elaboración del pliego.....	XII-26 / 444
4.3.5. La calificación jurídica del contrato en el pliego	XII-27 / 445
4.3.6. La descripción técnica del objeto.....	XII-28 / 446
4.4. Audiencia pública previa	XII-29 / 447
4.5. El llamado a licitación	XII-29 / 447
4.6. La publicación de los avisos	XII-30 / 448
5. La presentación de las ofertas	XII-30 / 448
5.1. Inscripción en el registro	XII-30 / 448
5.2. Cumplimiento de obligaciones fiscales y previsionales.....	XII-31 / 449
5.3. Depósito de garantía.....	XII-32 / 450
5.4. Entrega de los sobres.....	XII-32 / 450
5.5. Apertura de los sobres	XII-33 / 451
5.6. Aclaraciones y saneamientos formales posteriores.....	XII-35 / 453
5.7. Mantenimiento de las propuestas	XII-35 / 453
5.8. Sujeción a los pliegos	XII-36 / 454
5.8.1. Ofertas condicionadas	XII-38 / 456
5.8.2. Oferta firme, cierta, única y seria.....	XII-39 / 457
5.8.3. Vicios de forma. Requisitos sin propósito	XII-40 / 458
5.9. El principio de contradicción en el análisis de las ofertas	XII-41 / 459
5.10. Criterios para la admisión de ofertas.....	XII-41 / 459
5.11. Sobres A y B: evaluación sucesiva y posterior adjudicación.....	XII-44 / 462
5.12. La adjudicación como facultad reglada	XII-44 / 462
5.13. Requisitos especiales	XII-46 / 464
6. La aceptación de la oferta: La adjudicación	XII-46 / 464
6.1. Preadjudicación	XII-46 / 464
6.2. Razonable discrecionalidad. Oferta más conveniente.....	XII-46 / 464
6.3. Contratación directa por razones de urgencia.....	XII-47 / 465
6.4. Carácter no obligatorio de la adjudicación.....	XII-47 / 465
6.5. Derechos de los oferentes.....	XII-48 / 466
6.6. Sobre quién debe recaer la adjudicación	XII-49 / 467
6.7. Eficiencia.....	XII-51 / 469
6.8. Equidad y justicia. Razonabilidad	XII-51 / 469
6.9. Perfeccionamiento del contrato	XII-52 / 470
6.10. Aclaraciones al pliego.....	XII-52 / 470
7. Excepciones al requisito de la licitación pública	XII-53 / 471
7.1. Monto menor a una suma determinada	XII-53 / 471
7.2. Adicionales	XII-54 / 472
7.3. Urgencia.....	XII-54 / 472
7.4. Reserva	XII-55 / 473
7.5. Especial capacidad	XII-55 / 473
7.6. Marca, patente o privilegio.....	XII-56 / 474
7.7. Licitación pública desierta	XII-56 / 474
7.8. Licitación pública fracasada por inadmisibilidad de las ofertas ..	XII-56 / 474
7.9. Licitación pública anulada	XII-57 / 475
7.10. Contratación directa interadministrativa.....	XII-57 / 475
8. El régimen de iniciativa privada	XII-57 / 475

Capítulo XIII

LA TUTELA JUDICIAL

I. <i>La herencia del pasado</i>	XIII-1 / 477
1. Dificultades del tema.....	XIII-1 / 477
2. Diferencias entre “plena jurisdicción” y “anulación”	XIII-3 / 479
2.1. Derechos protegidos	XIII-4 / 480
2.2. Naturaleza del procedimiento	XIII-4 / 480
2.3. Facultades del tribunal en la sentencia.....	XIII-4 / 480
3. Las confusiones entre “lo contencioso administrativo” y el derecho procesal administrativo	XIII-5 / 481
3.1. La cuestión de la competencia procesal administrativa	XIII-7 / 483
3.1.1. Hoy en muchas Provincias y antes en la Capital.....	XIII-7 / 483
3.1.2. Hoy en la Capital y algunas provincias	XIII-8 / 484
3.1.3. La cuestión del agotamiento de la vía administrativa	XIII-9 / 485
4. Superación de la confusión entre el sistema norteamericano y el francés	XIII-12 / 488
5. Superación de la confusión entre el “contencioso administrativo” provincial y el derecho procesal federal.....	XIII-13 / 489
II. <i>El control judicial, hoy</i>	XIII-16 / 492
6. La acción en defensa del usuario y del consumidor	XIII-16 / 492
7. Los progresos y sus limitaciones.....	XIII-19 / 495
7.1. Control de la discrecionalidad	XIII-20 / 496
7.2. Control de la discrecionalidad y regulación técnica.....	XIII-20 / 496
7.3. Control de la norma general	XIII-20 / 496
7.4. Acción declarativa de inconstitucionalidad.....	XIII-20 / 496
8. Las vías de tutela urgente. El amparo.....	XIII-21 / 497
8.1. La mala recepción judicial del amparo y las cautelares individuales. Su reversión en derechos de incidencia colectiva.....	XIII-23 / 499
8.2. El amparo definido por los derechos de la libertad, no de la propiedad	XIII-24 / 500
8.3. Propiedad, derechos patrimoniales, licitaciones: Las fuentes de corrupción administrativa que el amparo no siempre corrige	XIII-26 / 502
8.4. Los amparos contra particulares, concesionarios, licenciatarios.....	XIII-27 / 503
8.5. En los tribunales federales del interior	XIII-28 / 504
8.6. En los tribunales procesal administrativo provinciales	XIII-28 / 504
8.7. El amparo por mora de la administración	XIII-30 / 506
9. Continuación. Las diversas medidas cautelares	XIII-31 / 507
9.1. Las variantes.....	XIII-31 / 507
9.2. Los fundamentos para concederlas y/o denegarlas. La verosimilitud del derecho <i>vs.</i> la presunción de legitimidad del acto administrativo	XIII-32 / 508
9.3. El peligro en la demora.....	XIII-36 / 512
9.4. La balanza entre el <i>periculum</i> y la verosimilitud	XIII-37 / 513
9.5. Que no se confunda con el objeto de la acción	XIII-38 / 514
9.6. La acreditación <i>prima facie</i> de los requisitos de la cautelar: Información sumaria.....	XIII-38 / 514
9.7. El <i>solve et repete</i>	XIII-39 / 515
9.8. La tutela autosatisfactiva o anticipatoria.....	XIII-42 / 518

10. “Acción” y “recurso de apelación:” Evolución hacia la identidad	XIII-44 / 520
11. Estado actual del control judicial.....	XIII-47 / 523
12. Perspectivas	XIII-48 / 524

Capítulo XIV

PROBLEMAS DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. Cómo y por qué los tenemos	XIV-1 / 529
1.1. Acceso a la justicia y vigencia del Estado de Derecho.....	XIV-1 / 529
1.2. Cuántos expedientes y sentencias puede estudiar y resolver una persona por día y año	XIV-2 / 530
1.2.1. La capacidad física de una persona	XIV-3 / 531
1.2.2. La capacidad de revisar, no de hacer	XIV-4 / 532
1.2.3. La alternativa de revisar dos sentencias por día	XIV-4 / 532
1.2.4. La alternativa de cuatro sentencias por día	XIV-4 / 532
1.3. Cien mil decretos por año, cuatrocientos por día	XIV-5 / 533
1.4. ¿Cuál es la realidad funcional del Poder Judicial?.....	XIV-6 / 534
1.5. Noticias buenas y malas	XIV-7 / 535
1.6. Una decisión política e institucional que la sociedad adopta	XIV-8 / 536
1.7. Las excusas	XIV-9 / 537
1.7.1. No queremos justicia.....	XIV-9 / 537
1.7.2. No hay tantas personas que sirvan para juez.....	XIV-9 / 537
1.7.3. Es muy caro tener justicia.....	XIV-9 / 537
1.7.4. Continuación. El costo de la corrupción y el costo de evitar- la. ¿Cuál es mayor?.....	XIV-10 / 538
1.8. Mientras pensamos el problema, busquemos alternativas	XIV-11 / 539
2. Un Código no resuelve la cuestión: Hace falta convicción social y judicial	XIV-11 / 539
3. ¿Se puede hacer algo mientras se logra el consenso de tener más jueces?.....	XIV-13 / 541
4. Los fallos repetitivos como merma de justicia: Cómo evitarlos en el derecho actual	XIV-14 / 542
4.1. El problema.....	XIV-14 / 542
4.2. Viejas alternativas no aceptadas.....	XIV-16 / 544
4.3. Otras variantes no aceptadas hasta el presente	XIV-17 / 545
4.4. Una innovación social	XIV-19 / 547
4.5. ¿Una cuestión de números?.....	XIV-19 / 547
4.6. Cumplir el artículo 43 de la Constitución.....	XIV-20 / 548
4.7. Prohibamos la clonación.....	XIV-21 / 549
4.8. La legitimación internacional	XIV-22 / 550
4.9. La legitimación amplia y los efectos <i>erga omnes</i> de la sentencia XIV-23 / 551	
5. El costo social del rechazo de amparos <i>in limine litis</i> o sin resolver. XIV-24 / 552	
5.1. Algunas soluciones	XIV-26 / 554
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-27 / 555
6.1. La alternativa de un sistema masivo de conjueces.....	XIV-28 / 556
6.2. Convenio Facultad de Derecho-Colegio de Escribanos	XIV-29 / 557
6.3. Magistrados jubilados.....	XIV-29 / 557

6.4. C.P.A.C.F.	XIV-29 / 557
6.5. Causales de recusación y excusación	XIV-29 / 557
7. Hacia la delegación legislativa al Poder Judicial.....	XIV-30 / 558
7.1. La reacción instintiva.....	XIV-30 / 558

Capítulo XV

COMPARACIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL

1. Comparación cualicuantitativa.....	XV-1 / 561
2. Distintas formas de procedimiento administrativo.....	XV-4 / 564
3. El nuevo control judicial de los servicios privatizados.....	XV-6 / 566
4. Algunas limitaciones comunes al procedimiento administrativo y proceso judicial.....	XV-6 / 566
4.1. Lentitud	XV-7 / 567
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-8 / 568
4.3. Eficacia	XV-8 / 568
4.4. Reparación.....	XV-9 / 569
4.5. Influencias subjetivas y objetivas.....	XV-10 / 570
4.6. Prerrogativas y limitaciones.....	XV-10 / 570
5. Potestades teóricas y prácticas	XV-11 / 571
5.1. La reforma o sustitución del acto	XV-11 / 571
5.2. El control de mérito o conveniencia.....	XV-13 / 573
5.3. La posibilidad de aconsejar	XV-15 / 575
6. El rol de tribunal. Imagen en la opinión pública y su efecto sobre las potestades reales	XV-16 / 576
6.1. El rol	XV-16 / 576
6.2. La percepción pública	XV-17 / 577
7. La repercusión periodística de sus pronunciamientos. El manejo de los tiempos. La oportunidad de la publicidad	XV-18 / 578
8. El momento oportuno de dictar el pronunciamiento. La política temporal del control jurisdiccional.....	XV-19 / 579
9. La discreción política del control jurisdiccional.....	XV-21 / 581
10. El costo	XV-22 / 582
11. La asertividad del pronunciamiento.....	XV-24 / 584
12. La posibilidad de avenimiento	XV-24 / 584
13. Otras diferencias	XV-25 / 585
14. El control de la administración pública: La causación circular en el desarrollo cultural y político	XV-26 / 586
15. Conclusiones tentativas.....	XV-28 / 588

Capítulo XVI

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

Remisión	589
----------------	-----

Capítulo XVII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO NACIONAL

1. La influencia jurídico-cultural en la materia	XVII-1 / 591
2. El contexto de nuestra legislación clásica	XVII-3 / 593
3. La multivocidad del término “arbitraje”	XVII-5 / 595
4. El Estado como árbitro o como parte en un arbitraje	XVII-6 / 596
5. La función del árbitro tercero	XVII-7 / 597
5.1. La distinción entre árbitro y arbitrador	XVII-7 / 597
5.2. El pronunciamiento del árbitro tercero	XVII-7 / 597
6. El trasfondo de la resistencia local al arbitraje	XVII-8 / 598
6.1. El temor a las regulaciones excesivas de honorarios.....	XVII-10 / 600
6.2. El temor a un tribunal de equidad, justicia	XVII-10 / 600
6.3. La ejecutoriedad de la sentencia arbitral	XVII-11 / 601
7. El poco éxito de los intentos privados.....	XVII-11 / 601
8. El Estado como parte en un arbitraje interno	XVII-12 / 602
9. La interpretación restrictiva del arbitraje, como principio local.....	XVII-12 / 602
9.1. El contexto y los casos puntuales	XVII-12 / 602
9.2. La interpretación restrictiva a cuestiones técnicas	XVII-13 / 603
9.3. Jurisdicción originaria en causas de las Provincias	XVII-14 / 604
9.4. Las dificultades del CPCCN.....	XVII-14 / 604
9.5. El círculo vicioso	XVII-14 / 604
10. El arbitraje de derecho interno bajo las normas procesales de la Cámara de Comercio Internacional	XVII-15 / 605

Capítulo XVIII

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

Remisión	607
----------------	-----

Capítulo XIX

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS

1. Importancia práctica, jurídica y política del problema.....	XIX-1 / 609
2. El fracaso previo.....	XIX-3 / 611
2.1. La responsabilidad civil.....	XIX-3 / 611
2.2. La responsabilidad constitucional	XIX-4 / 612
2.3. Ahora, la responsabilidad internacional	XIX-5 / 613
2.4. ¿O la negación total? Un pase de magia para olvidar el art. 1112.....	XIX-6 / 614
2.5. La nueva ley de responsabilidad del Estado.....	XIX-6 / 614
3. Los caracteres de la responsabilidad civil de los agentes públicos. La norma civil y la nueva ley de responsabilidad del Estado.....	XIX-8 / 616
4. Quiénes tienen derecho a exigir el regular cumplimiento de las obligaciones legales por parte del funcionario.....	XIX-9 / 617
4.1. Los particulares	XIX-9 / 617
4.2. Los demás funcionarios públicos.....	XIX-10 / 618
4.3. El Estado	XIX-11 / 619

5. Quiénes son responsables.....	XIX-14 / 622
6. Problemas que presenta el art. 1112	XIX-14 / 622
7. La omisión como causal de responsabilidad.....	XIX-16 / 624
8. El daño como elemento de la responsabilidad.....	XIX-19 / 627
8.1. El problema de las relaciones entre particulares	XIX-19 / 627
8.2. La concatenación o la alternativa de daño material y daño mo- ral. Modos alternativos de reparación.....	XIX-19 / 627
8.3. El daño económicamente apreciable	XIX-22 / 630
9. La culpa como elemento de la responsabilidad	XIX-23 / 631
9.1. La necesidad de que haya culpa	XIX-23 / 631
9.2. El caso del error	XIX-24 / 632
10. El irregular cumplimiento de las obligaciones legales	XIX-24 / 632
11. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales no debidamente directamente al interesado	XIX-25 / 633
11.1. Qué son las “obligaciones legales”	XIX-25 / 633
11.2. Algunas obligaciones en particular.....	XIX-26 / 634
11.3. Obligaciones legales no debidas directamente al particular, sino al Estado	XIX-27 / 635
12. Coordinación de la responsabilidad del agente público con la res- ponsabilidad del Estado	XIX-29 / 637
12.1. No debe abandonarse la responsabilidad personal de los funcio- narios públicos, sino que debe coordinársela con la del Estado..	XIX-29 / 637
12.2. Es una obligación conjunta <i>in solidum</i>	XIX-31 / 639

Capítulo XX

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS

I. <i>Introducción</i>	XX-1 / 641
1. El <i>status quo ante</i> y sus problemas.....	XX-1 / 641
1.1. El viejo dogma de la responsabilidad del Estado.....	XX-1 / 641
1.2. La vieja utopía de la responsabilidad del funcionario.....	XX-3 / 643
1.3. La responsabilidad por error judicial. Hacia la responsabilidad política de los jueces	XX-4 / 644
2. La responsabilidad del Estado en múltiple transición	XX-5 / 645
2.1. Sus dos aspectos	XX-5 / 645
2.2. La responsabilidad internacional aumentada.....	XX-5 / 646
2.3. La responsabilidad interna disminuida	XX-7 / 647
2.4. La irresponsabilidad del Estado por los actos y hechos de los concesionarios.....	XX-12 / 652
3. La responsabilidad de los concesionarios y licenciarios de servicios públicos	XX-14 / 654
3.1. La traslación de la responsabilidad del Estado a los prestadores .	XX-14 / 654
3.2. Otros tipos de responsabilidad de los prestadores de servicios públicos	XX-16 / 656
3.3. La responsabilidad de los concesionarios viales.....	XX-18 / 658
4. La responsabilidad civil en general.....	XX-20 / 660
4.1. Elementos	XX-20 / 660
4.2. La antijuridicidad	XX-22 / 662
4.3. El daño.....	XX-24 / 664

4.4. La culpa	XX-24 / 664
II. <i>Tipos de responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos</i>	XX-25 / 665
5. En general	XX-25 / 665
6. La responsabilidad por hechos y actos administrativos.....	XX-26 / 666
7. Criterios de distinción entre responsabilidad directa e indirecta del Estado	XX-26 / 667
7.1. Distinción por “funcionarios” o “empleados”	XX-27 / 667
7.2. Distinción por “actos” y “hechos”	XX-28 / 668
7.3. Distinción según que la actividad sea legítima o ilegítima	XX-29 / 670
8. Conclusión sobre el concepto de responsabilidad directa del Estado...	XX-32 / 672
9. La responsabilidad directa e indirecta, antes y hoy.....	XX-33 / 673
10. Coordinación entre las responsabilidades institucionales y personales.....	XX-34 / 674
III. <i>El problema de las responsabilidades especiales</i>	XX-36 / 676
11. La responsabilidad por acto judicial irregular	XX-36 / 676
11.1. La regla de la irresponsabilidad por acto judicial regular.....	XX-36 / 676
11.2. Un supuesto sistemático de responsabilidad del Estado por error judicial	XX-37 / 677
12. Responsabilidad por acto legislativo	XX-38 / 678
12.1. La regla de la irresponsabilidad interna por actos legislativos...	XX-38 / 678
12.2. Casos en que se acepta la responsabilidad por acto legislativo...	XX-39 / 679
12.2.1. Perjuicio especial.....	XX-39 / 679
12.2.2. Enriquecimiento sin causa	XX-39 / 679
12.2.3. Sustitución del derecho por una indemnización	XX-40 / 680
12.2.4. Posible desarrollo de las excepciones	XX-41 / 681
13. Continuación. La responsabilidad por ley inconstitucional	XX-41 / 681

Capítulo XXI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRÁCTICA

Remisión	685
----------------	-----

Capítulo XXII

HACIA LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO MUNDIAL

Remisión	687
----------------	-----

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRÓLOGO

JORGE A. SÁENZ¹

I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confianza compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 —concurso público de antecedentes y oposición mediante— son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, un ser

¹ Este es el prólogo a los cuatro primeros tomos del tratado, que apareció por primera vez en el primer volumen de la edición mexicana de 2004. (UNAM, PORRÚA, FDA.)

humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además un gran científico. Ha sabido explicar porqué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que

toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a discusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, un gran profesor. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren

en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican, una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es un gran ciudadano. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas —y dentro del derecho administrativo a varias— que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de

confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años

se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta mas nítida, mas clara y mas útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al

ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el self restraint y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerrido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediabile del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados ad nauseam por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisibile y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tec-

nificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es, como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor per se de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anormalidades contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “con-

creción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera, ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categoría de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad, la extensión de

la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sólo de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.