

AGUSTÍN GORDILLO

Después de
**LA REFORMA
DEL ESTADO**



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Buenos Aires
1996

INDICE

Capítulo I

EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Introducción.....	I.1
2. El statu quo ante.....	I.4
2.1. Intervencionismo. Regulación.....	I.4
2.2. Nacionalizaciones.....	I.5
2.3. Administración del desarrollo económico y social.....	I.5
2.4. Los intentos de planificación.....	I.5
3. Génesis y desarrollo de la crisis.....	I.5
3.1. El parasistema administrativo.....	I.6
3.2. La administración paralela.....	I.6
3.3. La crisis de seguridad.....	I.7
3.4. La crisis de la justicia.....	I.8
3.5. Servicios públicos y poder de policía: su crisis.....	I.8
3.6. La revolución tecnológica.....	I.9
3.7. Los recursos naturales.....	I.10
3.8. La crisis económica.....	I.10
4. El nuevo modelo mundial y local.....	I.14
4.1. Lineamientos iniciales.....	I.14
4.2. El sistema legislativo a partir de la emergencia.....	I.17
4.3. La derogación por decreto de leyes intervencionista.....	I.21
4.4. Los reglamentos de necesidad y urgencia.....	I.23
5. Reformas pendientes.....	I.25
5.1. La protección del usuario.....	I.26
5.2. La regulación de nuevos contratos.....	I.26
5.3. Una nueva legislación contractual.....	I.27
5.4. Los controles de la actividad privatizada.....	I.27
6. El procedimiento de audiencia pública.....	I.27
6.1. La audiencia pública como parte del debido proceso.....	I.29

7. La etapa de preaudiencia.....	I.31
7.1. El desarrollo de la preaudiencia.....	I.33
7.2. Presentación de escritos y documentos previos.....	I.33
7.3. Notificaciones privadas.....	I.34
7.4. Prueba testimonial anticipada por escrito.....	I.34
7.5. Criterio de admisión de la prueba.....	I.35
7.6. Ordenamiento preliminar de la audiencia.....	I.35
8. La etapa de audiencia.....	I.36
8.1. La instrucción.....	I.36
8.2. Producción de prueba en la audiencia.....	I.36
8.3. No preclusión procesal.....	I.36
8.4. Carga de la prueba.....	I.37
8.5. Control de la prueba.....	I.37
8.6. ¿Pruebas secretas o reservadas?.....	I.37
8.7. Preguntas y repreguntas de las partes.....	I.38
8.8. Decisión tomada sin audiencia pública.....	I.38

Capítulo II

LA CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS POR CONCESIÓN

1. La nueva ecuación económico-financiera del contrato.....	II.1
1.1. El financiamiento estatal de la inversión pública.....	II.1
1.2. Mayores costos, intereses, indexación.....	II.2
1.3. Inexistencia de crédito público o privado.....	II.3
1.4. Exceptio non adimpleti contractus.....	II.3
1.5. El fin del sistema.....	II.4
1.6. El financiamiento de la obra por el usuario.....	II.5
1.7. Extensión a la privatización por concesión.....	II.6
1.8. La habitualidad del consorcio de empresas.....	II.7
1.9. El subsidio en la concesión.....	II.9
2. La iniciativa en obras y privatizaciones.....	II.10
2.1. La iniciativa técnica en materia de proyectos.....	II.10
2.2. La iniciativa económica en materia de proyectos.....	II.10
2.3. La iniciativa en la Ley 23.696 y su reglamentación.....	II.11
2.4. La fórmula polinómica de aprobación y adjudicación.....	II.13
2.5. La concurrencia en la comparación de ofertas.....	II.14
2.6. El derecho a mejorar oferta.....	II.16
2.7. El derecho a mejorar oferta en una licitación.....	II.16
2.8. El derecho de preferencia.....	II.17
3. El pliego de la iniciativa.....	II.17
3.1. Bases de la propuesta.....	II.17

3.2. Confidencialidad de la información.....	II.18
3.3. Derechos adquiridos.....	II.20
3.4. Oportunidad y conveniencia del proyecto.....	II.22
3.5. La ecuación económico-financiera de la iniciativa.....	II.23

Capítulo III

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE CONCESIONES Y PRIVILEGIOS

1. Introducción.....	III.1
1.1. Un fallo reciente, una firme y antigua jurisprudencia.....	III.1
1.2. Aplicación de la Constitución de 1994.....	III.3
2. La protección al usuario.....	III.5
2.1. Una regla constitucional.....	III.5
2.2. El rol del ente regulador.....	III.6
2.3. El equilibrio de los contratos. Las auditorías.....	III.6
2.4. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario.....	III.8
3. Monopolio o privilegio.....	III.9
3.1. Interpretación restrictiva de los derechos del concesiona- rio.....	III.11
3.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema. Doctrina.....	III.13
3.3. Una reciente digresión ideológica.....	III.16
3.4. Invocación de privilegios que no están en la concesión?.....	III.18
3.5. Control de costos. Auditorías.....	III.19
3.6. Conclusión. <i>In maxima potentia, minima licentia</i>	III.20

Anexo

<i>Fallo 92.868 —CFNed. CcontenciosoAdministrativo, sala IV, diciembre 27-994.— Telintar S.A. y otros c. Comisión Nac. de Telecomunicaciones.....</i>	III.21
2° Instancia. —Buenos Aires, diciembre 27 de 1994.....	III.21

Capítulo IV

EL CONTRATO DE CRÉDITO EXTERNO

I. <i>Empréstito público y contrato de crédito externo</i>	IV.1
1. El empréstito público en general.....	IV.1
2. El empréstito público de los países desarrollados y en vías de desarrollo.....	IV.4

3. El contrato de empréstito público como contrato de adhesión "al" Estado y el contrato de crédito externo como contrato de adhesión "del" Estado al inversionista.....	IV.5
4. El contrato de crédito sometido al derecho extranjero.....	IV.6
5. Insuficiencia del crédito interno.....	IV.7
6. Contrato de crédito externo "público" y "privado".....	IV.8
6.1. Diferencias de encuadre teórico.....	IV.8
6.2. Similitud real entre el crédito externo "públicos o "privado".....	IV.10
7. Reflexiones de política económica y política jurídica.....	IV.12
8. El sistema de control.....	IV.17
II. Régimen jurídico particular.....	IV.19
9. Lugar de celebración y de ejecución del contrato: un país extranjero.....	IV.19
9.1. Derecho civil nacional.....	IV.20
9.2. Derecho procesal nacional.....	IV.20
9.3. Derecho internacional privado. Los tratados de Montevideo.....	IV.20
10. La inaplicabilidad de la regla "par in parem non habet imperium".....	IV.21
11. La "inmunidad soberana".....	IV.24
12. Normas jurídicas y prácticas bancarias internacionales.....	IV.27
12.1. Prioridades.....	IV.27
12.2. Examen de la situación política.....	IV.28
12.3. Aprobación del contrato.....	IV.28
12.4. Desembolsos: oportunidad de hacerlos.....	IV.28
12.5. Venta de los títulos a inversionistas privados.....	IV.29
12.6. Requisitos técnicos.....	IV.30
12.7. Recaudos bancarios comerciales.....	IV.30
12.8. Privilegios del Banco.....	IV.31
12.9. Dictámenes exigidos.....	IV.31
13. Control de divisas respecto del cumplimiento de la deuda.....	IV.32
14. Arbitraje.....	IV.33
15. Las variantes formales de contratación. Recapitulación.....	IV.34
16. La autorización legislativa.....	IV.35
16.1. Derecho latinoamericano. La autorización previa.....	IV.36
16.2. Aprobación posterior.....	IV.36
16.3. Conclusión.....	IV.37
17. La aprobación del Poder Ejecutivo y el Tribunal de Cuentas.....	IV.37
18. Dictámenes sobre la validez del contrato.....	IV.38
19. Exenciones impositivas. Su fundamento legislativo.....	IV.39
20. Requisitos estatutarios de los entes nacionales intervinientes.....	IV.40

*Capítulo V**EMERGENCIA RESIDUAL EN LA DEUDA PÚBLICA
INTERNA*

1. La nueva legislación.....	V.1
1.1. Una hoja en el vendaval.....	V.1
1.2. Su alcance.....	V.1
1.3. "Créditos" y "reconocimiento de deuda".....	V.2
1.4. Caducidad y prescripción de créditos reconocidos.....	V.3
1.5. Caducidad ficta del trámite administrativo.....	V.4
1.6. Caducidad de la acción judicial en reclamos no reconocidos.....	V.5
1.7. La tasa de justicia.....	V.7
2. Análisis de su constitucionalidad.....	V.8
2.1. Inconstitucionalidad genérica del artículo 27.....	V.8
2.2. Constitucionalidad a la luz de la emergencia de 1989-1992.....	V.9
2.3. ¿Hay estado de emergencia en 1995?.....	V.10
2.4. Inatinerencia del problema.....	V.11
2.5. Sustento fáctico suficiente.....	V.12
3. Algunos interrogantes.....	V.13
3.1. La finalidad de la ley 24.447.....	V.13
3.2. ¿Nuevos juicios, viejos bonos?.....	V.15
3.3. El problema de la ejecución de la sentencia.....	V.16
3.4. Requerimiento de pago de deuda consolidada.....	V.17
3.5. Créditos no consolidados.....	V.18
4. La ley 24.447 en su contexto histórico.....	V.19
4.1. Introducción. Empréstito público forzoso y contrato de crédito externo.....	V.19
4.2. Los hechos a 1989.....	V.20
4.3. Los decretos 377 y 570 de 1989.....	V.23
4.4. El decreto 365/90 sobre depósitos y Bonex.....	V.24
4.5. 1990: Primera consolidación de la deuda interna.....	V.25
4.6. La consolidación de la deuda en 1991.....	V.27
4.7. Los ferrobonos de 1992.....	V.27
4.8. ¿La tendencia?.....	V.28

Capítulo VI

LEGALIDAD Y URGENCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El concepto de legalidad.....	VI.1
2. Los conceptos o principios jurídicos indeterminados.....	VI.3
3. Urgencia administrativa y garantías de los administrados.....	VI.4
4. Urgencia y estado de necesidad y urgencia.....	VI.6
5. Urgencia prevista o no prevista legalmente.....	VI.8
6. La urgencia en materia de contrataciones administrativas.....	VI.8
6.1. La urgencia como parte del estado de necesidad pública....	VI.8
6.2. La urgencia como causal autónoma.....	VI.10
7. La urgencia en materia de limitaciones al dominio.....	VI.10
7.1. Expropiación requisición, ocupación temporánea.....	VI.10
7.2. Edificios en ruina.....	VI.11
8. La urgencia en materia de sanidad pública.....	VI.12
9. La urgencia como procedimiento acelerado o sumario.....	VI.12
9.1. Formas del acto administrativo.....	VI.13
9.2. Omisión de audiencia y comparecencia.....	VI.14
10. La urgencia y los derechos de carácter contractual.....	VI.15
11. Conclusiones.....	VI.16

Capítulo VII

EL INFORMALISMO Y LA CONCURRENCIA EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

1. Igualdad y concurrencia.....	VII.1
1.1. Introducción.....	VII.1
1.2. La igualdad de antaño.....	VII.3
1.3. El conflicto entre igualdad y concurrencia.....	VII.4
1.4. Tésisis de la igualdad: etapas del procedimiento.....	VII.6
1.4.1. En la fase inicial del procedimiento licitatorio.....	VII.6
1.4.2. En la adjudicación.....	VII.7
1.4.3. En la ejecución del contrato.....	VII.7
2. Concurrencia y formalismo o informalismo.....	VII.9
2.1. La tradición formalista.....	VII.9
2.2. El informalismo actual.....	VII.11
2.3. Finalidad del formalismo y sus límites.....	VII.12
2.4. La frustración del objetivo en una licitación adjudica- da.....	VII.13

3. Observaciones comunes.....	VII.15
3.1. ¿La corrupción?.....	VII.15
3.2. Criterios para la admisión de ofertas.....	VII.18
3.2.1. Los vicios de forma de la oferta.....	VII.20
3.2.2. El "waiver" en los Estados Unidos de América.....	VII.21
3.2.3. Evolución hacia el informalismo.....	VII.21
4. Influencia de la apertura de la economía.....	VII.22
4.1. Las licitaciones internacionales y sus oferentes.....	VII.24
4.2. La política oficial en la materia.....	VII.25
4.3. Pliegos de bases y condiciones.....	VII.25
5. La legislación nacional.....	VII.26
5.1. Artículo 17 de la Ley de Obras Públicas.....	VII.26
5.2. Artículo 66 del decreto 5720/72.....	VII.27
5.3. La Ley de Reforma del Estado.....	VII.28
6. La práctica administrativa argentina reciente.....	VII.29
6.1. Licitación de Y.P.F. para la cuenca austral.....	VII.29
6.2. Licitación de servicios ferroviarios.....	VII.30
7. Vigencia del principio de igualdad.....	VII.31
8. Predeterminación de parámetros decisorios.....	VII.32

Capítulo VIII

EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIA PÚBLICA

1. El principio constitucional.....	VIII.1
1.1. Inserción constitucional de la audiencia pública.....	VIII.1
1.2. La doble naturaleza "pública" de la audiencia pública.....	VIII.3
1.3. Audiencia pública y pública audiencia o sesión pública.....	VIII.4
1.4. Origen y extensión actual.....	VIII.5
1.5. Fundamento práctico.....	VIII.6
1.6. Su imposición legislativa.....	VIII.6
1.7. Carácter prescriptivo y potestativo.....	VIII.7
1.8. Nulidad absoluta en caso de omisión.....	VIII.7
2. Carácter administrativo de los entes de contralor y de la audiencia pública.....	VIII.8
3. Principios generales.....	VIII.8
3.1. Enunciación.....	VIII.8
3.2. Oralidad, informalismo, contradicción y participación.....	VIII.9
3.3. Instrucción.....	VIII.9
3.4. Carácter contingente de la gratuidad.....	VIII.10
4. Etapas del procedimiento.....	VIII.10
4.1. La preaudiencia.....	VIII.10
4.2. Oralidad y escritoriadad.....	VIII.11

4.3. Imparcialidad del instructor.....	VIII.11
4.4. Escritoriedad y complementación oral.....	VIII.12
4.5. Reglas sobre la prueba.....	VIII.12
4.6. Registro de la sesión.....	VIII.13
4.7. Publicidad de la sesión del ente.....	VIII.13
4.8. Proyecto de resolución.....	VIII.14
5. Partes.....	VIII.14
5.1. Derecho subjetivo, interés legítimo o difuso. Usuarios y asociaciones.....	VIII.14
5.2. Partes no nacionales.....	VIII.15
5.3. El Defensor del Usuario.....	VIII.15
5.4. El Fiscal <i>ad hoc</i>	VIII.15
5.5. Costo de la publicidad.....	VIII.16
6. Mediación o inmediación.....	VIII.17
6.1. La inmediación total.....	VIII.17
6.1.1. Simultaneidad de la prueba privada y de oficio.....	VIII.17
6.1.2. Producción secuencial de la prueba.....	VIII.17
6.1.3. Conclusión para el caso de inmediación.....	VIII.18
6.2. Inmediación parcial.....	VIII.18
7. Instrucción.....	VIII.20
7.1. Comparación con el proceso civil.....	VIII.20
7.2. Comparación con el proceso penal.....	VIII.21
7.2.1. La analogía real.....	VIII.21
7.3. Ubicación en el procedimiento administrativo.....	VIII.22
7.4. Comparación con el procedimiento sumarial.....	VIII.24
8. Aspectos prácticos.....	VIII.24
8.1. Forma y sustancia.....	VIII.24
8.2. La significación del uso del espacio físico.....	VIII.25
8.3. El uso espacial del poder.....	VIII.28
8.4. Disposición en dos o cuatro lados.....	VIII.28
8.5. Ubicación de los demás órganos y las partes.....	VIII.29
8.6. Consideraciones especiales sobre la prensa.....	VIII.30
8.7. El espacio como testimonio visible.....	VIII.31
8.8. La responsabilidad por la organización del espacio.....	VIII.31
8.9. La comparación de experiencias.....	VIII.32

Capítulo IX

DESREGULACIÓN Y PRIVATIZACIÓN PORTUARIA

1. El marco constitucional.....	IX.1
2. El sistema portuario clásico.....	IX.3
2.1. Código Civil: puertos del dominio público.....	IX.3

3. Ley de la navegación: igual solución.....	IX.4
3.1. La realidad de los puertos privados.....	IX.4
3.2. Evolución e involución de los puertos públicos.....	IX.6
3.3. La pérdida de competitividad de los puertos públicos.....	IX.7
3.4. El "precario" portuario y la decadencia de los puertos.....	IX.8
4. La ley de reforma del Estado y sus decretos.....	IX.9
4.1. El vocablo "privatizar" y los puertos.....	IX.9
4.2. Concesiones de obras y servicios.....	IX.9
4.3. Las provincializaciones.....	IX.10
4.4. La protección de los usuarios.....	IX.11
4.5. Eficiencia y costos.....	IX.11
4.6. Participación.....	IX.11
5. La Ley de Puertos. Puertos privados. Desregulación.....	IX.12
5.1. La admisión legal de los puertos privados.....	IX.12
5.2. Destino de los puertos públicos y privados.....	IX.12
5.3. Playa y camino de sirga. Espejo de agua.....	IX.13
5.4. Habilitación.....	IX.15
5.5. La desregulación laboral y la competitividad portua- ria.....	IX.17
5.6. Régimen tarifario.....	IX.19
5.7. Disolución de la A.G.P. S.E.....	IX.19

Capítulo X

EXCEPCIÓN —SIN RECONVENCIÓN— DE USUCAPIÓN DE SERVIDUMBRE DE ELECTRODUCTO EN UN JUICIO DE DESALOJO

1. El interés del caso.....	X.1
1.1. El por qué.....	X.1
1.2. Dos filosofías jurídicas y dos caminos que se bifurcan.....	X.2
1.2.1. Lo sencillo y lo complejo.....	X.2
1.2.2. Jhering y Savigny.....	X.3
1.2.3. Principios jurídicos y conceptos de doctrina.....	X.4
2. Los hechos y presunciones destacados en los considerandos.....	X.6
2.1. La cámara transformadora.....	X.6
2.2. Juicio de desalojo y excepción de usucapión.....	X.7
2.3. Caveat emptor.....	X.7
2.4. Vigilantibus, non dormientibus.....	X.7
2.5. La escritura y las intenciones del adquirente.....	X.8
3. Holding.....	X.9
3.1. Rechazo de la acción de desalojo.....	X.9
3.2. Es una servidumbre de electroducto.....	X.9

4. Dicta de derecho civil.....	X.10
4.1. Los obiter dicta y la jurisprudencia de conceptos.....	X.10
4.2. La problemática doctrinaria en la alzada.....	X.10
4.3. Usucapión conforme a la legislación civil.....	X.13
4.3.1. La aplicación retroactiva de la llamada ley 17.940.....	X.13
4.3.2. El contexto normativo del Código Civil.....	X.15
4.3.3. Servidumbre continua y discontinua en el Código Civil.....	X.15
4.3.3.1. Las máquinas operadas eléctrica o electró- nicamente por el hombre.....	X.16
4.3.3.2. Es una MÁQUINA.....	X.18
4.3.3.3. Estaba cerrada con candado.....	X.19
4.3.4. Conclusiones.....	X.20
4.3.5. Otros criterios y normas restrictivas del codifi- cador.....	X.21
4.3.6. La proximidad entre servidumbre personal y derecho de usufructo y sus efectos jurídicos.....	X.23
5. Continuación. Problemas procesales.....	X.24
5.1. El derecho sustantivo y su inserción procesal.....	X.25
5.2. Carácter declarativo o constitutivo y pérdida de la indem- nización.....	X.26
5.3. ¿Se podría haber resuelto todo en la misma sentencia?.....	X.28
6. La usucapión de la servidumbre de electroducto en el dere- cho administrativo.....	X.29
6.1. Aplicando el derecho administrativo actual.....	X.29
6.2. Los libros de derecho administrativo que recuerda el fallo.....	X.29
6.3. La legislación administrativa de electroducto y la ley 24.065.....	X.32
6.4. La cuestión constitucional.....	X.34
6.5. La competencia <i>ratione materiae</i>	X.36
7. Los hechos determinantes para la solución del caso.....	X.37
7.1. Otra vez Savigny-Jhering.....	X.37
7.2. SEGBA no existía en 1943.....	X.38
7.2.1. 1943: CADE y CIAE.....	X.38
7.2.2. SEGBA: 1958.....	X.39
7.2.3. ¿CADE o CIAE? No SEGBA.....	X.40
7.2.4. ¿La sucesión pública de una usucapión de servi- dumbre de electroducto?.....	X.40
7.2.5. Suponiendo que no hay sucesión de servidumbre personal.....	X.41

7.3. El titular es EDENOR, no SEGBA.....	X.42
7.3.1. Introducción. La servidumbre de electroducto es personal.....	X.42
7.3.2. La alternativa simple.....	X.44
7.3.3. Las conclusiones.....	X.46
8. Marginalia. Las proyecciones del caso.....	X.47
8.1. Algunas dudas axiológicas.....	X.48
8.2. El incierto futuro.....	X.51

Anexo

<i>Fallo 94.254 —CNFed. Civil y Com., sala II, agosto 24-995—</i>	
<i>Allevato, Francisco E. c. Segba</i>	X.56
2° instancia. —Buenos Aires. agosto 24 de 1995.....	X.56

Capítulo XI

LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL DECRETO 2284/91

1. Apreciación general y sus límites.....	XI.1
2. El funcionamiento legal de la ley de Reforma del Estado.....	XI.1
2.1. La delegación para individualizar leyes regulatorias derogadas.....	XI.1
2.2. La autorización para suprimir entes de leyes regulatorias.....	XI.2
2.3. La validez de la delegación legislativa.....	XI.2
2.4. Vigencia de la ley 23.696.....	XI.2
3. El estado de necesidad y urgencia como fundamental.....	XI.3
3.1. Habilitación legislativa y administrativa.....	XI.3
3.2. El supuesto de silencio del Congreso.....	XI.3
4. La subsistencia actual del estado de necesidad pública.....	XI.4
4.1. En la legislación.....	XI.4
4.2. En la realidad.....	XI.4
5. La adecuación genérica de las medidas a la causa.....	XI.5
5.1. El nuevo contexto mundial.....	XI.5
5.2. La supranacionalidad operativa.....	XI.6
6. La derogación de impuestos.....	XI.7
7. La derogación de privilegios y monopolios.....	XI.8
8. El decreto ley Candado.....	XI.8