

BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA

JUAN CARLOS CASSAGNE

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

Director del Instituto de Derecho Administrativo

de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO I

Palestra Editores
Lima — 2010

ÍNDICE GENERAL

Publicaciones del autor	19
Prólogo de Jorge Danós Ordóñez	59

TÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

EL ESTADO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO (REALIDAD, NORMATIVIDAD Y JUSTICIA)

1. Introducción.....	69
2. Distintas concepciones acerca del Estado.....	70
3. Teoría del Estado.....	71
4. Las causas y los llamados elementos del Estado.....	74
5. Elementos del Estado.....	78
6. La personalidad jurídica del Estado. La cuestión de la doble personalidad	79
7. Derecho Público y Derecho Privado: criterios de distinción y consecuencias.....	81
8. El fenómeno de la interpolación entre lo público y lo privado.....	86
9. La justicia como fin del Estado. Las formas de justicia: justicia legal o general y justicia particular (distributiva y conmutativa). La justicia social	87
10. Hacia un nuevo modelo de Estado: el "Estado subsidiario"	91
11. El principio de subsidiariedad	93

12. Los principios que nutren al "Estado social de Derecho"	95
13. El mantenimiento del dualismo "Sociedad-Estado"	96

CAPÍTULO II

LAS FUNCIONES ESTATALES

1. Las funciones del Estado y la doctrina de la separación de los poderes: su significado actual	101
2. La función administrativa: Distintas concepciones	103
A) Concepciones subjetivas u orgánicas.....	104
B) El criterio objetivo o material.....	105
C) Otras teorías.....	106
3. Las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional en la administración pública.....	107
A) La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa	107
B) La función jurisdiccional de la Administración.....	108
4. Reafirmación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	114
5. La función gubernativa	119
6. Acerca de las facultades reservadas a los órganos legislativo, ejecutivo y judicial	120
7. Gobierno y Administración.....	122
8. La concepción institucional sobre la Administración Pública.....	124

CAPÍTULO III

EL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El Derecho Administrativo y las distintas etapas de su evolución histórica	129
A) Origen de las técnicas: el Derecho regio. El Estado de Policía	130
B) La etapa del "régimen administrativo". Sus características esenciales	131
2. La ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo: su ruptura.....	133
3. Contenido actual del Derecho Administrativo: el problema de su definición.....	134
4. Las bases fundamentales del Derecho Administrativo contemporáneo	137
A) El Estado de Derecho y el principio de legalidad.....	138
B) La "zona de reserva de la Administración" como consecuencia del principio de separación de poderes	139

C) El intervencionismo estatal y el principio de subsidiariedad	141
5. El carácter relativo de los derechos y los límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario	143
6. El concepto técnico de potestad: su distinción con la función y el cometido. La potestad y el principio de la legalidad	145
7. El régimen administrativo	148

CAPÍTULO IV

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El Derecho Administrativo en el mundo jurídico	153
2. El método de interpretación. La llamada integración normativa	154
3. Caracteres del Derecho Administrativo y sus relaciones con otras ramas jurídicas.....	157
4. Relaciones con el Derecho Constitucional.....	158
5. Relaciones con el Derecho Penal.....	159
6. Derecho Penal disciplinario y Derecho Penal ejecutivo	159
7. El Derecho Penal administrativo y el problema de su autonomía	161
8. El Derecho Financiero y la autonomía del Derecho Tributario.....	163
9. Relaciones con el Derecho Procesal.....	164
10. El llamado Derecho Municipal.....	165
11. El Derecho Eclesiástico	166
12. Relaciones con el Derecho Privado.....	167
13. Derecho Administrativo y ciencia de la administración	168
14. La codificación del Derecho Administrativo. Problemas que plantea en nuestro país.....	170

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El concepto de fuente del Derecho. Sus peculiaridades en el Derecho Administrativo	175
2. Distintas clasificaciones acerca de las fuentes del Derecho	176
3. Jerarquía de las fuentes: la Constitución	178
4. Los tratados y su jerarquía constitucional.....	180
5. Continuación: condiciones de validez y aplicabilidadde los tratados de integración	182
A) Reciprocidad e igualdad.....	184
B) El orden democrático y los derechos humanos	185
6. La ley: caracteres y régimen jurídico.....	186
7. La reserva de ley en la Constitución reformada.....	191

8. El modelo constitucional estadounidense y el Derecho Administrativo argentino.....	194
9. El decreto-ley	196
10. El reglamento.....	197
A) Fundamento de la potestad reglamentaria.....	200
B) Clases de reglamentos	202
a) Reglamentos ejecutivos o de ejecución.....	204
b) Reglamentos autónomos o independientes.....	205
c) Reglamentos delegados	207
d) Reglamentos de necesidad y urgencia	215
11. Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización....	221
12. Convenciones colectivas de trabajo.....	222
13. Principios generales del derecho	223
14. La equidad.....	227
15. La costumbre. Clasificación.....	228
16. Los precedentes administrativos	230
17. El papel de la jurisprudencia.....	231
18. El valor de la doctrina como fuente del Derecho Administrativo	233
19. Interpretación y fuentes del Derecho: la analogía.....	233
20. La prelación jerárquica de las fuentes.....	235

TÍTULO SEGUNDO

LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y LAS EMPRESAS PÚBLICAS

CAPÍTULO I

ÓRGANOS Y SUJETOS ESTATALES

1. Acerca de cómo se integra y actúa la Administración Pública	241
2. La teoría del órgano	242
3. Los conceptos de órgano, cargo y oficio	243
4. Las relaciones inter-orgánicas	245
5. Distintos criterios para clasificar los órganos.....	246
A) Clasificación según la estructura del órgano.....	246
B) Clasificación según la función que cumple el órgano.....	248
6. La concepción de la persona moral. La personalidad del Estado: su naturaleza jurídica	248
7. El concepto de persona y su clasificación en el Código Civil	251
8. Personas jurídicas públicas y privadas. Criterios de distinción.....	253

A) La creación estatal del ente	253
B) El fin público	254
C) La existencia de prerrogativas de poder público.....	254
D) El grado de control estatal	255
9. Personas públicas estatales y no estatales. Principales concepciones formuladas para asignar carácter estatal a una entidad.....	255
A) Satisfacción de fines específicos del Estado.....	256
B) Capital estatal.....	257
C) Encuadramiento del ente en la Administración Pública	257
10. El carácter público o privado de los actos que celebran las entidades estatales.....	258
11. Entidades públicas no estatales. Caracteres generales	259
12. Personas jurídicas privadas del Estado	260

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Introducción.....	265
2. La jerarquía: concepto y consecuencias	265
3. El principio de la competencia. Diferentes concepciones. Crítica.....	268
4. Competencia y capacidad.....	270
5. Naturaleza jurídica y caracteres.....	272
6. Origen o fuente de la competencia	273
7. Clases de competencia.....	273
A) En razón de la materia.....	273
B) En razón del grado o jerarquía.....	274
C) En razón del lugar o del territorio	274
D) En razón del tiempo.....	274
8. La delegación. Distintas especies. Su procedencia.....	275
A) Delegación inter-orgánica	276
B) Delegación entre entes públicos.....	276
9. Las figuras de la suplencia y la sustitución.....	277
10. La intervención.....	278
11. Lo atinente a la denominada delegación de firma. La sub-delegación	278
12. Avocación de competencia. Régimen legal.....	279
13. Centralización y descentralización administrativas	281
14. Autonomía, autarquía y descentralización	283
15. Descentralización y recentralización.....	284
16. Tipos de descentralización: funcional y territorial.....	285

17. Los principios de concentración y desconcentración	286
18. Delegación, descentralización y desconcentración. La llamada imputación funcional.....	287
19. Conveniencia o inconveniencia de la centralización	288
20. Ventajas e inconvenientes de la desconcentración.....	289

CAPÍTULO III LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

1. Introducción.....	293
2. El Gobierno Federal y la distribución de la competencia según la Constitución Nacional.....	294
3. El Poder Ejecutivo Nacional.....	296
4. Competencia del Poder Ejecutivo.....	298
5. El Jefe de Gabinete	301
A) La atenuación del poder presidencial	303
B) Articulación de los poderes del Jefe de Gabinete con los Ministros	304
C) La asignación constitucional de facultades privativas del Jefe de Gabinete.....	304
6. El órgano ministerial: naturaleza y atribuciones.....	305
7. Las secretarías de Estado y sus sub-secretarías. La organización burocrática.....	308
8. La organización consultiva de carácter jurídico	309
9. La organización de control	312
10. La Ily de Administración Financiera y los sistemas de control.....	313
11. Continuación. Ámbito de aplicación.....	315
12. El control interno de la Administración Pública	315
13. El control externo del sector público nacional.....	317
14. El control parlamentario	319
15. El Defensor del Pueblo	320
16. De la acción de responsabilidad contra los funcionarios y personas que se desempeñan en las jurisdicciones y entidades controladas.....	321

CAPÍTULO IV ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y EMPRESAS PÚBLICAS

1. Aspectos terminológicos. La expresión "Empresa Pública"	325
2. Distintas formas jurídicas que puede revestir la descentralización administrativa.....	326
A) Descentralización territorial	326
B) Descentralización institucional	327

a) Entidades autárquicas	327
b) Empresas del Estado	327
c) Entidades descentralizadas atípicas	328
3. Órgano competente para disponer la creación de entidades descentralizadas	328
4. La tesis de las facultades concurrentes	330
5. El régimen jurídico de los actos de las entidades descentralizadas y la posibilidad de emitir actos de objeto privado	331
6. La intervención del Estado en el campo de la gestión económica	332
7. El llamado proceso de las “nacionalizaciones”	335
8. Las actividades industriales y comerciales realizadas por el Estado bajo formas jurídicas privadas	336
9. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas y sociedades comerciales del Estado	338

CAPÍTULO V ENTIDADES AUTÁRQUICAS

1. Origen histórico de la autarquía	343
2. Autonomía, soberanía y autarcía	344
3. La crisis de la noción clásica y su significado actual	344
4. La crisis del “establecimiento público”	345
5. Condición jurídica y elementos de la entidad autárquica	346
6. Distintas clases de entidades autárquicas	347
7. Órgano competente para crear entidades autárquicas institucionales: remisión	348
8. Clasificación de las entidades autárquicas institucionales	349
9. Régimen jurídico de la entidad autárquica	349
10. El control de los actos de la entidad autárquica. Remisión. La intervención	351
11. Modificaciones de su <i>status</i> y órgano competente para disponer la extinción de la entidad	352

CAPÍTULO VI LOS NUEVOS ENTES REGULADORES

1. La aparición de los entes reguladores en el escenario de las privatizaciones	355
2. Creación formal de los entes reguladores. Su condición jurídica	356
3. Configuración de los fines u objetivos que persiguen y su interpretación integral a la luz del ordenamiento regulatorio	357

4.	Naturaleza de la competencia de los entes reguladores	360
5.	Las potestades de los entes reguladores.....	361
	A) Principios aplicables	361
	B) Sobre las potestades, en particular, de los entes reguladores.....	363
6.	Las facultades reglamentarias de los entes reguladores y la delegación legislativa.....	365
7.	Los órganos directivos.....	370
8.	Control administrativo y judicial.....	372
	A) Control administrativo: el recurso de alzada.....	372
	B) Control judicial	372
9.	La participación pública en el control de los servicios públicos	373
	A) Principios constitucionales básicos.....	373
	B) La ley como fuente del Derecho de participación pública	375
	C) El fundamento de la idea participativa. Ventajas y desventajas	376
	D) Tipologías de la participación pública en los entes reguladores.....	377
	a) Derechos individuales y colectivos. La participación de las Asociaciones Defensoras de los Usuarios	378
	b) El régimen de audiencias públicas en los entes reguladores	380

CAPÍTULO VII

LAS EMPRESAS DEL ESTADO

1.	Causas de su aparición.....	385
2.	Su tipicidad y condición jurídica: el encuadramiento de la organización administrativa.....	385
3.	Objeto de su actividad: los llamados servicios públicos industriales y comerciales.....	386
4.	Su creación	387
5.	Caracteres	387
6.	Regulación de sus relaciones jurídicas: principios aplicables	388
7.	Relaciones con la administración pública y otras entidades: la aplicación de multas	389
8.	Régimen de sus actos y contratos. Los reglamentos de contrataciones	390
9.	La aplicación a las Empresas del Estado de la Ley de Procedimientos Administrativos.....	391
10.	El personal de las "Empresas del Estado"	392
11.	Lo atinente a la responsabilidad de sus autoridades.....	394
12.	El control de sus actos por el poder ejecutivo. La intervención	394
13.	Transacción y arbitraje. Remisión.....	395
14.	Modificación de sus estatutos y extinción.....	395

CAPÍTULO VIII
OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN
Y PARTICIPACIÓN ESTATAL

Sección 1ª

Las formas societarias

A) Utilización de las técnicas del Derecho Comercial por el Estado en las formas de personificación	399
B) Crítica a las posiciones que niegan la existencia de empresas estatales personificadas bajo formas privadas.....	401
C) Consecuencias que se derivan de las posturas negatorias.....	403
D) La utilización por el Estado de la forma societaria mercantil y el Derecho Público. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos...	404
E) Tribunal judicial competente en caso de contiendas	405
F) La participación de las provincias en sociedades estatales.....	407
G) Conclusiones.....	408
1. <i>La Sociedad de Economía Mixta</i>	408
A) Antecedentes.....	408
B) Concepto. Fines que debe perseguir.....	410
C) Condición jurídica.....	411
D) Naturaleza de los aportes.....	412
E) Dirección y administración. Fiscalización. El veto.....	412
F) Creación de la entidad.....	413
G) Régimen jurídico: la imposibilidad de que sean declaradas en quiebra. El rescate	414
2. <i>La Sociedad del Estado</i>	414
A) Noción y naturaleza jurídica	414
B) Objeto	416
C) Régimen legal: derogaciones al Código de Comercio y aplicación de la legislación administrativa.....	417
D) La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a las sociedades del Estado y el control de sus actos	418
E) El régimen del personal de las sociedades del Estado.....	421
3. <i>Sociedades anónimas</i>	422
A) La actuación del Estado y la sociedad anónima	422
B) La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.....	422

*Sección 2ª***Otras formas de gestión**

1. Empresas sin personalidad jurídica	424
2. Las corporaciones estatales.....	425
3. Las fundaciones.....	425
A) Antecedentes de la política legislativa sobre las fundaciones	425
B) El concepto de fundación. Diferencias con las corporaciones o asociaciones.....	427
C) La participación del Estado en el acto fundacional y la naturaleza jurídica de la fundación.....	429

CAPÍTULO IX

**LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PROVINCIAS Y MUNICIPIOS.
EL RÉGIMEN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.
LAS REGIONES**

1. Antecedentes.....	433
2. La autonomía de las provincias	434
3. Atribuciones.....	434
4. Instituciones y principales características de la organización provincial...	436
5. Los órganos provinciales	437
6. Los gobernadores	438
7. La intervención federal.....	439
8. Los municipios: su trascendencia y fines. Antecedentes históricos.....	441
9. Su condición jurídica	442
10. El régimen administrativo municipal	445
11. La autonomía de los municipios en la Constitución Nacional y la de la Ciudad de Buenos Aires.....	446
A) Los municipios provinciales.....	446
B) Principios relativos al régimen de la ciudad de Buenos Aires	447
C) La ley que preserva los intereses del Estado nacional	448
12. Las regiones	450

TÍTULO TERCERO**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PÚBLICOS****CAPÍTULO I****TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

1. Ubicación del tema y dificultades que se plantean	457
2. El dogma de la irresponsabilidad del Estado	458

3.	El proceso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado ..	460
4.	La evolución posterior y el predominio de las ideas publicistas	461
5.	Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: a) civil o de Derecho Privado; b) de Derecho Administrativo	464
6.	Especies de responsabilidad patrimonial del Estado regidas por el Derecho Administrativo: a) contractual; b) extracontractual	465
7.	La llamada teoría de la indemnización y el fundamento de la responsabilidad del Estado.....	467

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.	La responsabilidad extracontractual proveniente de la actividad ilegítima del Estado	473
	A) Diferentes clases de responsabilidad según la función que cumplen los órganos que ocasionan el daño.....	473
	B) Acerca de los factores de atribución en los derechos francés y español.....	473
	a) La falta de servicio en el Derecho francés.....	473
	b) El carácter objetivo o subjetivo de la falta.....	474
	c) El anormal o normal funcionamiento del servicio en el Derecho español.....	476
	C) La responsabilidad estatal por hechos y actos administrativos ilegítimos. Soluciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el caso "Devoto"	477
	D) Interpretación sustentada por la Corte Suprema en el caso "SA Tomás Devoto y Compañía v. Gobierno nacional". Jurisprudencia posterior.....	479
	E) Aplicación del art. 1112, C.C., para determinar la responsabilidad del Estado	482
	F) Presupuestos de la responsabilidad por hechos y actos administrativos ilegítimos	483
	G) La responsabilidad del Estado por actos normativos o legislativos declarados ilegítimos por sentencia judicial firme: a) leyes inconstitucionales; b) reglamentos inconstitucionales o ilegales. Remisión.....	485
	H) Diversas cuestiones que suscita el ejercicio de la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del Estado proveniente de su actividad ilegítima.....	486

a)	La restitución: el criterio para establecer la medida de la indemnización.....	486
b)	Acumulación de la responsabilidad extracontractual con la derivada del incumplimiento de contratos administrativos.....	487
c)	Plazo de prescripción de las acciones vinculadas a la responsabilidad extracontractual.....	488
d)	Relaciones entre la acción de nulidad y la de daños y perjuicios..	489
2.	La responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de su actuación legítima	491
A)	Distintas especies de responsabilidad.....	491
B)	Presupuestos determinantes de la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos. Remisión.....	492
C)	Algunos supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima	492
a)	Por hechos y actos administrativos legítimos	492
b)	Por leyes o reglamentos.....	493
D)	Reglas que gobiernan la restitución en la responsabilidad del Estado por acto legítimo.....	495
E)	Prescripción de las acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los daños causados por la actividad legítima	496
3.	La responsabilidad del Estado por omisión.....	498

CAPÍTULO III

SITUACIONES ESPECIALES QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

1.	Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales. Su carácter excepcional	503
2.	Distintos supuestos de responsabilidad por acto jurisdiccional. Principio y normas aplicables	504
3.	La responsabilidad emergente del ejercicio de los poderes de guerra. Su alcance sobre la propiedad enemiga y la responsabilidad por los hechos de guerra	505
4.	La responsabilidad internacional del Estado. Remisión	508

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS

1.	Breves consideraciones metodológicas.....	513
2.	La interpretación del art. 1112, C.C., Según la doctrina y la jurisprudencia.....	513

3. Conclusiones sobre la justicia de la interpretación del sistema que rige la responsabilidad del agente público 515

CAPÍTULO V

LAS GRANDES LÍNEAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1. Liminar	519
2. Las grandes líneas que exhibe la jurisprudencia de la Corte.....	520
3. La responsabilidad estatal por actividad ilegítima o ilícita: de la responsabilidad indirecta a la directa	524
A) El caso "Devoto"	524
B) El fallo dictado en la causa "Ferrocarril Oeste v. Prov. de Buenos Aires"	524
C) El caso "Vadell": un hito fundamental en la jurisprudencia de la Corte...	526
4. La interpretación dinámica del art. 1112, C.C., y su actual función	527
5. Los avances jurisprudenciales de la Corte en materia de responsabilidad por actividad legítima o lícita.....	530
A) Las diferencias de estructura y fines entre la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial de la Administración por actividad legítima o lícita	530
B) El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración por actividad legítima o lícita.....	532
C) Los presupuestos o condiciones que deben reunirse para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado	533
a) El daño y los factores de atribución en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo.....	534
b) Existencia del daño y extensión del resarcimiento	536
c) Los restantes elementos de la responsabilidad: imputabilidad material y conexión causal	540
6. La concepción del riesgo: crítica. Su carácter excepcional	542
7. La responsabilidad por omisión	543
8. Reflexiones finales	546
Bibliografía	549
Índice Jurisprudencial	625
Abreviaturas	633