

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO BONAERENSE.-

Pablo Octavio Cabral¹.-

SUMARIO: I.- Presentación. II.- La pretensión indemnizatoria en el sistema del Código Varela. III.- La pretensión indemnizatoria en el nuevo proceso administrativo (Ley 12.008). IV.-El criterio jurisprudencial de la SCBA para determinar la competencia en materia de responsabilidad del Estado. V.-La interpretación doctrinaria respecto de los criterios de atribución de competencia material en el proceso administrativo. VI.- Conclusiones.-

I.- PRESENTACIÓN.

En el presente trabajo abordaré el tema de la responsabilidad del Estado desde la regulación legal del proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires, normado por la ley 12.008 y modificatorias (en adelante CCA), centrándome en el tratamiento que el constituyente de 1994 y el legislador establecieron para la tramitación de los procesos de daños y perjuicios.

Para ello repasaré el antiguo sistema regulado por la Constitución de 1934 y el Código de Varela de 1905 (Ley 2.961), y me detendré en el cambio efectuado en esta materia por el nuevo sistema de justicia administrativa dispuesto constitucionalmente en la reforma de 1994. Como consecuencia de su reciente puesta en marcha, en el Fuero Contencioso Administrativo aún no se encuentran trazadas y asentadas las doctrinas sobre aquellas cuestiones de fondo que hacen a la materia a analizar.

Esta circunstancia me conduce a tomar como eje de análisis los criterios utilizados por la Suprema Corte de Justicia bonaerense (en adelante SCBA) al determinar el juez competente, según la materia, para entender en los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado. Me interesa destacar el uso que dicha jurisprudencia está realizando de una presunción dispuesta expresamente por el legislador para dirimir las cuestiones de competencia material que surjan en el marco del ejercicio de la función administrativa por parte del Estado. Por último daré mi opinión sobre las distintas posturas de la doctrina respecto de la determinación de la competencia material.

II.- LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO VARELA.-

La Constitución provincial de 1934, manteniendo el texto redactado por los constituyentes de 1889, organizó el sistema de justicia administrativa otorgando a la SCBA la competencia para

¹ Aprovecho esta oportunidad para agradecer a las autoridades del FORJAD por la construcción de un espacio de discusión donde todas las ideas son escuchadas y debatidas libremente.

resolver las causas contencioso administrativas. En su sección 5 ("Poder Judicial"), capítulo II, al establecer las funciones del máximo tribunal provincial, dispuso que:

Art. 149 inc. 3: "La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 3) Decide las causas contencioso administrativas en única instancia y en juicio pleno, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionan por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción ante la Suprema Corte de Justicia y los demás procedimientos de este juicio".

En este originario sistema judicial el Estado no le brindaba al ciudadano que tenía un conflicto con la administración provincial o municipal un servicio de asistencia jurídica para encaminar su reclamo, ni le otorgaba al particular un tribunal judicial dentro de su ámbito geográfico donde interponer la demanda. El antiguo sistema de justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires no cumplía con la garantía del acceso irrestricto a la jurisdicción, y el ciudadano quedaba librado a su suerte, en lo que a la protección de sus derechos respecta.

La estructura del sistema judicial bonaerense impidió, por casi un siglo, un acceso irrestricto a la justicia, afectando el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la provincia. Los obstáculos a que hago referencia son: centralización territorial, necesidad de demandar a la provincia en la ciudad de La Plata e inexistencia de una asistencia jurídica gratuita en materia contencioso administrativa.

Además de estas circunstancias estructurales, no puedo dejar de mencionar que la deficiencia del anterior sistema de justicia administrativa fue consecuencia de la aplicación, durante esta etapa, de un régimen procesal obsoleto y formalista que obstaculizó la realización de la justicia material en cada caso. El viejo Código Varela siguió siendo utilizado por la SCBA, en manifiesta oposición al texto de la Constitución bonaerense (arts. 166 y 215), hasta que, el 15 de diciembre de 2003, se puso en marcha el nuevo fuero contencioso administrativo y entró en vigencia la ley 12.008.

Como ya vimos, la competencia en materia contencioso administrativa recaía en el superior tribunal provincial, creado por la Constitución de 1873, y al que le fueron otorgados un abanico de poderes y competencias que la transformaron en un "supertribunal" de justicia.

Respecto de las pretensiones indemnizatorias que podían judicializarse en el proceso contencioso administrativo, solo eran residenciables en la SCBA aquellas demandas que atacaran en forma directa un acto administrativo, y entre cuyas consecuencias jurídicas se encontrara la petición de un monto indemnizatorio como consecuencia de la anulación de la actuación administrativa.

III.- LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El nuevo sistema modificó sustancialmente tres aspectos procesales en materia de responsabilidad del Estado: 1) La competencia material del nuevo fuero contencioso administrativo para entender en tales juicios. 2) La regulación de una pretensión de daños y perjuicios. 3) El establecimiento de especiales requisitos de habilitación de instancia (plazo de caducidad y agotamiento de la vía administrativa previa).

A continuación repasaré las reformas aludidas a la luz del nuevo sistema procesal administrativo:

1) Competencia en materia de responsabilidad del Estado. Determinación constitucional y legal.

La primera gran diferencia con el régimen jurídico de la antigua Constitución provincial y del Código Varela es la inclusión de un vasto sector de pretensiones dentro de la materia administrativa, en especial aquellas vinculadas con la responsabilidad del estado por su accionar material no manifestado mediante la emisión de un acto administrativo.

En cuanto a las pretensiones indemnizatorias, el régimen derogado, al establecer como única pretensión la de anulación contra determinados actos administrativos, habilitaba implícitamente una acción resarcitoria complementaria y derivada de la nulidad del acto.

El artículo 1 de la ley 2.961, al disponer que se reputarán causas contencioso administrativas aquellas en las cuales se vulnera un derecho de carácter administrativo, excluyó de la competencia de la Corte las acciones basadas en el derecho civil. El viejo código declaraba improcedentes aquellas demandas que versaran sobre cuestiones en que el derecho vulnerado era de orden civil (art. 29, inciso 2).²

Así la jurisprudencia de la SCBA ha reiterado que resultaba improcedente la vía contencioso administrativa cuando se había puesto en juego una acción de carácter civil, como aquella que pretende el resarcimiento de daños y perjuicios³, como aquella tendiente a obtener una indemnización por los daños que le ocasiona un incendio imputado a la autoridad administrativa⁴, así como el reclamo de los perjuicios provenientes de la desposesión de tierras con motivo del cambio de destino de la expropiación.

Además la SCBA tenía dispuesto como principio rector de la discriminación de competencia que, en caso de duda respecto de la intervención de la justicia ordinaria o del tribunal en lo

² Hutchinson, Tomás: "Procedimiento y proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires", Scotti Editora, Avellaneda, 1995.

³ Ac. 29.447, en autos "Corbino de Patalano" de fecha 21-XI-1980 y Ac. 9.965 en autos "Azcueta", DJBA: 122-54.

⁴ Causa B- 48.510, en autos "Liguori" de fecha 9-III-1982.

contencioso administrativo, debía resolverse siempre a favor de la justicia civil y comercial o laboral.⁵

Hoy en día, los casos de responsabilidad pública por la acción u omisión, ya sea en virtud de una conducta lícita o ilícita del Estado provincial así como de los restantes entes estatales y locales, debe tramitarse por los carriles procesales de la ley 12.008 y sus modificatorias.

El artículo 166, inc. 5, de la Constitución bonaerense modificada en 1994 establece que: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

El principio general de la competencia material dispuesto por el CCA, al reglamentar el artículo 166 de la Constitución, dispone que: “1º Corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código. 2º La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regidas por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.”

En los artículos 2 y 4 del CCA encontramos la materia incluida y excluida de la competencia contencioso administrativa bonaerense:

Al regular la materia incluida el Art. 2, inciso 4 del CCA dispuso que: “La competencia contencioso administrativa comprende las siguientes controversias: 4º) Las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los municipios y los entes públicos estatales previstos en el art. 1º, regidas por el derecho público, aun cuando se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado.”

La materia excluida fue establecida por el Art. 4 del código al decir que: “No corresponden a la competencia de los tribunales contencioso administrativos las siguientes controversias: 1º Las que se encuentran regidas por el derecho privado, o por las normas o convenios laborales.”

Como veremos más adelante, sobre esta estructura normativa la SCBA construyó casuísticamente un criterio para determinar la competencia en materia indemnizatoria de los nuevos juzgados contencioso administrativos.

2) La pretensión indemnizatoria (art. 12).

⁵ Ac. 28.209, en autos “Bilbao”, de fecha 10-VI- 1980, DJBA: 119-506.

La pretensión procesal administrativa constituye, según la clásica definición de Jesús González Pérez, el objeto de la contienda judicial y se manifiesta a través de la declaración de voluntad por la cual el actor peticiona ante un órgano jurisdiccional, frente a un sujeto pasivo, diferente del accionante, en demanda de que se haga algo jurídico.⁶

Como lo explica Daniel Soria, la pretensión es un acto esencial en todo proceso que se manifiesta en el ejercicio del derecho a la acción y consiste en una modalidad de petición fundada en derecho mediante la cual el accionante solicita al órgano jurisdiccional una actividad frente a otra persona, en relación con determinados bienes jurídicos.⁷

Luego de la modificación constitucional del sistema de justicia administrativa la legislatura bonaerense sancionó la ley 12.008 que adoptó el sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones enunciando en su artículo 12 las peticiones procesales que pueden ser radicadas en el fuero contencioso administrativo. Este régimen fue modificado luego por la ley 13.101 que eliminó del listado de pretensiones la llamada “pretensión prestacional” (inciso 6).

El artículo 12, inciso 3º, dispone que: “En el proceso contencioso administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener:... 3) El resarcimiento de los daños y perjuicios causados”.

Los daños derivados de un acto nulo pueden ser requeridos junto con la acción de nulidad (Art. 12 Inc. 1 del CCA) o en forma autónoma.

Así el artículo 20 del código en análisis dice que: “1º Juntamente con la pretensión de anulación puede reclamarse el resarcimiento de los daños y perjuicios aplicándose el plazo de caducidad del artículo 18 del presente Código. 2º El interesado podrá deducir la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios, como reclamo autónomo luego de finalizado el proceso de anulación que le sirve de fundamento y dentro del plazo de prescripción de la misma.”

3) La habilitación de la instancia: El plazo de caducidad (art. 18) y el agotamiento de la vía administrativa previa (art. 14)

El código administrativo establece en su artículo 31 que el juez examinará si la pretensión reúne los requisitos de admisibilidad, en una suerte de habilitación de instancia similar a la creada jurisprudencialmente en el fuero federal, evaluando el cumplimiento de los requisitos de agotamiento de la vía administrativa (art. 14 CCA) o la configuración del silencio (art. 16 CCA), el cumplimiento de los plazos de caducidad (art. 18 CCA) y el pago previo en materia tributaria (art. 19 CCA).

⁶ González Pérez, Jesús: “Derecho procesal administrativo hispanoamericano”, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

⁷ Soria, Daniel: “Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en la obra colectiva El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platense, La Plata, 2004, p.133.

En cuanto al requisito de agotamiento de la vía administrativa previa, hay que recordar que luego de la reforma del artículo 14 del CCA por la ley 13.101, el principio de demandabilidad directa establecido constitucionalmente (Art. 166 CPBA) fue invertido tornando la excepción en regla. Esta modificación fue calificada por parte de la doctrina como una alteración inconstitucional del principio de demandabilidad directa establecido por el constituyente en el artículo 166 de la carta magna provincial.⁸

Independientemente de la constitucionalidad de tal requisito, la SCBA y la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín establecieron jurisprudencialmente el principio de demandabilidad directa y la innecesariedad del agotamiento de la vía administrativa previa en materia indemnizatoria no derivada de la nulidad de un acto administrativo viciado en sus elementos.

Antes de la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo la SCBA en autos “Gaineddu, Juan Daniel c/ Provincia de Buenos Aires- Ministerio de Seguridad s/Demanda contencioso administrativa”, en aplicación directa del artículo 166 de la Constitución provincial, dijo que: “El tránsito por vías administrativas- ora la reclamación ante la autoridad, ora el procedimiento recursivo- han de tener cabida como excepción a la directa demandabilidad estatal, en aquellas hipótesis expresamente requeridas por un enunciado normativo de rango legal” (Causa B- 64.553, resolución de fecha 23-IV-2003).

Entre las razones expuestas por la SCBA para declarar habilitada la instancia, reviste importancia el análisis de la situación que se produjo al modificar el criterio de atribución de competencia ya que, con el antiguo sistema esta causa hubiera tramitado por el proceso civil y comercial, donde no es requisito para la procedencia del juicio el agotamiento previo de la instancia administrativa. En esta inteligencia, sería violatorio de los artículos 15 y 166 que la atribución de tales causas a la nueva justicia administrativa supusiera agravar, sin texto expreso, el acceso a la instancia judicial.

Por su parte, la citada Cámara regional de apelaciones, en fecha 23 de septiembre de 2004, declaró en autos “COMPER S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios” que no es obligatoria la interposición de reclamo administrativo previo a la deducción de una demanda entablada contra el Estado provincial por los daños y perjuicios ocasionados a la empresa accionante durante los reclamos sociales del día 19 de diciembre de 2001. La cámara expuso como pauta de interpretación que el artículo 14 debe ser leído en el sentido de que; “salvo los casos claramente enunciados en normas expresas, no impone a los particulares que intenten iniciar demandas contra los entes estatales la obligación de recorrer previamente la vía administrativa y en

⁸ Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo Esteban: “*El nuevo proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006. En el mismo sentido Botassi, Carlos A; “*Ensayos de*

particular, en lo que respecta al caso de autos, mediante la interposición del reclamo administrativo previo.”

En cuanto al requisito del plazo de caducidad, la pretensión indemnizatoria, en principio, no está alcanzada por el artículo 18 del CCA, en la medida en que el resarcimiento de daños y perjuicios no se encuentre vinculado a una pretensión de anulación de un acto de alcance particular o general.⁹

IV.- EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL DE LA SCBA PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.-

1) Naturaleza jurídica de la doble presunción del artículo 1, inciso 2 del CCA.

En este punto pretendo analizar en qué forma la jurisprudencia de la SCBA ha interpretado, a la hora de determinar la competencia del nuevo fuero en materia de responsabilidad del Estado, la doble presunción establecida en el inciso 2 del artículo 1 del CCA (La actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los municipios y de los demás entes provinciales o municipales, se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regidas por el derecho administrativo)

Tal doble presunción, en tanto procedimiento que permite suponer la existencia de un hecho o circunstancia, puede ser clasificada según su rigidez en *juris et de iure* o *juris tantum*, según si no admite prueba en contrario o produce prueba plena mientras no se demuestre lo contrario.

Coincide Couture al clasificar las presunciones legales en absolutas o *iuris et de iure* y relativas o *iuris tantum*, siendo las primeras aquellas proposiciones normativas acerca de la verdad de un hecho contra la cual no se admite prueba en contrario, pudiendo en las segundas, producirse prueba contraria al respecto.¹⁰

Los profesores Osvaldo H. Bezzi y Marcelo Bolaños, al analizar la distribución de competencia material administrativa, consideraron, creo en forma incidental, que la presunción analizada es *juris tantum*, es decir que produce plena prueba hasta tanto se demuestre lo contrario.¹¹

En primer lugar me pregunto qué es lo que hay que demostrar y, luego, quién lo debe hacer y cómo.

Derecho Administrativo”, Librería Editora Platense, Avellaneda, 2007, p 451 y sgtes.

⁹ Calonge, Diego Andrés: “*Responsabilidad del Estado en la provincia de Buenos Aires. Análisis de la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*” en la obra colectiva “Responsabilidad del Estado”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 471.

¹⁰ Couture, Eduardo J: “*Vocabulario jurídico*”, Editorial B de F, Montevideo, 2004, p. 583

¹¹ Bezzi, Osvaldo H.- Bolaños, Marcelo: “*Función administrativa y competencia material contencioso administrativa en la provincia de Buenos Aires*”, JA 2006-I-1133. Al respecto estos profesores dijeron: “Pero además la ley ritual establece una doble presunción *iuris tantum* consistente en que toda la actividad del Poder Ejecutivo es función administrativa y, asimismo, que dicha función se rige por el Derecho Administrativo”.

Descarto de plano que lo que se debe acreditar que el Poder Ejecutivo o un Municipio son los sujetos realizadores de la actividad en cuestión, pues este es el presupuesto que habilita la utilización de la presunción.

Buscando una primera respuesta a esbozar y recurriendo a la interpretación textual de la norma, puedo afirmar que, para hacer caer tal presunción legal, se debería demostrar que la actividad generadora de responsabilidad estatal, desarrollada por el Poder Ejecutivo o por un Municipio, no fue realizada en ejercicio de una función administrativa y que, además, no se encuentra regida por el derecho administrativo, ambos extremos de difícil factura, pues, como ya lo dijera la doctrina nacional, el concepto de función administrativa adolece de “alta vaguedad”, lo que dificulta su delimitación y definición. Como lo expresa el profesor Botassi, el criterio objetivo siempre presentará zonas grises donde la línea fronteriza se hace borrosa.¹²

También es muy difícil probar que la actividad no se encuentra regida por el derecho administrativo, pues, más allá de la posterior aclaración del legislador respecto de la inocuidad de la aplicación analógica de normas de derecho privado, el quehacer público siempre estará regido, por lo menos en parte, por normas de derecho administrativo. Acreditar este extremo, más que difícil, es lógicamente imposible.

Como ya lo explicaba el profesor Fiorini: “El sujeto administración es siempre de derecho público; la voluntad realizadora de la administración está siempre regida por normas de derecho público; todos los actos de la administración necesariamente tienen incidencia con el erario y la contabilidad pública; las relaciones que establecen las resoluciones administrativas no tienen nunca el carácter total del negocio jurídico privado, pues la voluntad de la administración se regla por normas de derecho público.”¹³

¿Qué sucede si, el interesado en obtener la declaración de competencia del fuero civil y comercial, o laboral, pudiera probar únicamente que la actividad realizada por el Estado no es función administrativa, siéndole imposible acreditar que tal situación se encuentra regulada con exclusividad y en forma directa por el derecho civil?

Tendríamos entonces una actividad del Poder Ejecutivo que no encuadra en los cánones de la función administrativa, que se encuentra regida en parte por el derecho administrativo y en parte por el derecho privado.

¿Esta situación es suficiente para desvirtuar la presunción legal?

¹² Botassi, Carlos: “Ensayos...” ob. cit., p. 441.

¹³ Fiorini, Bartolomé A: “*Qué es el contencioso*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p 250. Sobre la actividad privada del estado, decía el profesor que: “No existe una definición exacta sobre lo que es esta clase de actividad privada por parte de la administración pública, porque es difícil, cuando se comprueba una autoridad pública administradora y una actividad de administración pública, que dentro del contenido de esto aún se pretenda una actividad privada. Además, es imposible considerar la existencia de un acto de la

En mi opinión la respuesta que se impone es la negativa, ya que del texto del inciso 2 del artículo 1 del CCA surge claramente que las dos consecuencias de la presunción se encuentran unidas en forma definitiva pues una condición implica la otra. En otras palabras, hay función administrativa cuando tal actividad se encuentra regida por el Derecho Administrativo.

En cuanto a quién podría acreditar los extremos que dejarían sin efecto la presunción (imaginando que esto sea posible) de la propia jurisprudencia de la SCBA, entiendo que los legitimados son las partes y la oportunidad es la demanda y la oposición de excepciones o contestación.

Considera el tribunal que, para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que la actora hace en la demanda y, sólo en la medida que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamentos de la pretensión (doctr. Causa B-68.059 “Baez” de fecha 3-XI-2004).

Sobre lo que dijera el actor en la demanda y, en su caso, el demandado al oponer la excepción, no podría agregarse ninguna prueba más, debiendo resolver la cuestión en base a tal exposición de hechos.

En autos “Binzugna, Paula c/ Provincia de Buenos Aires” la SCBA, en fecha 22 de septiembre de 2004, luego de dar por cumplido el presupuesto de la presencia del Estado (en el caso por el carácter de dependiente del Estado que tenía el conductor del automóvil generador del daño y por pertenecer el mismo a la propiedad de la demandada), para dilucidar si el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo o en ocasión del ejercicio de la función administrativa, se debe considerar, de las pruebas obrantes en autos, si surge la realización de los cometidos específicos del órgano estatal demandado. Luego, y no habiendo sido probado el cumplimiento de cometidos ajenos a la fuerza policial demandada y aplicando la presunción del artículo 1 inciso 2 del CCA, declaró la competencia del nuevo fuero especializado.

Es difícil imaginar una situación dónde pueda ser probado que la actividad que realiza u omite realizar el Poder Ejecutivo o los Municipios corresponde al cumplimiento de cometidos ajenos a los específicos de tales organismos públicos.

En síntesis, de todo lo aquí analizado, considero que la presunción en estudio es *iure et de iure* porque como ha quedado probado tal suposición no admite prueba en contrario.

2) El nuevo concepto de “causa civil” en la jurisprudencia de la CSJN.

Como cuestión previa y vinculada al análisis jurisprudencial que haré en el punto siguiente, corresponde tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) ha modificado los alcances del concepto de “causa civil”, dejando atrás el criterio que entendía que

administración pública regido totalmente por normas de derecho privado; un acto de esta clase y con estas normas no puede hallarse jamás...”

una causa dónde el actor pretendía una indemnización de daños y perjuicios contra la provincia de Buenos Aires por haber sido detenido cuando intentaba salir del país porque existía una orden judicial de secuestro del automóvil que conducía, era “civil” pues la acción se apoyaba en normas de derecho común (“De Gandía”¹⁴). La CSJN entendía que: “...aún cuando para resolver la materia civil de la causa resulte necesario enjuiciar de modo incidental o previo cuestiones de derecho público local, la consideración de estas cuestiones no tiene por fin revisar actos locales, sino apreciar su incidencia en la resolución de la causa civil”.

El cambio de criterio se produjo en la causa “Barreto, Alberto y ot c/ Provincia de Buenos Aires y ot. s/Daños y perjuicios”¹⁵, donde los actores pretendían el cobro de una indemnización contra la Provincia de Buenos Aires y un particular por los daños y perjuicios sufridos a raíz de la muerte de su hija, quien fue asesinada por un oficial de la policía bonaerense.¹⁶

Consideró la CSJN: “Que en el sub lite los actores persiguen- con apoyo en disposiciones contenidas en el Código Civil- la reparación de perjuicios derivados del accionar irregular de personal de la policía provincial en la realización de tareas de prevención de delitos...Que lo expuesto conduce necesariamente- a fin de resolver el caso- al estudio del régimen jurídico administrativo local... Que no obsta a tal conclusión la circunstancia de que para resolver el sub lite se invoquen eventualmente disposiciones contenidas en el Código Civil, pues todos los principios jurídicos- entre los que se encuentra el de la responsabilidad y el resarcimiento por daños ocasionados- aunque contenidos en aquel cuerpo legal no son patrimonio exclusivo de ninguna disciplina jurídica y menos aún del derecho privado, pues constituyen principios generales del derecho aplicables a cualquiera de ellas, aunque interpretándolos teniendo en cuenta el origen y naturaleza de la relación jurídica de que se trate...Tampoco obsta a lo expuesto la circunstancia de que, ante la ausencia de normas propias del derecho público local se apliquen subsidiariamente disposiciones de derecho común, toda vez que ellas pasan a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo en el que, prima facie, se encuadra el presente caso”.

En el considerando 13 el tribunal destaca que la provincia de Buenos Aires sancionó el Código Contencioso Administrativo cuya competencia para “el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan en los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la provincia.”, destacando la CSJN la presunción que en este trabajo analizamos al decir que la ley 12.008: “Agrega, asimismo, que la actividad de los

¹⁴ CSJN, Fallos: 315:2309..

¹⁵ CSJN, Sentencia del 21-III-2006, B.2303. XL, publicado en La Ley de fecha 28 de marzo de 2006, p. 3.

¹⁶ Ampliar en Vincenti, Rogelio W: “*Importantes cambios en la jurisprudencia de la Corte Suprema en temas de derecho público*”, Revista de Derecho Público, 2006-1, p 317.

órganos del Poder Ejecutivo...se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regida por el derecho administrativo...”

En mi opinión, la CSJN, al definir la “*causa civil*” como: “aquellos litigios regidos exclusivamente por normas y principios de derecho privado, tanto en lo que concierne a la relación jurídica de que se trata, como en el examen sobre la concurrencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial ventilada y, en su caso, en la determinación y valuación del daño resarcible”, excluye de plano la posibilidad de incluir en tal concepto los juicios dónde uno de los sujetos sea la administración pública provincial o municipal.

El carácter de exclusividad en la aplicación de normas y principios de derecho privado, impide que se entienda por “causa civil” el enjuiciamiento del Estado provincial, pues en ese caso tal utilización normativa pasaría “a integrarse en el plexo de principios de derecho administrativo” haciendo imposible cualquier exclusividad en la aplicación del derecho privado.

Agrega por último la CSJN que no se configurará una “causa civil” cuando: “el examen de un caso que se califica como de responsabilidad civil de un Estado provincial se atribuya a la falta de servicio o remita al examen de materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación”.

Reiterando las palabras de Fiorini, la voluntad realizadora de la administración está siempre regida por normas de derecho público, por lo tanto siempre que se pretenda llevar al Estado a juicio deberá examinarse cuestiones regladas por las autoridades locales de gobierno, como la competencia del órgano, sus funciones y misiones, etc., etc.

3) Evolución de la jurisprudencia de la SCBA.

Con el nacimiento del nuevo sistema procesal la SCBA ha invertido, en base al texto expreso del código de la materia (artículo 1 del CCA), el principio expuesto en el precedente “Bilbao” que establecía que en caso de dudas sobre la competencia ordinaria o contencioso administrativa, se debía optar por la primera. Para ello se vale de una presunción que, como vimos, ha sido incorporada en el inciso 2 del primer artículo del código para despejar cualquier duda y guiar al juez en la determinación de su competencia material.

Es doctrina de la SCBA que: “Es competencia del nuevo fuero en lo contencioso administrativo, entender y resolver en las controversias suscitadas por la actuación o la omisión en el ejercicio de funciones administrativas por parte de los órganos mencionados en el art. 166 de la Constitución provincial y en particular, las que versen sobre la responsabilidad patrimonial, generada por la actividad lícita o ilícita de la Provincia, los Municipios y los entes públicos estatales previstos en el artículo 1º, regidas por el Derecho Público, cuando actúen en ejercicio de función administrativa, aún si se invocaren o aplicaren por analogía normas del Derecho Privado.”

(Doctrina causas: B- 64.552 “Gaineddu”; B-65.489 “Mazzei”; B- 67.408 “Mancuso”; B- 68.001 “Mozcuzza”; B- 68.005 “Carrizo”; B- 68. 052 “Echaire”.)

A partir de los precedentes citados la SCBA resolvió un importante número de causas estableciendo una línea jurisprudencial de otorgamiento de competencia a los juzgados contencioso administrativos, aún cuando deba acudirse para su solución a la integración analógica de normas del derecho privado, basándose en la presunción del artículo 1, inciso 2 del CCA.

Recordemos que la norma referida establece que la actividad de los órganos del Poder Ejecutivo, de los municipios y de los demás entes provinciales o municipales (en adelante haré referencia, por una cuestión de economía, sólo a “Poder Ejecutivo” y “Municipios”), se presume realizada en el ejercicio de funciones administrativas y regidas por el derecho administrativo. Procederá esta presunción aun cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho.

Los fundamentos utilizados por la SCBA en los casos que se incorporan en el cuadro siguiente reproducen el siguiente hilo argumental:

1-“Así, en el caso se trata de hacer efectiva la responsabilidad estatal, cuestión que debe ser resuelta por aplicación de normas y principios de derecho público, conclusión que no varía por el hecho de que deba acudirse, para su solución, al método de integración analógica. Como se dijo antes, está expresamente previsto en el código de la materia que esta clase de asuntos corresponde a los tribunales contencioso administrativos aún cuando “...se invocaren o aplicaren por analogía normas de derecho privado.””

2-“Del relato efectuado en la presentación inicial y de las constancias obrantes en la causa es posible presumir en esta instancia y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en los presentes actuados que el hecho generador de la responsabilidad se produjo con motivo en ocasión del ejercicio de la función administrativa”

En las siguientes causas, cuya pretensión es el resarcimiento de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad del Estado, la SCBA, determinó en base al razonamiento antes expuesto, que correspondía entender a los juzgados con competencia en lo contencioso administrativo.

Causa N°	Carátula	Síntesis del relato efectuado en la presentación inicial ¹⁷
B- 68.497 28-VI-2006	Martínez , Bernardo Sixto c/ Fisco de la Pcia de Bs As s/Materia a categorizar. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008	El actor promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires- Fiscalía de Estado- por incumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios derivados de la venta en público remate, el 24/08/01, de un automotor marca Peugeot 505, motor N° 372290 (adulterado), chasis 200-4013 (adulterado), con patente UCG 827, que adquiriera por el monto de pesos 2.700 en una subasta pública llevada a cabo por la Fiscalía de Estado. Relata que la subasta y la suscripción

¹⁷ Aquí tomé como base la síntesis efectuada por la SCBA en el texto de la resolución de la cuestión de competencia.

		del boleto de compraventa se concretó en el depósito fiscal sito en el partido de Merlo, lugar donde se entregó el rodado.
B-68.249 8-VI-2005	Guida , María de los Ángeles c/ Godoy Biagini, Ramiro y Ots. s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008.	El automóvil del actor se encontraba reglamentariamente estacionado junto al cordón derecho de la calle 64 e 18 y 19 de La Plata, cuando es violentamente embestido en la parte delantera por una ambulancia del Hospital San Juan de Dios que intenta estacionar por delante y al retroceder impacta sobre la parte delantera del automotor de la actora. Entiende el accionante que surge clara la responsabilidad del conductor del rodado como asimismo de la provincia de Buenos Aires. Peticiona que al efecto de integrar debidamente la litis se oficie al Registro Automotor a los efectos que informe sobre la titularidad del vehículo. Funda su pretensión en los artículos 1109 y 1113 y cc del Código Civil.
B-68.535 3-V-2006	Acosta , José Albino c/Caja de Seguro de Vida SA y otro s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008	El actor promueve demanda contra la Caja Seguro de Vida SA y contra la Policía de la Provincia de Buenos Aires por el cobro de pesos en concepto del seguro de vida obligatorio cuyo titular era el hermano del actor. Manifiesta que ha realizado oportunamente los trámites para el cobro de las correspondientes pólizas, quedando pendientes de pago dos de ellas.
B- 68.386 1-III-2006	Sánchez , Gloria Luján c/ Camino del Atlántico SACV y ot s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de Competencia.	Los actores promueven demanda contra la concesionaria vial de la Ruta 11, "Camino del Atlántico SACV", la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Castelli por los daños y perjuicios ocasionados por un accidente, ocurrido el 5/4/2004, que se produjo a consecuencia de la omisión del control de la existencia de animales sueltos en la cinta asfáltica. Relata que el señor...circulaba por la ruta 11, en la dirección La Plata hacia la costa atlántica conduciendo a velocidad normal y permitida una camioneta Peugeot Pick Up 404 y acompañado de otros familiares, cuando al llegar al Km 202, se encuentra de improviso con varios animales (equinos) sueltos en la ruta y pese a realizar las pertinentes maniobras de esquivar embiste a uno de ellos provocando el vuelco de la camioneta a consecuencia de lo cual fallece el conductor.
B- 68.607	D.D.O. c/ Pcia de Bs As s/ Daños y perjuicios.	El actor demanda a la provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios ocasionados por el accionar ilegítimo del personal policial encargado de la investigación del delito que se le endilgaba al actor.
B- 68.566	González , Miguel Ángel y Ot. c/ Establecimiento Avícola Heufres SA y ot. s/ Materia a categorizar. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008	Los actores promueven demanda contra el establecimiento avícola Heufres SA solicitando la indemnización por daños y perjuicios y el cese del daño ambiental y en la salud que le produce las actividades del predio productivo accionado. Se cita como terceros a la Municipalidad de Chacabuco y al Ministerio de Asuntos Agrarios. La Fiscalía de Estado se presenta y opone excepción de incompetencia.
B- 68.670	BAD c/ Pcia de Bs As s/ Daños y Perjuicios	El actor demanda la indemnización por la muerte de su hija ocasionada por un cabo de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.
B- 68.606	Shi Yi Gou c/ Pcia de Bs As s/ Daños y perjuicios	El actor demanda a la Provincia de Buenos Aires solicitando la indemnización por los daños padecidos por su comercio de mini mercado durante los saqueos del 19 de diciembre atribuidos por la falta o mala prestación del servicio de policía de seguridad que encontrándose en el lugar de los hechos no tomo ninguna medida para evitarlos, a pesar de ser previsibles
B-69.112 6-VI-2007	Caracciolo , Alberto Daniel y ot. C/ Municipalidad de General Alvarado s/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008.	Los actores promueven demanda contra la Municipalidad de General Alvarado, el Club Náutico Miramar y el locatario del restaurante ubicado en el mismo club por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de un accidente ocurrido el día 26 de febrero del año 2005. Relatan que cuando se encontraban en el restaurante del balneario esperando que le sea servida la comida sienten un crujir en el techo, como si personas estuvieran caminando sobre el mismo y una fracción de segundos más tarde un ruido ensordecedor, parecido a una explosión, que acompaña la caída del techo (mampostería) sobre la cabeza de quienes allí esperaban para almorzar. Expresan que quedaron atrapados por una viga de cemento, junto con otro matrimonio y una de las empleadas que atendía la casa de comidas. En el hospital la señora Guglielmotti fue atendida de una herida sangrante

		en el cuero cabelludo y en el hombro y en atención al shock sufrido se le recomendó estudios neurológicos y terapias psiquiátricas y psicológicas. Fundan su pretensión en los artículos 1068, 1078, 1109 y 1113 del Código Civil y consideran que la responsabilidad de la comuna accionada deriva de su calidad de dueño del predio que fue concesionado al club náutico Miramar para su explotación entre ellas la locación del restaurante.
B- 68.906 13-XII-2006	S.,S.P c/ Hospital Interzonal de Agudos Dr. Diego Paroissien y Ots. S/ Pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia, art. 7, inc1º, Ley 12.008.	El actor interpone acción contra el Hospital demandado, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y los doctores..., pretendiendo la indemnización de los daños y perjuicios que le ocasionara la mala praxis médica efectuada por los demandados entre los meses de febrero y agosto del año 2003 en su hombro izquierdo.
B-69.067 20-VI-2007	Catalano , Josefina c/ Banco de la provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria. Conflicto de competencia, art. 7, inc. 1º, Ley 12.008.	La actora promueve demanda contra la Delegación Tribunales de San Martín del Banco de la Provincia de Buenos Aires y quién resulte civilmente responsable por los daños y perjuicios que le ocasionara la “desaparición o retención del depósito judicial, cuenta N° 601075/5, correspondiente a los depósitos en los autos “Catalano de Zárate Josefina c/Zárate, Julio s/Alimentos” con fecha 18/01/2000 que tramitaron por ante el Juzgado de primera instancia en lo Civil y Comercial N° 9, secretaría única del Departamento judicial de San Martín”
Ac. 93.304 24-V-2006	Agozzino , Amelia Ana c/ Municipalidad de Azul s/Daños y Perjuicios.	La actora invocando los artículos 1084 y 1085 del Código Civil, promovió ante la Justicia Laboral demanda por daños y perjuicios contra la Municipalidad de Azul, sustentada en el deceso de su esposo ocurrido el 28/5/2004 en oportunidad en que se encontraba prestando tareas como beneficiario de un programa de empleo comunitario cuyo órgano executor es la accionada. Fundó aquella en las disposiciones de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

En búsqueda de la excepción que confirme la regla hasta aquí descripta, procuré sin éxito encontrar un caso en el que una de las partes sea el Poder Ejecutivo o un Municipio, y dónde la SCBA halla dispuesto la competencia de un fuero distinto al contencioso administrativo, por haberse probado que la actividad estatal generadora de daños y perjuicios no fue desarrollada en ejercicio de la función administrativa ni se encuentra regida por el derecho administrativo.¹⁸

En resolución de fecha 14 de marzo de 2007 en autos “M.G.I. c/ Gobernación (Secretaría de Política Ambiental) y ots. s/ Daños y perjuicios- Conflicto de competencia. Art. 7º, inc. 1º Ley 12.008”¹⁹ la SCBA entendió que resultaba competente la justicia civil y comercial para decidir en un caso dónde una familia demandaba a la provincia de Buenos Aires, al municipio de Florencio Varela y a empresas textiles y del calzado por los daños ocasionados en la salud por la contaminación del medio ambiente.

A esta solución arribó la SCBA, no por considerar desvirtuada la presunción del artículo 1, inciso 2 del CCA, sino debido a que la declaración de incompetencia dispuesta por el Juez del fuero civil y comercial fue extemporánea. Así consideró que: “La incompetencia del órgano judicial no puede ser decretada en cualquier momento, debiendo proponerse- por regla- en la etapa procesal

¹⁸ Debo reconocer que tal trabajo requiere un desarrollo metódico que permita afirmar con mayor seriedad que no existe tal caso, procedimiento que, debido al tiempo disponible, no fue utilizado.

¹⁹ SCBA, Causa B- 69.053, Res. del 14-III-2007.

oportuna y una vez precluida la misma, tanto las partes como el órgano jurisdiccional, se encuentran limitados para volver sobre la materia ya resuelta, porque lo contrario supone retrotraer el proceso con el consecuente dispendio jurisdiccional y agravio a los principios de seguridad jurídica y economía procesal.”

4- La aplicación de la presunción para determinar el ejercicio de funciones administrativas por los particulares, entes públicos no estatales y otros poderes constituidos.

Según la define Couture²⁰, la presunción judicial es la acción y efecto de conjeturar el juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos.

La SCBA utilizó una presunción judicial para excluir de la competencia del fuero contencioso administrativo cuando las partes no son las consideradas expresamente en la presunción del artículo 1, inciso 2 del CCA. Así en la causa B-69156, de fecha 28-XI-2007, caratulada “Cám. 1era. Ap. Civ. y Com. San Nicolás – Cám. Ap. Cont. Adm. San Nicolás s/Conflicto de competencia Art. 7 inc. 1 Ley 12.008 en autos “Banda Popular Infanto Juvenil Ramallo c/Biblioteca Popular”.

La citada causa se inició con la demanda por cobro de pesos iniciada por la “Banda Popular Infanto Juvenil de Ramallo” contra la “Biblioteca Popular José Manuel Estrada de Ramallo”, ambas entidades, si bien con fines públicos, son ajenas a la estructura del Estado, tratándose, en efecto, de un juicio entre particulares. Así consideró la Corte que: “En ese marco, de lo expuesto en el escrito de inicio no surge que el caso se haya originado en la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas. Siendo así, es posible presumir en esta instancia y al solo efecto de determinar qué juez deberá entender en las actuaciones, que el caso es ajeno a la competencia de los juzgados en lo contencioso administrativo”.

Como consecuencia de la jurisprudencia que aplica esta presunción judicial, se puede afirmar que, en criterio del máximo tribunal provincial, cuando la una de las partes no siendo el Poder Ejecutivo o los Municipios, se presumirá que el caso es ajeno a la competencia contencioso administrativa, salvo que se prueba que una de las partes es un particular, un ente público no estatal u otro de los poderes constituidos, en ejercicio de una función administrativa.

Pareciera que, según esta aún incipiente jurisprudencia de la SCBA, tanto para la aceptación de la competencia del nuevo fuero, como para su exclusión, es determinante la presencia del Poder Ejecutivo o de un Municipio, ya que esta circunstancia habilita dos tipos de presunciones: la primera, de orden inclusivo y origen legal (art. 1, inc. 2) y la segunda, de orden excluyente y origen judicial. En otras palabras, la presencia del ejecutivo provincial o municipal abre automáticamente la competencia contencioso administrativa y su ausencia la cierra, salvo prueba en contrario.

²⁰ Couture, Eduardo J: “*Vocabulario jurídico*”, Editorial B de F, Montevideo, 2004.

V.- LA INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA RESPECTO DE LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA MATERIAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.-

1) Aclaraciones previas.-

En forma previa entiendo que debo dejar en claro que, como lo sostiene la doctrina y en palabras de Bezzi y Bolaños, “prescindiendo de la regulación de la ley 12.008, estimamos que no ha estado en la voluntad del constituyente crear un fuero subjetivo respecto de la Administración Pública”, habiendo el constituyente establecido para definir la competencia contencioso administrativa el criterio objetivo de la “función administrativa”. Compartimos el análisis que entiende que, a partir de esta premisa, el sistema infraconstitucional que reguló el proceso administrativo, como dice D’ Argenio, se apartó del mandato constitucional, pero no por considerar que el CCA mantenga al derecho administrativo como un régimen exorbitante²¹, sino porque, a través de la presunción de su artículo 1, adopta el criterio subjetivo para la determinación de la competencia.

Aún siendo ello así, pretendo únicamente analizar el funcionamiento práctico de los criterios jurisprudenciales para determinar dicha competencia, a la luz de la ley 12.008 y sus modificatorias, más allá de la constitucionalidad de tales disposiciones.

Si bien, como lo sostienen otros autores²², el código se inclina formalmente por un criterio objetivo en la determinación de la materia contencioso administrativa, la presunción en análisis y la jurisprudencia interpretativa de la SCBA transformaron tal régimen de distribución de competencias dándole prioridad y relevancia al criterio subjetivo.

También quiero dejar en claro mi inclinación por el criterio subjetivo para atribuir la competencia material del nuevo fuero, coincidiendo con Bezzi y Bolaños en que propiciar un fuero de carácter subjetivo respecto de la administración pública (además de ser mixto o residual en el sentido de que absorbe también la función administrativa realizada por otras personas), implica que tal criterio debe ser establecido sin ambages por la norma.

2) El concepto doctrinario de función administrativa.

²¹ D’Argenio, Inés: “*La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia.*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006; “Cuando el Código Procesal sancionado en la Provincia de Buenos Aires establece como pauta de determinación de controversias comprendidas en la competencia administrativa, que se encuentren regidas por el derecho administrativo...incorpora los principios de la doble jurisdicción sustentados en el carácter especial del derecho administrativo exorbitante del derecho privado, ausente, obviamente en la cláusula constitucional que estatuye la materia en virtud del ejercicio de la función administrativa... La expresión “regida por el derecho administrativo” obedece pues a la concepción del derecho administrativo como régimen exorbitante del derecho privado, que rescata para aquél, en razón de esa exorbitancia, normas y principios de oportunidad, que sólo se ajusta al derecho en la medida de lo posible. Con la consecuencia actual de que deja fuera de tutela situaciones jurídicas alcanzadas por una concepción garantista que emana del alcance integral del ejercicio de función administrativa consagrado por la Constitución”. p. 197 y 198.

²² Taglinetti, Esteba F y Álvarez, Martín; “*La competencia administrativa en materia de responsabilidad del Estado*”, JA, 2004-IV-164.

Daniel Soria, partiendo de los distintos significados que la doctrina le otorga a los vocablos *administración pública* y *función administrativa* realiza la siguiente clasificación, según sus exponentes más calificados²³:

- 1) Subjetivo, ya sea como complejo orgánico estructurado en la esfera del Poder Ejecutivo (DIEZ) o como persona jurídica a la que le es aplicable un régimen estatutario (GARCIA DE ENTERRIA/ TOMAS RAMON FERNANDEZ).
- 2) Material u Objetivo, como actividad o función objetivamente considerada y diferenciada de las funciones legislativa y judicial, por la presencia de una serie de notas dominantes (concreción, parcialidad, inmediatez, continuidad, etc), con prescindencia del órgano que la ejerza (MARIENHOF, CASSAGNE, SAYAGUES LASO).
- 3) Jurídico- Formal, como modalidad especial de ejercicio del poder público (BOQUERA OLIVER, REVIDATTI).
- 4) Mixto, combinando los aspectos subjetivos y materiales (GORDILLO) o calificando a la administración como un proceso estatal caracterizado por la existencia de ciertos datos dominantes (FIORINI).
- 5) Residual o de Exclusión, que partiendo de la heterogeneidad de la actividad del órgano ejecutivo, califica a la administración como la función del Estado que no reúne las características inherentes a la legislación o a la jurisdicción (FLEINER).

En la corriente doctrinaria que sustenta el criterio subjetivo, Manuel María Diez define la función administrativa como: “aquella que es realizada por el Poder Ejecutivo y los órganos que de él dependen”.²⁴

Así entre los expositores del criterio material u objetivo Juan Carlos Cassagne considera que función administrativa es “aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a los regímenes de Derecho Público.”²⁵

Enrolado en el criterio mixto para Agustín Gordillo la función administrativa es: “toda la actividad que desarrollan los órganos administrativos y la actividad que desarrollan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”²⁶

²³ SORIA, Daniel F, “Control judicial de los actos administrativos del Poder Legislativo”, La Ley, t. 1988 B, 580.

²⁴ Diez, Manuel María: “*Manual de Derecho Administrativo*”, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1997, Tomo 1, página 43.

²⁵ Cassagne, Juan Carlos: “*Derecho Administrativo*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, Tomo I, p.83 y sgtes.

²⁶ Gordillo, Agustín: “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo1, Parte General, Fundación de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1997, p. V-29.

Con este panorama sintetizado de las distintas corrientes doctrinarias respecto de la concepción de la función administrativa podemos ingresar en los criterios para determinar la competencia material del nuevo fuero contencioso administrativo.

3) La opinión de la doctrina sobre el régimen de establecimiento de la competencia en el proceso administrativo.

Para Cassagne y Perrino el concepto de función administrativa que adopta el artículo 1 del CCA; “no implica la adopción de un criterio subjetivo ya que no incluye- no obstante la presunción establecida en el Ap. 2 del citado artículo- toda la actividad de la Administración, sino sólo la llevada a cabo en ejercicio de la función administrativa.”²⁷

Otra interpretación sobre los alcances del artículo 1 del CCA y de la presunción establecida en su segundo inciso la da Inés D’Argenio al decir que el código procesal administrativo no ha captado en toda su trascendencia la expresión de la materia administrativa establecida constitucionalmente, pues la presunción de la segunda parte del primer artículo del código: “ indica la posibilidad de actuación de los entes estatales como personas de derecho privado, conclusión ésta que se corrobora con solo advertir que, en la misma norma, añade al concepto constitucional la expresión regido por el derecho administrativo, ratificando la presunción de que existe función administrativa aún cuando se aplicaren por analogía normas de derecho privado, con el inevitable corolario de que, cuando esas normas de derecho privado no se aplicaren por analogía sino de manera directa, el ejercicio de función administrativa deja de ser tal por la naturaleza de la norma aplicada”.²⁸

A la misma conclusión arriban los profesores Bezzi y Bolaños, para quienes: “si el caso ha de resolverse por aplicación directa y preponderante de normas de derecho privado, su juzgamiento resulta ajeno al fuero contencioso administrativo”²⁹

En oposición a estas interpretaciones doctrinarias, considero que, luego del análisis de la jurisprudencia de la Corte en la materia, se puede concluir que el criterio para la determinación de la competencia material contencioso administrativa en materia de responsabilidad del Estado, contrariamente al determinante material dispuesto constitucionalmente (ejercicio de función administrativa), no es otro que el criterio llamado “subjetivo” y que tal aplicación de la norma legal determinante de la materia no permite la aplicación directa de normas de derecho privado que desvanezcan el concepto constitucional de función administrativa.

²⁷ Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo Esteban: “*El nuevo proceso administrativo en la provincia de Buenos Aires*”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p.63.

²⁸ D’Argenio, Inés: “*La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 216.

²⁹ Bezzi, Osvaldo H y Bolaños Marcelo; “*Función administrativa y...*”, ob. Cit.

En primer lugar porque la sola presencia del Estado en la relación llevada a juicio resarcitorio, dispara la presunción que automáticamente transforma cualquier actividad estatal en un ejercicio de función administrativa. Si bien desde las formas el argumento de atribución de competencias nos permite afirmar que el criterio determinante es el de la función administrativa, en realidad la presencia de la presunción dispuesta legalmente, transforma el criterio en básicamente subjetivo.

Respecto de la interpretación de Inés D'Argenio entiendo que la presencia de alguno de los sujetos establecidos en la norma (Poder Ejecutivo, Municipios y demás entes provinciales o municipales) automáticamente obliga al juez a interpretar que: 1) La actividad por ellos realizada es en ejercicio de funciones administrativas y 2) Esta actividad está regida por el derecho administrativo. Con lo cual no caben dudas que la competencia sea la asignada por la constitución al nuevo fuero especializado en derecho administrativo.

En cuanto a la referencia que la ley hace a los casos en dónde se apliquen por analogía normas de derecho privado o principios generales del derecho, interpreto que aquí el legislador consideró que ésta es una de las formas de utilizar normas del derecho común en una relación de derecho público, siguiendo la doctrina de la CSJN y de la SCBA que establece que la analogía es la herramienta interpretativa que mejor respeta las características particulares de una rama del derecho autónoma, como lo es el derecho público.³⁰

Lo que la CSJN considera que es jurídicamente improcedente, según lo manifestara en el precedente "Barreto", es que la responsabilidad de un Estado provincial pueda estar regulada en forma exclusiva y directa por el derecho privado, pues siempre, para decidir el caso, se deben examinar materias no regladas por disposiciones dictadas por el Congreso de la Nación sino por las autoridades locales de gobierno, en ejercicio de una atribución no delegada a la Nación. Como lo

³⁰ La CSJN aplicó las normas del derecho privado a relaciones ius administrativas, utilizando la analogía por ejemplo al analizar el régimen de nulidades de los actos administrativos ("Los Lagos SA", Fallos: 190; 142, "Sosa de Basso", Fallos: 310:1578, "Pustelnik", Fallos 293:133, "Meridiano", Fallos 301:292, entre los más conocidos). En cuanto a la responsabilidad del Estado en autos "Vadell" (Fallos 306:2030) fundamentó para resolver el caso en la aplicación subsidiaria del artículo 1112 del Código Civil. La SCBA ha dicho, en materia de contratos administrativos que: "En las contrataciones administrativas deben aplicarse ante todo las normas de dicha naturaleza que contemplan la situación, pero en ausencia de ellas, corresponde acudir a las normas y principios del derecho privado civil, las que se aplican por analogía con las discriminaciones impuestas por la sustancia de estas disciplinas" (Causa B-49.851). Para Horacio Rosatti, en su obra "Código Civil Comentado: doctrina, jurisprudencia, bibliografía; el código civil desde el derecho público", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, al analizar la interpretación analógica dispuesta en el artículo 16 del Cód. Civ., consideró: "Se trata de una cláusula hospitalaria o de recepción, en el sentido de que el principio de una ley análoga debe venir hacia el problema civil irresuelto...No obstante, la cláusula ha sido interpretada en sentido distinto. Relevantes doctrina y jurisprudencia han considerado a la cláusula como un mandato vigente para cualquier rama del derecho, tanto porque civil equivale en la especie a no penal, cuanto porque no obstante su ubicación, la cláusula pertenece a la llamada Parte General del Derecho, aplicable a todos los ámbitos del mismo."p 145.

dijo en un paradójico juego de palabras el Profesor Botassi; “La responsabilidad “civil” del Estado, siempre es pública”.³¹

Por su parte la disposición del artículo 4 del CCA que establece que no corresponde a la competencia de los tribunales contencioso administrativos las controversias que se encuentren regidas por el derecho privado, sólo puede hacer referencia a aquellos pleitos dónde al menos una de las partes sea un órgano del Poder Judicial o del Poder Legislativo o un ente público no estatal o una empresa prestadora de servicios públicos, ya que si se trata del Poder Ejecutivo, de un Municipio y de los demás entes provinciales y municipales, automáticamente, por aplicación del artículo 1, inciso 2 del CCA, se presume que tal actividad se encuentra regida por el derecho administrativo y no por el derecho privado.

Entre la doctrina dedicada a nuestro contencioso provincial, el profesor Carlos Botassi sostiene el criterio subjetivo para la determinación de la competencia material del nuevo fuero especializado en la materia administrativa. Según este autor, existirá materia administrativa; “en todos aquellos asuntos en los cuales sea parte un sujeto público estatal o un sujeto privado al cual se le han transmitido potestades públicas, aún cuando sea evidente que las normas fundamentalmente aplicables al caso sean de Derecho Privado.”³² En mi opinión este criterio es el que mejor se adapta al principio constitucional de tutela judicial efectiva (Art. 15 CPBA y 8 y 25 del PSJCR) ya que su claridad conceptual no deja lugar a dudas al ciudadano que se encuentra en situación de demandar al Estado.

Del repaso de los hechos generadores de responsabilidad estatal y del derecho esgrimido por los reclamantes, podemos considerar que únicamente un criterio subjetivo puede determinar en todos los casos la competencia material del nuevo fuero especializado en derecho administrativo. Se mantiene el criterio material o de la función administrativa para los poderes judicial y legislativo y los entes públicos no estatales que realicen actividad materialmente administrativa. De la presunción establecida por el código procesal de la materia y de la jurisprudencia desarrollada por la SCBA podemos concluir que toda la actividad de la Administración Pública (provincial y municipal) se supone es en ejercicio de la función administrativa.

4) El problema desde una visión jurídico-política.

Considero que el Derecho, en su carácter instrumental, tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación y constituye en sí mismo un conjunto de reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y sus miembros. Siguiendo a Antonio Gramsci, tal visión instrumental del derecho supone la liberación de todo residuo de trascendencia y de absoluto,

³¹ Botassi, Carlos A: “*El proceso administrativo y la responsabilidad del Estado*”, en el libro colectivo dirigido por Juan Carlos Cassagne en homenaje a Jesús González Pérez “Derecho Procesal Administrativo”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 2, p.1178.

³² Botassi, Carlos A: “*Ensayos de Derecho Administrativo*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2006.

eliminando todo vestigio de fanatismo moralista³³. El conjunto de reglas jurídicas obligatorias, integra un sistema abierto que se relaciona con el sistema institucional, político y social, y lo que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social.

Entiendo que si bien el derecho no puede reducirse a la política, sí es una actividad marcadamente impregnada de ella y en el caso de definir las funciones y régimen jurídico del Estado esa influencia se encuentra más acentuada y por ello, al estudiarlos, no se puede pretender teorizar aisladamente de esta realidad social que condiciona la extensión de su estructura y límites. La explicación jurídica queda incompleta sin referencia a su inspiración política y económica.

Una determinada conformación económica, política y social de la comunidad señala las ideas directrices y lineamientos de la organización estatal, operando el derecho como apoyo formal de esas ideas y cumpliendo la función de obtener la observancia de las normas que permitan hacerlas realidad.

La concepción de lo que debe ser el gobierno, estructura y disposición interna de la sociedad y sus miembros se decide en el espacio socio político y no dentro del ámbito del derecho. Por ello considero que no puedo concluir el presente trabajo habiendo abordado la cuestión únicamente desde el aspecto jurídico formal, prescindiendo de las ideas políticas y económicas que influyen en la conformación de las normas e instituciones aplicables, y afirmando la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación al mundo social. Una explicación del derecho que prescindiera de tales doctrinas políticas y económicas, las que al incorporarse en una sociedad determinada inspiran y modelan su derecho, quedaría incompleta desde un punto de vista vital, porque aparecería como un conjunto sistematizado de normas vacías, aptas para cualquier solución posible³⁴.

La utilización del criterio subjetivo para determinar la competencia del nuevo fuero contencioso administrativo en materia de responsabilidad del Estado, como vimos, no es aceptada por autores que, como Cassagne, sostienen la existencia de actos emitidos por la administración que se encuentran reglados parcialmente por el derecho privado y ajeno al régimen exorbitante que caracteriza al derecho público, en la especie administrativo.³⁵ Este reconocido autor critica la postura

³³ Gramschi, Antonio: *“Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado Moderno”*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2003, p.105.

³⁴ Como lo indica Luis F. Arias, en su trabajo: *“Un nuevo enfoque al estudio del derecho administrativo”*, Revista de Derecho Administrativo de la ABDA, N° 0, diciembre de 2006, p. 21; mantener una visión dogmática del Derecho; “desdeñando sus aspectos teleológicos y deontológicos, como así también, su contexto político, histórico, económico y social, con exclusión de aquellos aspectos ideológicos, creencias, dogmas, mitos e intereses que inciden en la tarea del jurista, implica asumir un posicionamiento ideológico que, por negar aquella esencia, se convierte en una justificación racional del poder y, en definitiva, en un discurso que tiende a legitimar su concentración, su abuso y las prácticas de corrupción.”

³⁵ Cassagne, Juan Carlos: *“Derecho Administrativo”*, T° II, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002. Allí manifiesta que: “La doctrina que admite la distinción entre los actos administrativos regulados totalmente por el Derecho Público y aquellos otros actos sometidos parcialmente al régimen del Derecho Privado, llama

que no reconoce tales actos propios de la actividad ius privatista del Estado y ajena al régimen exorbitante de derecho público, al valorar que: “Es evidente que la ideología que nutre a la concepción unitaria tiene carácter estatizante. Se trata de someter al Derecho Público todos los actos que celebran el Estado y sus entidades...”

Por su parte Inés D’Argenio, interpreta que la constitución ha adoptado el ejercicio de funciones administrativas como criterio rector para determinar la materia procesal administrativa y la “actuación u omisión” como expresión definitoria de tal concepto. A partir de la regulación constitucional del tema, considera, como ya vimos, que el código contencioso administrativo no ha captado en toda su trascendencia la expresión de la materia administrativa expuesta por el constituyente.³⁶

Sostiene la autora que la utilización de la expresión “regidas por el derecho público” a la que recurre el legislador, excede el marco constitucional y manifiesta la existencia de un régimen exorbitante del derecho privado, que no concuerda con el modelo político económico establecido en la constitución bonaerense³⁷. En este sentido expresa que: “La Constitución va hoy mucho más allá, para alcanzar el profundo proceso de reversión que ha significado la privatización de empresas públicas como eje de la reforma del Estado. De la intervención del Estado en la economía que comprendió a nuestro país en un nuevo esquema general ocurrido como fenómeno de posguerra y que obligó a la búsqueda de formas jurídicas del derecho privado para aprehender situaciones propias del derecho público, hemos pasado al fenómeno inverso que compromete la participación de la sociedad en la creación y gestión del derecho, desplazando al Estado como único gestor posible del interés colectivo primario. Esta es la profunda concepción insita en la norma constitucional, que el legislador no concreta en toda su dimensión, manteniéndose en el ámbito de las “prerrogativas” excepcionales del pasado”.

Como surge de la textualidad de los párrafos transcritos, ambos reconocidos autores, si bien con diferencias sobre la existencia de un régimen exorbitante del derecho privado (Cassagne sostiene que tales prerrogativas, si bien propias del Derecho Público³⁸, no deben existir para la actuación administrativa regida parcialmente por el derecho privado y D’Argenio niega de plano la

a estos últimos actos civiles de la Administración. Esta categoría se impone, a raíz de la necesidad de no aplicar todo el rigorismo propio del Derecho Administrativo a aquellos actos cuyo contenido u objeto se encuentra reglado por el Derecho Civil o Mercantil”, criticando luego a la postura que no reconoce tales actos diciendo que: “Es evidente que la ideología que nutre a la concepción unitaria tiene carácter estatizante. Se trata de someter al Derecho Público todos los actos que celebran el Estado y sus entidades...”p.79 y sgtes.

³⁶ D’Argenio, Inés: “*La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo*”, JA, 2000-III-1095.

³⁷ D’Argenio, Inés: “*La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, p.193.

³⁸ Cassagne, Juan Carlos: “*Derecho Administrativo*”, ob. Cit., T° 2, p. 16: “El sistema de Derecho Público contiene, como rasgo típico, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas administrativas que integran el denominado régimen exorbitante del Derecho Privado.”

existencia de tales prerrogativas públicas³⁹), coinciden en rechazar la posibilidad de un estado benefactor en el marco de nuestras constituciones y defienden una visión liberal de la constitución y el sistema socio económico por ella regulado, limitando, desde mi punto de vista, las posibilidades de intervención positiva del Estado para satisfacer determinadas necesidades sociales.

Esta idea de desplazar al Estado como único gestor del interés público, fue puesta en práctica durante la década de los '90 en la que el Estado redujo los aparatos burocráticos, disminuyó sus funciones, traspasó a manos privadas sus cometidos públicos, se privatizaron las empresas prestatarias de servicios públicos⁴⁰, reinando el “libre mercado” que con su mano invisible regularía precios, mercaderías e injusticias. Esta adhesión a las políticas públicas recetadas por los organismos financieros internacionales y el Tesoro Norteamericano, que dio en llamarse “consenso de Washington”⁴¹, nos hizo desconocer el nuevo constitucionalismo social de la Constitución Nacional y Cartas Fundamentales provinciales, reformadas en dicha década. Los textos constitucionales pasaron a un segundo plano frente a la efectiva aplicación de los diez puntos del infalible consenso de Washington por parte de gestores de los intereses foráneos que impusieron sus reformas del sector público y nos gobernaron durante esta nefasta década.

El reclamo de sectores liberales en contra de las distorsiones originadas por el sobredimensionamiento del Estado también se oyó durante la negra dictadura de muerte que azotó nuestro país entre los años 1976-1982, donde se pregonaba por la estricta aplicación del principio de subsidiariedad y por la vigencia de una real concepción privatista de las funciones estatales en contra de la intervención del Estado en sectores productivos, industriales y comerciales.

Finalmente los gobiernos liberales y conservadores de la dupla Menem- De la Rúa llevaron a cabo medidas para reestablecer las leyes del mercado y políticas monetarias para rebajar los altos índices de inflación, reduciendo considerablemente el gasto público en busca del tan ansiado equilibrio fiscal, aún a costa de las políticas de bienestar.⁴²

Como lo relatan el prólogo del libro “La radicalidad de las formas jurídicas” sus autores: “Cuando la formación del Estado Neo- Liberal implica desentenderse de los compromisos sociales alguna vez asumidos, y supone por añadidura el desplazamiento del Estado de Providencia por el

³⁹ D'Argenio, Inés; “*Un enfoque erróneo en la concepción del Derecho Administrativo*”, RDA N° 48, p. 309. La postura contraria es sostenida por Ivanega, Miriam: “Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante del Derecho privado”, RAP, N° 323, p.9.

⁴⁰ Gordillo, Agustín: “*Después de la reforma del Estado*”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

⁴¹ Denominación acuñada por John Williamson: “*What Washington Means By Policy Reform*”, Capítulo 2 de “*Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*”, John Wiliamson Ed, 1990. Ver también: Wiliamson, J “Revisión del consenso de Washington”, en L. Ennerij y Núñez del Arco Compiladores. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 1996 y Ocampo, JA: “Más allá del Consenso de Washington: Una visión desde la CEPAL”, Documento CEPAL, diciembre de 1998.

Estado de Penitencia, el estado de derecho será reemplazado por un estado de excepción. Una cosa lleva a la otra como un juego de espejos: el debilitamiento del Estado Social supone como contrapartida el fortalecimiento y la glorificación del Estado Penal que se justificará a su vez en la emergencia económica y política que se decidirá a cada rato cuando le convenga al gobernante de turno. Porque la criminalización de la pobreza resulta la consecuencia ineludible cuando las administraciones deciden su retirada de lo cotidiano.”⁴³

Pienso que es tiempo de rescatar la estructura del Estado de bienestar modelada por nuestras constituciones y reconstruir un sector público fuerte que satisfaga las necesidades colectivas sin quedar atado por las leyes del insaciable mercado. Es necesario refundar un nuevo Estado de Bienestar, democrático, pluralista, planificador, participativo y controlado por la ciudadanía y, además, fuerte e independiente del mercado y los capitales privados, que pueda alcanzar una igualdad real, garantizando los derechos fundamentales de sus habitantes, sin exclusiones.

Como lo explicaba León Duguit; “El hombre moderno pide a los gobiernos no sólo no realizar ciertas cosas, sino hacer ciertas otras. Por tanto, se impone la necesidad de un sistema de Derecho público que dé un fundamento y una sanción de estas obligaciones... Cuando el Estado da enseñanza, distribuye socorros a los indigentes, asegura el transporte de las personas y de las cosas, busca y realiza el bien, no se indica en tales actividades nada que se parezca de cerca o de lejos a un poder de mando... Y sin embargo, en todos estos servicios modernos, que cada día toman mayor extensión: instrucción, asistencia, obras públicas, alumbrado, correos, telégrafos, teléfonos, caminos de hierro, etc., hay una intervención del Estado que debe estar sometida al Derecho, regulada y disciplinada por un sistema de Derecho Público.”⁴⁴

La propuesta de Duguit de un nuevo derecho se plasmó en su idea de servicio público, en tanto obligación de orden jurídico que los ciudadanos imponen a sus gobernantes de asegurar sin interrupción el cumplimiento de las mencionadas actividades sociales que garanticen una mayor igualdad real y erradiquen los mecanismos de exclusión, propios del modelo liberal de sociedad de mercado. Esta idea de servicio público supone la desigualdad de los intereses en conflicto, donde el interés público debe prevalecer sobre el privado, aún cuando ello implique la razonable limitación de la autonomía de la voluntad en determinados ámbitos de las relaciones sociales.

Centrar las discusiones doctrinarias sobre el carácter mitológico del concepto afrancesado de “interés público” o discutir sobre la existencia de un régimen exorbitante del derecho privado o

⁴² Ampliar en Orlansky, Dora: “Política y burocracia”, Documentos de Trabajo N° 26 del Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, noviembre de 2001.

⁴³ Axat, Juan; Chama, Mauricio; Rodríguez, Esteban; Cardelli, Mariano, González Moras, Juan: “La radicalidad de las formas jurídicas. Críticas a la razón cínica.” Ediciones Grupo La Grieta, Buenos Aires, 2002.

sostener al derecho administrativo como el derecho común de la función pública, sin enmarcar estas discusiones, por lo menos en forma expresa, en las concepciones ideológicas que construyen diferentes modelos de Estados, es olvidar que el derecho es una herramienta de estas concepciones. Por supuesto que esto no implica sostener la legalidad de prerrogativas exorbitantes para imponer un sistema de terrorismo de Estado (1976-1982), o utilizar tales facultades para desguazar el sector público y entregarlo a manos de capitales privados extranjeros y nacionales (1989-2001). Ahora si estos poderes son utilizados para intervenir en la economía y distribuir equitativamente la riqueza, generando niveles de igualdad real e inclusión social, acordes con el desarrollo y potencial de nuestro país, y efectivizando derechos sociales reconocidos constitucionalmente, el análisis debe ser diferente. El régimen exorbitante o sus cláusulas, como toda herramienta, no es malo en sí mismo, sino lo que debe valorarse y discutirse son los fines que motivan su utilización.⁴⁵

La presencia del Estado, en tanto representante del interés público, tiñe la relación, por la cual se vincula con los ciudadanos, de ciertas particularidades que no son propias del derecho privado, lo que no implica que las prerrogativas estatales puedan ser asumidas, como lo dice Rosatti⁴⁶ al analizar estas potestades en los contratos administrativos, como una “patente de corso” en perjuicio de los derechos de los ciudadanos, sino como un régimen donde el obligado jurídicamente a satisfacer las necesidades sociales de la comunidad es el propio Estado.

Por ello, y no sólo porque el criterio subjetivo garantiza en mejor medida el derecho a la tutela judicial efectiva, considero que la unidad de la actividad del Estado bajo un régimen común de derecho público es una herramienta para garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social del país y la provincia. Ahora bien, la viabilidad de la interpretación propuesta, no dependerá sólo del texto de la constitución o las leyes, sino del éxito que logre el discurso que propone un modelo de Estado Social y Democrático, en la lucha en el terreno ideológico por el predominio en la construcción de la significación del derecho.⁴⁷

VI.- CONCLUSIÓN.-

A modo de síntesis puedo concluir afirmando que la jurisprudencia sobre los criterios de distribución de la competencia en materia de responsabilidad del Estado, se encuentran en construcción por parte del máximo tribunal provincial, evidenciando hasta el momento una

⁴⁴ Duguit, León: “*Las transformaciones del Derecho Público y Privado*”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 25.

⁴⁵ Advierto que la valoración de la corrección del uso de tales facultades depende de la subjetividad del analista, de su visión, ideología, posición política, etc. Creo que es conveniente, a fin de lograr una acción comunicativa efectiva y racional, dejar expresamente en claro tales ideas.

⁴⁶ Rosatti, Horacio: “Código Civil...”, ob. Cit., p. 360.

⁴⁷ Althusser, Luis: “*Ideología y aparatos ideológicos del Estado*”, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1988, pág. 28.

dirección encaminada a atribuir al nuevo fuero contencioso administrativo las causas donde el Poder Ejecutivo o un Municipio estén presentes.

Para ello la SCBA recurre a la presunción establecida en el artículo 1, inciso 2 del CCA, que en mi criterio, además de ser doble, es de tipo absoluta o *iure et de iure*, no admitiendo prueba en contrario.

Por último, habiendo explicitado las razones por las cuales adhiero al criterio subjetivo para determinar la competencia contencioso administrativa, propongo que se modifique el texto del código procesal de la materia en tal sentido.