

EL ROL DEL CONCEJAL

AUTORIDADES

Daniel O. Scioli

Gobernador de la provincia
de Buenos Aires

Alberto Pérez

Ministro de Jefatura
de Gabinete de Ministros

Carlos Daniel Gianella

Subsecretario de Relaciones con la
Comunidad y Comunicación

Damián Deglauve

Director Provincial de
Fortalecimiento Institucional
y de la Democracia

DEDICATORIA

A la memoria de mi madre Nelba Scotto. A mi familia, a mi padre Juan Pulvirenti, a mi mujer Karina D' Ippólito y a mis hijos, Catalina, Josefina, Juan Ignacio, Máximo y Luca.

A los profesores Agustín Gordillo, Néstor Losa, Antonio Hernández y a la memoria de Ricardo Zuccherino.

A los Licenciados Alex Vallega y Damián Deglauve.

A la Provincia de Buenos Aires.

Al Colegio Nacional de La Plata y a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, y especialmente a mis compañeros de 5to. 5ta.

A todos los concejales que día a día trabajan en procura de mejorar sus comunidades.

INDICE

PREFACIO Daniel Osvaldo Scioli

Gobernador de la provincia de Buenos Aires Pág. 9

PRÓLOGO Alberto Pérez

Ministro de Jefatura de Gabinete de MinistrosPág. 11

EL AUTOR

Orlando Daniel Pulvirenti.....Pág. 13

RE EDICIÓN Pág 15

INTRODUCCIÓN Pág. 17

CAPITULO I Pág. 19

CAPITULO II Pág. 35

CAPITULO III Pág. 42

CAPITULO IV Pág. 114

CAPITULO V Pág. 125

CAPITULO VI Pág. 141

CAPITULO VIIPág. 150

CAPITULO VIIIPág. 153

CAPITULO IXPág. 163

ANEXOPág. 175

PREFACIO

Daniel Osvaldo Scioli

Gobernador de la provincia de Buenos Aires

CONCEJOS DELIBERANTES: Un Contacto Directo con los Ciudadanos

Asegurar la inclusión de toda la ciudadanía y promover mecanismos que impulsen un desarrollo equitativo y sustentable requieren de un Estado ágil y eficiente.

Sólo a través de instituciones capaces de adecuarse a las crecientes demandas de la ciudadanía, podremos garantizar la provisión de los servicios de calidad que nuestra gente se merece.

Esta tarea la estamos haciendo desde un Estado social, presente y activo, en sinergia con un sector privado emprendedor y una comunidad participativa y organizada.

Asimismo, desde nuestra gestión estamos promoviendo una alianza estratégica con las universidades y los sectores productivos para que la innovación en la gestión pública consolide las vías de crecimiento y desarrollo de todos los actores de la provincia de Buenos Aires.

Los municipios son fundamentales para el cambio superador que estamos llevando a cabo en la Provincia. Su fortalecimiento coordinado con un planeamiento estratégico y una actitud emprendedora e innovadora les otorgan a los gobiernos locales un rol primordial para el desarrollo de un mayor valor agregado en recursos humanos y naturales en cada una de las comunidades.

Porque cuando nos desarrollamos y crecemos económicamente desde los municipios estamos, efectivamente, mejorando la calidad de vida de nuestros vecinos.

La cercanía del municipio a la sociedad hace que sea imprescindible abrir más canales de participación ciudadana de acuerdo a sus propias y particulares necesidades.

Por ello, es que consideramos que la capacitación de nuestra administración pública es central en el planeamiento de nuestras políticas públicas para lograr una mayor confiabilidad y eficiencia de nuestros recursos humanos.

La labor de los concejales, por su cercanía a las necesidades de los vecinos, es clave en este camino que hemos iniciado para acercarnos a la gente y llevarles las soluciones y los cambios que todos nos merecemos.

Poniendo lo mejor de cada uno podremos contribuir a la generación de más puestos de trabajo que es la mejor política social que nos podemos dar a nosotros mismos.

Lic. Alberto Pérez

Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros
de la provincia de Buenos Aires

APORTES A LA CALIDAD INSTITUCIONAL

Cuando el Gobernador Scioli me convocó para acompañarlo como Ministro de Jefatura de Gabinete de Ministros, coincidimos en apostar a políticas que den como resultando el fortalecimiento de las instituciones democráticas y el continuo apoyo a los actores de gobierno.

Como Jefe de Gabinete y Gobierno comprendo y corroboro a diario la necesidad de establecer relaciones fluidas con los ámbitos parlamentarios y deliberativos.

A partir de esto creo que toda acción que tienda a dar soporte y aliento a las instancias deliberativas locales es una política institucional que apuesta a un futuro donde la democracia sea el único y el mejor camino.

Trabajar con los municipios implica fortalecer a nuestro primer nivel de gobierno, dar oído y respuesta a las cuestiones cotidianas coyunturales que afectan a la ciudadanía.

Los concejales y sus instituciones han de ser los receptores de estas políticas que se vienen llevando a cabo desde nuestro ministerio, esperanzados en conseguir dos objetivos: El primero, lograr que los concejales tengan todas las herramientas necesarias para representar y actuar. El segundo, que las instituciones de la deliberación y los consensos salgan fortalecidas. Si esto sucede a nivel local tendremos a futuro actores de gobierno provinciales y nacionales a la altura de las circunstancias.

La sociedad moderna exige altos grados de preparación y un manejo de herramientas a un ritmo cada vez más veloz, desde nuestro lugar colaboramos comprendiendo que si le va bien a los municipios le va bien a nuestra Provincia.

Los nuevos tiempos traen temáticas complejas pero junto a ellas vienen oportunidades de desarrollo. Esto es instituciones de calidad.

La consecuencia de todo esto deben ser actores de gobierno con total capacidad e instituciones deliberativas donde la búsqueda de consensos y acciones sean los pilares fundamentales de la democracia.

EL AUTOR**Orlando Daniel Pulvirenti**

Nacido en La Plata. Abogado y Escribano, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Maestría en Derecho Comparado, University of Miami. Especialización en Derecho Laboral y Previsional, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor Adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Derecho Público de la Ciudad, Provincial y Municipal, en Post Grado de la Facultad de Derecho de la UCA. Profesor de Abogacía Pública, Provincial y Municipal de la Escuela de Abogados de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Profesor visitante de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y de la UNLP. Profesor del Programa Patagónico de la UCA. Ex Profesor Titular de Concejo Deliberante y otros cuerpos electivos de la Licenciatura de Administración Pública de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor de Derecho Municipal, del Post Grado de Derecho Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón. Profesor invitado por diversas instituciones como la Fundación Friedrich Naumann, el Instituto para la Gestión, CIPPEC, UNNE, UNNOBA, Municipalidades y Gobiernos Provinciales. Actualmente integra el cuerpo de profesores de la Escuela de Gobierno y formación de líderes, de la Provincia de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; correspondiente del Instituto de Derecho Federal de la Universidad Nacional de Córdoba; del Foro de Derecho Municipal de la Universidad de Morón; del Instituto de Derecho Constitucional del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y Secretario del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho.

Autor de más de setenta artículos y un libro referidos a derecho constitucional, administrativo y derecho público de la Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires y Municipalidades. Miembro de los Consejos de Redacción de Res Pública Argentina y del Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley.

Ha realizado trabajos referidos al ordenamiento territorial y legislación provincial y municipal, para el Consejo Federal de Inversiones y el Banco Interamericano de Desarrollo – Programas PNUD. Director de la Comisión de Justicia de la Legislatura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Fue concejal de la Ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, entre 1993 y 1997. Precandidato a Intendente Municipal de la misma ciudad en 1999. Delegado del Ministerio de la Producción, Director Provincial del Consejo del Menor y asesor del Ministerio de Salud, de la Provincia de Buenos Aires. Asesor en las comisiones de Derechos Humanos y de Justicia, de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

La Subsecretaria de Relaciones con la Comunidad y Comunicación a cargo del Lic. Carlos Gianella, tiene el agrado de re editar el libro “Rol del Concejal”, desde la Dirección Provincial de Fortalecimiento Institucional y de la Democracia a cargo del Lic. Damián E. Deglauve. Consideramos sumamente útil esta re edición, no sólo por la actualización de contenidos sino dado el recambio en los parlamentos locales y el éxito que ha tenido la primera tirada de cinco mil ejemplares en el año 2009, presentada en el Plenario de Técnica Legislativa Municipal realizado en Mar del Plata.

Esta obra que no tiene antecedentes, es una herramienta para todo aquel que desee desempeñar, estudiar o trabajar sobre los Honorables Concejos Deliberantes.

Las legislaturas locales son el primer eslabón de la representación democrática y el órgano cercano al vecino donde se manifiestan las necesarias búsquedas de consensos en cuestiones cotidianas de la comunidad. Por ello es que debemos aspirar que la misma comunidad toda tenga esta visión para participar, exigir, controlar e interactuar con sus representantes municipales.

Alentado a seguir este camino, presentamos esta 2da edición de la presente obra.

INTRODUCCIÓN

Hace casi una década presentábamos nuestra primera obra dedicada a los Concejos Deliberantes. Durante ese tiempo, fue leída y chequeada por numerosos lectores, reconocida por menciones de diversas Municipalidades¹ y en portales web de otros tantas. Mientras tanto su autor ha envejecido por cierto, dedicando desde la docencia, días y horas a discutir estas cuestiones con concejales, secretarios, asesores, empleados y vecinos interesados en la dinámica del Cuerpo.

Hoy acercamos aquellas inquietudes iniciales y nuevas observaciones enriquecidas por la experiencia aquilatada en esos recorridos, a través de la participación en distintas instituciones educativas y en el contacto con ediles de todo el país. Por ello lejos de ser ésta una reedición, tiene elementos propios que la hacen una nueva obra en todo sentido.

Es mi deseo que sean de utilidad al lector, que sirvan para enaltecer tan remarcable función ciudadana y que particularmente sean de provecho para una sociedad ávida de mejoras sustanciales en nuestras instituciones democráticas. Y el Concejo Deliberante de cualquier ciudad del país, no es otra cosa que la cuna y origen de formación de nuestros demócratas. Nadie está más cerca de las necesidades populares, ni nadie más próximo al escrutinio del votante.

Expresada nuestra meta, es el objetivo propuesto para este ensayo acercar a las/os concejales un material que sirva para hacer frente a la difícil tarea con la que sus vecinos las/os han honrado al elegirlas/los para esa prestigiosa función; la que por cierto no se encuentra exenta de dificultades, complejidades y porque no, momentos complicados. Pero a la par, sabemos lo gratificante que es poder cumplir adecuadamente con ella y saberse partícipe del presente y del futuro de la ciudad.

Dicho esto, como en todo quehacer del hombre, no sólo se requiere vocación y voluntad, sino también del conocimiento técnico que permita abordar el desafío asumido. Nos proponemos entonces, pensar y acompañarlas/os con este material, en el análisis de las funciones, atribuciones, competencias y deberes de los Honorables Concejos Deliberantes y de sus integrantes.

Sabemos que quién toma por vez primera este rol esencial para la democracia, confronta no pocas dificultades, las que no sólo provienen del campo político, del ámbito jurídicoinstitucional, sino mucho más grave, de su propia inexperiencia y falta de capacitación previa. Pero si además intentara cubrir ese déficit acudiendo a bibliografía especializada, se encontrará con la casi inexistencia de la misma. Mucho peor aún, el escaso material que se halla, consiste en ejercicios teóricos, lejanos al objetivo de brindar una guía real a la labor parlamentaria municipal.

Las afirmaciones precedentes pueden ser comprobadas mediante algunas simples preguntas, cuya respuesta dista de serlo. ¿Cuándo es conveniente preparar un proyecto legislativo? ¿Cómo prepararlo? ¿Cómo peticionar ante otras autoridades? ¿Cómo actuar durante el curso de la sesión? ¿Qué facultades de control dispone? ¿Qué hacer ante peticiones de vecinos que requieren gestiones del Departamento Ejecutivo? Podríamos seguir haciendo cuestiones, incluyendo una esencial: ¿Cuál es el rol del concejal? ¿Es un simple legislador en materia comunal? o ¿Debe ocuparse de atender las problemáticas no legislativas pero de vida diaria y gestión que le plantean sus convecinos? ¿Y qué ocurre con su rol de control de la tarea del Departamento Ejecutivo? ¿Se cumple adecuadamente? ¿Se sabe con qué herramientas puede lograrse ese objetivo? Y así podríamos seguir con numerosas incógnitas.

¹ Aquella obra fue declarada de interés municipal, por las Municipalidades de La Plata, Rivadavia, Pehuajó y Tres Arroyos. Los portales de La Plata, Posadas, Trenque Lauquen, entre otros contienen menciones ala misma

La práctica indica que la única forma de intentar dar una contestación es o bien recurriendo a aquellos concejales en funciones y que aquilatan cierta experiencia, o bien a través del método empírico del ensayo-error. Sin embargo, aún así no es seguro que los primeros tengan formación suficiente y/o aún que hayan confrontado todas las situaciones de duda que el cargo origina o que quieran transmitir ese conocimiento (después de todo los celos, las desconfianzas y la falta de cooperación no escasean en el ámbito de nuestra vida cotidiana) y por el otro lado, el auto aprendizaje no deja de ser costoso en términos funcionales y personales. El ensayo se producirá sobre la comunidad. De existir, el error también será primero causado a la misma, luego al propio autor que opere por ignorancia o negligencia.

Hemos visto que de acuerdo a la personalidad del/la concejal electa/o, su mayor o menor atrevimiento o desinhibición para actuar en el nuevo medio, será normalmente necesario un período de sesiones para que se desempeñe adecuadamente. Algunos recién reconocen haber entendido la función y creerse capaz de cumplir cabalmente la misma, cuando ya ha terminado su período electivo. La/el concejal habrá así perdido valioso tiempo de su gestión y lo que es más grave, también lo habrá hecho la sociedad.

Dicho lo que antecede, se comprenderá que este enfoque intenta acercar las consideraciones legales que impone el ejercicio de cualquier función pública, con los aspectos que surgen de la práctica política. Esto explica que no sólo se refieran competencias normativas, facultades y marco jurídico, sino también técnica legislativa, comunicación, ética y consejos en las negociaciones con diversos sectores de la vida comunitaria. No pretendemos cubrir la totalidad de cuestiones y dudas, las que serían inabarcables; pero sí dar respuesta a parte de ellas y motivar a la reflexión sobre otras tantas más. Será la/el lector/a la/el qué dirá al final, si lo hemos logrado.

CAPITULO I

CONCEJAL: CARGA PÚBLICA Y EXCEPCIONES

Pareciera una necesidad antes de introducirnos en el temario, tratar de definir qué es el concejal y dejar planteada la duda respecto del rol que le compete.

El concejal, edil, regidor – como se lo denomina en algunos ordenamientos jurídicos comparados – es ante todo un representante político del vecindario, definido éste por su pertenencia a un espacio territorial y a un Gobierno existente en el mismo, como tal electo para canalizar las demandas de los representados, en un cuerpo deliberante en el que se deciden las políticas locales. Asimismo, y en el marco de la división de poderes propias de un sistema republicano, es además quién tiene a su cargo vigilar la ejecución de la gestión y particularmente del presupuesto, por parte del Departamento Ejecutivo.

En el párrafo precedente hemos dejado enunciadas las tres características salientes del concejal, es un representante del pueblo, es un legislador y es un controlador. Tres competencias que asigna el marco constitucional y legal, y que por su superposición muchas veces confunden a quién ocupa el cargo. Cabe agregar que cada una de esas asignaciones es significativa para el sistema republicano y democrático y que el sacrificio de cualquiera de ellas, necesariamente resiente la calidad institucional. Aquél concejal que no representa las aspiraciones del pueblo, sacrificándola en aras a otras consideraciones; que no debate ideas y no legisla conforme a la razón o que no controla la gestión del departamento ejecutivo en la medida en que corresponde, perjudica a la democracia.

1. NÚMERO DE CONCEJALES POR MUNICIPALIDAD

Toda vez que hemos estructurado este material sobre la base del lineamiento que brinda la Ley Orgánica Municipal (LOM), comenzamos refiriéndonos al número de concejales que competen a cada Municipalidad. Coherente con la nota de autarquía y centralización que se remonta a la Constitución de 1854, como a las leyes orgánicas de las municipalidades dictadas con ulterioridad, entre las que destacan las de 1878, 1886 y 1934; la Provincia de Buenos Aires establece un sistema único de división territorial de la totalidad de su espacio, bajo la denominación de Partido. Cada uno de ellos, creado por ley de la Provincia, tiene una sola Municipalidad con sede en su cabecera.²

Entendiéndose en ese marco legal al Municipio bonaerense como una creación de la Provincia, el número de concejales que corresponden a cada Partido es establecido en primer lugar, por la Constitución Provincial y luego por la LOM (artículo 2° de la LOM y 284 que en base al decreto 9950/83 determina el número de concejales). La cantidad de ediles es asignada por la legislación vigente mediante una categorización en la que se fijan rangos de cantidad de habitantes; correspondiendo según el caso entre 8 y 24 concejales por distrito.

Ahora bien, contra toda lógica, los artículos 2° y 284 de la LOM luego de mencionar esa distinción, estipulan que el aumento en el número de concejales no se produce automáticamente. Es decir el hecho de que exista un nuevo censo cada diez años, del que se desprenda que la población de un distrito superó el límite establecido en el artículo 2° de la LOM no implica ipso facto una adecuación en los concejales por partido. Siempre será necesaria una modificación por ley provincial al artículo 284 que incluya a las Municipalidades de acuerdo a su nueva población en la enunciación de aquellas con determinado número de concejales. Así se ha ido produciendo una desproporción entre la cantidad de representantes por distrito y el número de habitantes de los mismos, permitiendo que exista en la práctica electores con menos elegidos que en otros lugares de la misma Provincia.

2. CONCEJAL Y CARGA PÚBLICA DE LA FUNCIÓN

El desempeño de la función de Concejál constituye una carga pública. Se entiende por carga pública, la obligatoriedad de prestar una determinada tarea o labor. Esta concepción se ha reiterado desde las primeras legislaciones establecidas para funciones comunales. Nuestro ordenamiento prioriza y enfatiza la importancia de esta posición como un servicio que se brinda a la comunidad, la que pide sacrificios personales generando una expectativa de cumplimiento obligatorio.

Dado su carácter compulsivo, el sistema regula las excepciones aplicables al mismo. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, son los artículos 7°, 8°, 9° de la Ley Orgánica Municipal³ los que refieren a ellas. Dichas causales podrán ser hechas valer tanto por el concejal por vía de excusación; así como, por la propia institución municipal con la exclusión del funcionario comunal.

Queda en claro que constituye deber inexcusable del vecino electo, el desempeño del cargo, obligación que subsiste hasta el momento en que una causal de excepción es constatada, o se produce la renuncia o licencia del concejal basada en alguna de las situaciones que describe la propia LOM (artículos 5° a 13° y 89 de la LOM).

El mandato de asumir las funciones de concejal cede en los casos que prevén los artículos mencionados bajo los conceptos de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, excusaciones y restricciones. Cada una de estas excepciones a la carga pública se asienta en diversas razones, puesto que mientras las dos primeras velan por la moralidad pública, la tercera autoriza al propio concejal

a eximirse cuando alguna circunstancia material o espiritual le impide cumplir con el cargo adecuadamente y la cuarta, luego de la derogación del artículo 11 de la ley 10.377 (que impedía los parientes del intendente encontrarse en el concejo deliberante), refiere al límite en el número de extranjeros admisibles por cada concejo deliberante (un tercio del total).⁴

2 Esta definición en materia de asignar un Municipio por Partido, el cual puede a su vez contener numerosas localidades que quedan sin gobierno propio ha sido criticado por diversos autores, tales como Zuccherino, Ricardo M., Ley Orgánica de las Municipalidades, La Plata, Función Pública, 1995; Losa, Néstor, entre otros. Dando explicaciones históricas y planteando el origen histórico del instituto parece justificar el sistema Tenaglia, Iván, Ley Orgánica Comentada y Anotada, La Plata, Ed. Platense, 2000. Por mi parte, si bien he criticado con anterioridad el sistema, no dejo de reconocer que brinda una solución a un tema que aparece en las Provincias con amplios espacios territoriales, que resulta en las zonas rurales que quedan sin gobierno propio. La realidad indica que son necesarias más municipalidades en la Provincia de Buenos Aires, y que el sistema de Ciudad – Municipio – Área de cobertura de servicios, resulta más adecuado para el conurbano bonaerense.

3 De aquí en adelante nos referiremos a la misma como LOM.

4 El Honorable Tribunal de Cuentas (HTC) plantea un supuesto bastante particular: HTC, Municipalidad de General Pueyrredón, Delegación X, Expte. 5300-1.157/02, 13-III-2002, «Consulta: Si con motivo de la renuncia del Sr. Intendente Municipal y ante la renuncia de asumirlo por parte del Concejal que lo debía reemplazar, el mismo mantiene su condición de Concejal y puede continuar en su banca. Respuesta: El artículo 15 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, es la única norma que determina un procedimiento a los efectos de reemplazar al titular del Departamento Ejecutivo. La citada norma prevé específicamente la posibilidad de excusación o impedimento por parte del primer candidato de la lista de Concejales del partido al que perteneciera el Intendente, estableciendo el reemplazo por el segundo y así sucesivamente. Sobre el tema específicamente consultado la Ley Orgánica de las Municipalidades taxativamente nada prevé, no obstante ello cabe señalar que el artículo 5 de la citada norma, al cual expresamente se remite el artículo 10, al detallar las causas de excusación, se refieren a los cargos electivos, razón por la cual se entiende que aducida y probada la misma por el H. Cuerpo, debe ser considerada tanto para la imposibilidad de asumir el Departamento Ejecutivo como así también para el desempeño de las funciones de Concejal. Con respecto a la otra de las causales prevista por el art. 15, factible de aplicarse en el caso planteado, es el «impedimento», termino no desarrollado en el resto de la Ley Orgánica Municipal, razón por la cual se considera necesario interpretar su alcance, determinando si es una expresión que abarca a las inhabilidades e incompatibilidades detalladas en los artículos 6 y 7 de la citada ley o en su defecto tiene un sentido mas amplio en base a la normativa general. (Secretaría Asuntos Jurídicos) Se debe tener presente para el caso de incompatibilidad, conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica de las municipalidades debe ser requerido para que opte, situación que no se da en el caso ante la ausencia de incompatibilidad. Así mismo si ante la renuncia se le impidiera que continúe en sus funciones tal situación implicaría una violación constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional).»

3. INCOMPATIBILIDAD E INHABILIDAD

La LOM plantea en los artículos 6° y 7°, las causales de inhabilidad e incompatibilidad que impiden el desempeño de la función de concejal para aquél que se encuentra alcanzado en los supuestos de hecho en ellos descriptos. Analizaremos en detalle las tachas que pueden alcanzar al legislador comunal y los procedimientos estipulados en la LOM para su tratamiento.

3.1. INCOMPATIBILIDAD

El concepto de incompatibilidad proviene básicamente del derecho administrativo y tal como indicara el maestro Armando Grau, ni siquiera es fácil de definir, por cuanto durante años quedó reducido exclusivamente a la imposibilidad del funcionario de acumular dos o más cargos públicos⁵ en los límites que estipula la legislación.

Es Grau, precisamente quien le asigna un carácter dinámico a la definición, puesto que considera a la incompatibilidad como un estado jurídico en el cual «...se coloca el agente público que viola una prohibición de acumular cargos, ocupa una situación o ejerce una actividad lesiva a los intereses de la Administración Pública.»

Las razones que justifican las incompatibilidades son numerosas y han sido expresadas de muy diversas maneras; sin embargo, las principales son: (a) Asegurar el buen funcionamiento y eficacia de la administración; (b) tutelar al Estado de su uso por parte de funcionarios para sus propios fines y provecho económico y (c) salvaguardar el interés público y la igualdad ante la ley, entre otros. Es aspecto esencial en la creación de incompatibilidades resguardar la ética en el desenvolvimiento de la actividad estatal, que en tanto realización depende de la voluntad y moral de los hombres que la conducen. Por ello también se entiende, que el régimen de las mismas se inscribe como un capítulo más dentro de la lucha contra las prácticas de corrupción.

3.1.1. CAUSALES DE INCOMPATIBILIDAD. (ARTÍCULO 7° LOM)

Por lo anteriormente dicho, no sólo las normas legales, sino también constitucionales establecen incompatibilidades específicas. En el caso particular del ordenamiento provincial con respecto a los concejales estipula el artículo 7° de la LOM, las siguientes

3.1.1.A. Con la de Gobernador, Vicegobernador, ministros y miembros de los poderes legislativo y judicial, nacionales o provinciales;

3.1.1.B. Con las de juez de paz titular o suplente, alcalde titular o suplente o defensor de menores administrativos;

3.1.1.C. Con las de empleado a sueldo de la municipalidad o de la policía.

Esta enumeración que hace el citado artículo y a la que luego hacemos referencia detallada en cuanto a sus supuestos no deja de ofrecer la curiosidad de no incluir como incompatibilidad para sí referirlo como inhabilidad, el supuesto de quienes ocupan cargos en la actividad privada (art.6° inc. 1) LOM).

De acuerdo al actual artículo 7° LOM, las incompatibilidades están reducidas en principio⁶, a

5 Analizando los supuestos contemplados por el artículo 7° de la LOM, llegamos a la conclusión de que el alcance que la misma contempla es reducido o limitado, por cuanto todos los supuestos allí enunciados obedecen exclusivamente a la hipótesis de superposición de cargos públicos, no alcanzando a los que se desempeñan en el área privada, los que se encuentran tipificados dentro de las inhabilidades del artículo 6° del mismo cuerpo legal.

6 Decimos «en principio», por cuanto tal como se desarrollará más adelante en este propio capítulo, no deja de ser discutible si la enumeración de incompatibilidades planteada en la norma es ilustrativa o taxativa, es decir; si se agota en las específicamente contempladas o permite por vía de interpretación hermenéutica o analógica su extensión a casos no definidos.

7 La norma en este caso hace la lógica excepción de aquellos supuestos de reemplazos dispuestos por la propia LOM.

8 En igual sentido ha avanzado recientemente el HTC, Municipalidad de Pehuajó, Delegación XV, Expte. 5300-872/07, 11-XII-2007, al resolver la consulta sobre si existe incompatibilidad entre el cargo de concejal con el de perito judicial. Se sostiene si a partir de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia que planteó que el concejal es una persona que presta servicios remunerados en la Municipalidad, sea cual fuere la naturaleza de su designación y forma de pago, se

conflictos que se suscitan por acumulación de cargos públicos. Lo dicho se ve corroborado por el artículo 9° LOM, que excluye la compatibilidad recíproca entre los cargos de Intendente municipal y Concejal, excepto en los casos específicamente previstos por la ley.⁷

El artículo 7° LOM presenta dificultades interpretativas al mencionar como alcanzados por incompatibilidad a los «miembros del poder legislativo y judicial, nacional o provincial». Si asignamos una interpretación amplia, podríamos llegar a sostener que el término miembro apunta a cualquier integrante de cualquiera de esos Poderes, incluyendo en su consecuencia a los propios empleados. Sin embargo, en este punto una afortunada decisión de la Excm. Suprema Corte de justicia de la Provincia de Buenos Aires puso de relieve que la prohibición no alcanza al personal del Poder Judicial⁸, resolución que a nuestro entender, debe necesariamente extenderse a los empleados de legislatura.

La interpretación más adecuada es la de aplicar la limitación a aquellas personas que en los respectivos poderes citados, poseen facultades decisorias. Un juez, secretario o legislador, claramente se verán alcanzados, no nos parece el mismo supuesto el de un empleado de un juzgado o de la legislatura provincial (aún cuando pueda aparecer el problema de imposibilidad por vía provincial de acumular las remuneraciones correspondientes a ambos cargos).

Llegados a este punto existen dos preguntas no menos problemáticas: (1) Si se diera una interpretación restringida a la norma y se leyera que la incompatibilidad alcanza a los empleados de los poderes legislativos y judiciales, por qué no lo hace con los empleados de los Poderes Ejecutivos Nacional y Provincial, y (2) si se excluyeran en una interpretación amplia, a los empleados de los tres poderes públicos provinciales y/o nacional, ¿Por qué no se hace lo propio con los empleados municipales y de la policía provincial, que expresamente están alcanzados por el inciso 3° del artículo 7° de la LOM? Y de esta se colige una nueva duda ¿Por qué la norma no menciona a los policías nacionales?

Ante estas preguntas intentaremos ensayar las siguientes respuestas. Respecto a los empleados del Poder Ejecutivo, entendemos que no sólo corresponde analizar la previsión legislativa desde el punto de vista de las incompatibilidades que la Ley Orgánica Municipal crea para los cargos de Intendente y de Concejales, sino asimismo a la luz de la propia provisión que hace la Constitución provincial. La solución, no deja de ser controvertida, en tanto no queda claro si el concepto de empleo que utiliza la Constitución, alcanza al concejal. La Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entendió durante mucho tiempo que el edil no era empleado, por lo que no existiría incompatibilidad, en ningún caso entre el «concejal» y ningún empleado correspondiente a cualquier poder público. Sin embargo tal criterio fue posteriormente modificado, dando origen a numerosas incompatibilidades que el legislador intentó sanear mediante la ley 13.217.

La mentada ley, sin modificar estas disposiciones en comentario, introdujo un cambio de profundidad al artículo 92° de la LOM, el que quedó redactado de la siguiente forma: «Los concejales percibirán, salvo manifestación expresa en contrario prestada en forma fehaciente y personal por el interesado, una dieta mensual fijada por el Concejo, que no podrá exceder la proporción que establece la siguiente escala: a) Al equivalente de hasta dos meses y medio de sueldo mínimo para las Comunas de hasta dieciocho Concejales. d) Al equivalente de hasta cuatro meses y medio de sueldo mínimo para las Comunas de hasta veinte Concejales. e) Al equivalente de hasta cinco meses de sueldo mínimo para las Comunas de hasta veinticuatro Concejales. En todos los casos, el monto mínimo a percibir

produjo un cambio de doctrina. Si la dieta es una remuneración, y se percibe con otra retribución que surge del empleo público nacional, provincial o municipal provoca la incompatibilidad que sufre del artículo 53 de la Constitución de la Provincia. En esas condiciones la función de concejal con la de dependiente de la justicia es incompatible.

La sanción de la Ley 13.217 brinda la oportunidad de renunciar a la dieta, posibilitando percibir a su requerimiento, una suma no remunerativa y compensatoria de los gastos inherentes a la función, equivalente a las dos terceras partes de la dieta, que no estará sujeta a aportes previsionales y asistenciales.

por cada Concejel no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la respectiva escala. El sueldo mínimo a que hace referencia el presente artículo en los En virtud de esta disposición, la LOM establece dos regímenes jurídicos. El de aquellos concejales que en virtud de disponer de otro cargo optan por la compensación y el de aquellos que optan por la dieta mensual. Este camino, es el que ha sugerido en distintas decisiones el HTC para superar incompatibilidades, al menos causadas por la remuneración.⁹ incisos a), b), c), d) y e), será el resultante de considerar el sueldo básico de la categoría inferior del ingresante en el escalafón administrativo de cada Municipalidad, en su equivalente a cuarenta (40) horas semanales, sin comprender ninguna bonificación o adicional, inherentes a la categoría inferior, que no estén sujetos a aportes previsionales. La dieta fijada por el Concejo Deliberante para cada Concejel, y el Sueldo Anual Complementario correspondiente, estarán sujetos obligatoriamente a aportes y contribuciones previsionales y asistenciales. Para el caso en que los concejales optaran por renunciar a la dieta en la forma establecida en el párrafo primero de este artículo tendrán derecho a percibir, a su requerimiento, una suma no remunerativa y compensatoria de los gastos inherentes a la función equivalente las dos terceras partes de la dieta que se establece en los párrafos precedentes. Esta suma no estará sujeta a aportes y contribuciones previsionales y asistenciales. Los concejales que opten por percibir esta suma no percibirán Sueldo Anual Complementario».

En virtud de esta disposición, la LOM establece dos regímenes jurídicos. El de aquellos concejales que en virtud de disponer de otro cargo optan por la compensación y el de aquellos que optan por la dieta mensual. Este camino, es el que ha sugerido en distintas decisiones el HTC para superar incompatibilidades, al menos causadas por la remuneración.⁹

Al segundo planteo: Habiendo llegado a las conclusiones ut supra expuestas, bien puede plantearse la duda acerca de que tan igualitaria resulta una norma que exceptúa de incompatibilidad a todos los agentes de la administración, pero no lo hace con aquellos empleados municipales o de la policía. A nuestro entender la disposición es razonable. En el caso del empleado municipal suele existir, dado nuestro régimen de selección de personal una fuerte identificación y compromiso entre la administración (titularizada por el Departamento Ejecutivo) y sus empleados. Por otra parte, aún sin que se diera tal condición, no caben dudas de que se daría la extraña situación, de que quién puede dictar normas desde la función deliberativa, sea el encargado de cumplirlas en la órbita del ejecutivo. Estas razones entre otras, hacen que la prohibición sea por cierto adecuada. Con relación a las fuerzas policiales, desde siempre se han admitido con fundamento en la naturaleza de las labores cumplidas por sus agentes, exigencias especiales e incompatibilidades particulares.

3.1.2. INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA DE INCOMPATIBILIDADES

Cuando existen dudas respecto de la existencia o no de una incompatibilidad, existen dos tesis, la taxativa o restrictiva y la amplia que sostiene el carácter meramente enunciativo de las mismas.

La primera argumenta que las incompatibilidades son exclusivamente aquellas que se en-

9 Ver HTC, Municipalidad de San Pedro, Delegación XVII, Expte. 4107-1239/07, 01-II-2008. «Texto: Consulta. Si un concejal, que a su vez es coordinador de ANSES, puede cobrar la dieta como los demás integrantes del Cuerpo Deliberativo o debe renunciar a la misma, optando en su lugar a percibir la suma no remunerativa y compensatoria que surge del último párrafo agregado al artículo 92 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. Respuesta: Luego que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires definiera que el concejal es una persona que presta servicios remunerados en la municipalidad, la dieta que percibe pasó a considerarse una remuneración; por lo tanto, si paralelamente ocupa otro cargo rentado en la administración pública nacional, provincial o municipal, la doble percepción provoca la incompatibilidad emanada del artículo 53 de la Constitución Provincial. La Ley 13217 propone una salida para aquel concejal que se desempeñe en la administración pública o sea jubilado del Instituto de Previsión Social, brindando la oportunidad de renunciar a su dieta, teniendo la posibilidad de percibir a su requerimiento, una suma no remunerativa y compensatoria de los gastos inherentes a la función, equivalente a los dos terceras partes de las dietas.

cuentran descriptas en el texto legal, sin que quepa la posibilidad por vía interpretativa de extender esa enumeración.

La segunda, por el contrario sostiene la posibilidad de acudir a la analogía y a la hermenéutica extensiva. Así, quien tiene las facultades de fiscalización en cada caso (en el nuestro el HCD) establecerá en base a un criterio de razonabilidad en qué otros supuestos no específicamente contemplados por la norma existe posibilidad de declarar la incompatibilidad.

Haciendo un análisis de la realidad, observamos que hay una tendencia a interpretar el sistema de incompatibilidades en forma estrecha, tutelando la permanencia del funcionario en el cargo. Ello es discutible. No es que escape a nuestro conocimiento que asignar un alcance interpretativo demasiado laxo o amplio, podría tornar en casi inacabables los conflictos de poder, mecanismo establecido para discutir esta cuestión por la Constitución Provincial;¹⁰ maxime cuando sabemos que no son pocas las pasiones políticas que a veces se desatan y no menores las posibilidades de que éstos se constituyan en mecanismos de persecución de quienes no están alcanzados por ninguna incompatibilidad real. Tampoco ignoramos que muy particularmente quienes ocupan cargos en concejos deliberantes de ciudades más pequeñas, son a su vez quienes tienen posiciones destacadas en sus comunidades y partidos políticos conllevando normalmente que posean cargos públicos provinciales o nacionales.

Sin embargo, y con la prudencia del caso, consideramos que debe existir una razonable tendencia a analizar en cada caso la incompatibilidad, sin atarse exclusivamente al texto legal en su interpretación literal. Debe tenerse en cuenta primordialmente, que la razón misma de ser del sistema entero es la protección de la administración pública comunal y su moralidad.

En virtud de lo antedicho para el caso del concejal que es coordinador de ANSES y percibe un sueldo por dicha tarea, deberá renunciar a la dieta para obtener el derecho a percibir la compensación mencionada, a los efectos de no quedar incurso en la incompatibilidad referenciada».

10- La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se ha expedido sobre esta temática en innumerables ocasiones y sin perjuicio del análisis más profundo que haremos en el capítulo corres-

pondiente, no podemos dejar de citar y transcribir las siguientes opiniones: «La competencia conferida a esta Suprema Corte por el art. 187 de la Constitución Provincial se habilita solamente cuando el conflicto se suscita entre las dos ramas del poder municipal o entre cualquiera de estas y autoridades de la Provincia, mas no cuando el mismo ocurre entre los integrantes de ellas, salvo el caso excepcional previsto en el art. 264 del decreto ley 6769/58 o en las leyes análogas precedentes, único supuesto que el Tribunal ubica en la expresión constitucional «en el seno « del Concejo Deliberante (art. 187 cit.) con referencia al concejal expulsado, suspendido o impedido de entrar en el desempeño de sus funciones». «Esta Suprema Corte ha sostenido expresamente el criterio con que debe interpretarse la expresión «concejal» contenida en el art. 264 de la Ley Orgánica Municipal, excluyendo de la legitimación exigida por esa norma para promover conflicto al Presidente del Concejo Deliberante, en la inteligencia de que la situación estable que el legislador pretende tutelar no se compadece con el ejercicio de una función que dimana de la simple decisión mayoritaria del cuerpo.» «No existe conflicto municipal si la pretensión reviste un carácter semejante al de una consulta a través de cuya evacuación se procura determinar la correcta interpretación de una norma. «»El artículo 264 de la Ley Orgánica de las Municipalidades autoriza a promover conflicto a cualquier concejal expulsado, suspendido o impedido de entrar en el desempeño de su cargo, por lo que se encuentra legitimado a tal fin el concejal postulado para la Presidencia o Vicepresidencia del cuerpo «. SCJBA , causa B 53623 I, Ochipinti, Jorge Anunciado c/ Concejo Deliberante de Esteban Etcheverría s/ Conflicto de Poderes art. 187 Constitución Provincial, 15-II-1991, JUBA. Por interpretación a contrario sensu a igual resultado se llega al decidir la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: «Las decisiones de la mayoría del Concejo Deliberante que no se refieran a la expulsión, suspensión o impedimento de acceder al cargo por parte del concejal que peticiona en la causa, no originan «conflicto en el sentido institucional y legal, y no pueden entonces ser impugnadas por la vía excepcional del art. 187 de la Constitución Provincial.»SCJBA, causa B 54321 I, Etchart, Delmo Horacio c/ Concejo Deliberante de Pilar s/ Conflicto art. 187 Const. Provin-cial, 7-IV-1992

3.1.3. EFECTOS

Con respecto a los efectos que produce la incompatibilidad, podríamos desdoblarlos en dos aspectos:

3.1.3.A. Desde el punto de vista del concejal que queda incurso en la situación descripta por la norma, en la que surgen como efectos inmediatos los siguientes:

(a) Deber de informar sobre la incompatibilidad (artículos 14° y 89° LOM) y;

(b) En caso de que sea posible la opción entre el cargo de concejal y el otro que crea la incompatibilidad, la necesidad de elegir entre una y otra alternativa.

3.1.3.B. Desde la posición del cuerpo deliberativo surgen dos facultades-deberes: (a) exigir al concejal que opte -el texto del art.8° dice que se «requerirá»- y (b) si el concejal requerido que sea no ha optado o bien, si no ha informado sobre la misma, imponer la cesantía tan pronto como se tenga noticia de la afectación del concejal.

En este último caso es necesario aclarar que la interpretación que se brinde a la sanción prevista en el art. 14 in fine de la LOM puede diferir. En nuestro criterio y por las razones que explicaremos, consideramos que el artículo comprende tanto a los casos de incompatibilidad como de inhabilidad ¿Por qué puede existir confusión? Pues bien, porque el artículo 14 LOM en su redacción genera una situación extremadamente dudosa. Veamos: el artículo enuncia textualmente:

«Todo concejal que se encuentre posteriormente a la aprobación de su elección, en cualesquiera de los casos previstos en los artículos anteriores, deberá comunicarlo al Cuerpo en las sesiones preparatorias, para que proceda a su reemplazo. El Cuerpo, a falta de comunicación del afectado, deberá declarar a este cesante, tan pronto como tenga noticia de la inhabilidad.»

El artículo es altamente complejo por varias razones. En primer término parece referirse exclusivamente al caso del concejal electo hasta su asunción del cargo. Sin embargo, la solución negativa se impone. Es decir, la norma es aplicable a todos los casos de concejales electos tanto antes como luego de su asunción. Ello así por cuanto esa disposición debe ser interpretada armónicamente con el artículo 89 LOM que remite al sistema de incompatibilidades e inhabilidades generales contemplados en el Capítulo I LOM (estableciendo tan

De igual forma se expuso: «Conforme con la legislación actualmente vigente y aplicable al caso, las decisiones del Concejo Deliberante susceptibles de ser revisadas judicialmente por la vía del conflicto al que se refiere el art. 187 de la Const. de la Prov. con la expresión «que ocurran en el seno» del departamento deliberativo, son aquellas por las que se dispone la suspensión preventiva o destitución del intendente municipal o de cualquier concejal -excepto que estas decisiones se fundamenten en la comisión de delitos dolosos- así como también en relación a los concejales las que apliquen determinadas sanciones (arts. 263 bis dec. ley 6769/ 58 texto según ley 11024)». SCJBA, causa B 54968 I, Cejas, H. c/ Concej. Delib. de Moreno s/ Conf. art. 187 Const. Prov., 29-XII-1992. También se ha dicho: «El art. 187 de la Constitución de la provincia atribuye a esta Suprema Corte en forma originaria y exclusiva el conocimiento y decisión de los conflictos internos de las municipalidades, sea que se produzcan entre los departamentos ejecutivo y deliberativo o en el seno de este último». «Únicamente se hallan legitimados para promover los conflictos municipales los respectivos departamentos (ejecutivo y deliberativo), cuando se trata de una efectiva contienda acerca de sus respectivas competencias: o el intendente o los concejales que se encuentran en alguna de las situaciones descriptas por la Ley orgánica de las Municipalidades como constitutivas de un conflicto interno municipal. Desde la vigencia de la ley 11024 ha quedado circunscripta a los casos de suspensión o destitución del Intendente municipal o de cualquier concejal por lo que no se admite la legitimación de los denominados «bloques» para cuestionar por esta vía la validez de ordenanzas que no afecten la investidura de sus miembros individualmente considerados.» SCJBA, causa B 55047 I, Bloque de Concejales de la Unión Cívica Radical del Conc. Delib. de Morón s/ Conflicto interno munic. -art. 187 de la Const. de la Prov. de Bs. As., 9-III-1993. En igual sentido en SCJBA, causa B 55185 I, Guerra, Marta M. c/ Concej. Escolar de Gral. Sarmiento y Cuerpo de Consejeros Escolares s/ Conflicto art.73 Ley 10.589, 8-VI-1993, Base de Datos JUBA; SCJBA, causa B 55170 I, Alsinet, Luis M. c/ Concejo Deliberante de Necochea s/ Conflicto art. 187 Const. Provincial, 11-V-1993, SCJBA, B 55182 I, Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Necochea c/ Concejo Deliberante s/ Conflicto art. 187 Const. Prov., 11-V-1993, SCJBA, causa B 55600 I, López, Jorge y otros c/ Concejo Deliberante de Moreno s/ Conflicto de poderes, 15-II- 1994 Base de datos JUBA. Asimismo se ha establecido que:»Si en un procedimiento de investigación realizado a un intendente municipal por la comisión de presuntas transgresiones a la LOM. y a ordenanzas municipales se desestimó una cantidad sustancial de prueba, ofrecida por el funcionario acusado, de modo irrazonable, y conculcando su derecho de defensa, corresponde que este Tribunal -actuando en los términos del art. 187 Const. Prov.- anule las actuaciones a partir del momento de la desestimación de las proban-

sólo una diferencia en el tiempo de comunicar la afectación que padece -»24 horas» contra «antes de asumir el cargo»). Nuevamente se producirá en este caso el choque con la norma contenida en el artículo 8° LOM y que ya hemos comentado precedentemente.

En segundo lugar, el primer párrafo se refiere a su aplicabilidad a todos los casos mencionados en el articulado precedente (comprende inhabilidad, incompatibilidad y restricciones), por lo que de la propia redacción no surge que al mencionarse la palabra inhabilidad (art. 14 in fine L.O.M.) aluda a la misma en sentido técnico sino general, tanto comprensivo de ella como de la incompatibilidad. Asimismo existe un argumento teleológico: ¿Cuál es la diferencia entre tomar conocimiento de una incompatibilidad o de una inhabilidad? No se observa que la falta de denuncia oportuna de la inhabilidad pueda originar la inmediata sanción de expulsión del Concejo y no así para los supuestos de incompatibilidad. Claro está que en contra de esta interpretación podrá sostenerse que puntualmente la LOM establece una divisoria entre incompatibilidades e inhabilidades y que esa línea que se traza, obliga a entender en un sentido restrictivo que el uso que se hace del término inhabilidad en la última sentencia es así y no de otra manera.

3.1.4. PROCEDIMIENTO

¿Ante quién procede la comunicación del concejal? Ella debe ser realizada ante el Honorable Concejo Deliberante, que en tanto cuerpo, es quién debe recibir la situación y tratarla (artículos 8°, 14° y 89° de la LOM).¹¹ ¿Cómo se inicia el procedimiento? Surge de la lectura de los artículos hasta aquí mencionados, que éste se inicia por dos vías posibles: (1) Por la propia denuncia que hace el concejal afectado por la inhabilidad o incompatibilidad o (2) Por el conocimiento que toma directamente el cuerpo. Esto último puede ocurrir asimismo por la denuncia que efectúe otro concejal, bloque de concejales o tercero.

En el caso de denuncia, ¿Cuál es el momento oportuno para hacerla? De acuerdo a la redacción de los artículos en análisis, la figura a la que llegaríamos es absolutamente tortuosa. Es que en primer lugar de acuerdo al artículo 14°, el concejal electo, pero que no ha asumido debe hacerlo en las sesiones preparatorias. Sin embargo, deberá tener cuidado, de acuerdo al art.14 «in fine» de no hacerlo con posterioridad a que el cuerpo conozca tal situación por cuanto en tal caso su reemplazo se producirá «...tan pronto como tenga noticia (el cuerpo) de la inhabilidad». Ahora bien, si el concejal, se encuentra en funciones y la inhabilidad es subsecuente, deberá hacerlo dentro de las 24 horas de conocido ¿Qué pasará si no lo hace en ese término? La respuesta no es para nada clara. Si entendemos tal

zas ofrecidas y ordene reponer el Intendente a su cargo, sin perjuicio de la prosecución de la investigación respectiva propias de un procedimiento ajustado a derecho». «Si el conflicto planteado en los términos del artículo 187 de la Constitución Provincial importa un replanteo íntegro de la cuestión, su conocimiento excede de la intervención de este Tribunal, consistente únicamente en una suerte de contralor extraordinario y excepcional, más no en una instancia recursiva», SCJBA, causa B 53622 I, Vidal, Horacio Alfredo c/ Concejo Deliberante de Necochea s/ Conflicto art. 187 Const. Prov., 26-III-1991, JUBA. Se ha resuelto también que: «La norma del artículo 249 de la Ley Orgánica Municipal que regla el procedimiento que debe llevarse a cabo para decretar la suspensión preventiva del Intendente, es de naturaleza procesal, alcanzándole por ello la regla de su aplicación inmediata a los procedimientos pendientes, a condición de que no afecte a la validez de los actos procesales cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la ley anterior.» SCBA, causa B 53649 I, Caraballo, Cirilo Nelso c/ Consejo Deliberante de Ensenada s/ Conflicto art. 187 Const. Prov., 30-IV-1991.

11 En tal sentido se ha expedido la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (AGG), incuestionable la legitimidad del nuevo mandato sostenida en aquel acto electoral consentido y firme (Conf. expte. 2113-1168/97). Esta asesoría General de Gobierno opina que al incorporarse al Cuerpo aquella Concejal en las Sesiones Preparatorias, con las formalidades previstas en el artículo 18 del Decreto Ley 6769/58, lo hace para ejercer el nuevo mandato obtenido en las últimas elecciones y consecuentemente la superposición debería allanarse mediante la renuncia al mandato vigente o bien la caducidad automática y de pleno derecho del mismo, en razón de la obvia incompatibilidad para el ejercicio de dos mandatos por un mismo Concejal (Doctr. artículo 8 L.O.M.) En razón de ello, a partir del 10 de diciembre próximo el Cuerpo deberá poner en funcionamiento la suplencia de la Concejal en cuestión en la forma prevista por el artículo 19 de la ley Orgánica de las Municipalidades.» AGG, Compendio de dictámenes, La Plata, P. 144.

como nosotros hemos expuesto que la norma del artículo 14° es aplicable tanto a concejales electos y no asumidos, como electos y en funciones (interpretación que armoniza con el artículo 8° LOM) debemos entonces suponer que no comunicada en dicho término y conocida por el cuerpo con anterioridad, debe estarse a lo expresado en el artículo 14° «in fine» en tanto dispone la expulsión inmediata, ¿Qué pasaría si la comunica con posterioridad a las 24 horas, pero con anterioridad al conocimiento motu propio del Concejo? En este caso estimamos que debería considerarse a la omisión como falta grave y en su consecuencia proceder de acuerdo al artículo 248 LOM por remisión del artículo 255 LOM. Pero en este supuesto pareciera que se llega a la insólita situación de que recibiría más debido proceso, que en el caso de que comunicara oportunamente su situación (Obsérvese que en este caso de acuerdo a «Aran c/ Concejo Deliberante de González Chaves» simplemente bastaría con constatar la causal objetivamente para proceder a la destitución del concejal, mientras que en el caso de la «falta grave» será necesario seguir un procedimiento especial). Por ello consideramos que carece de sentido el establecimiento de un plazo perentorio de comunicación, si su incumplimiento no se ve gravado en la sanción.

3.1.5. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

3.1.5.A. Requerimiento de opción.

La LOM no es precisa en este punto, normalmente son los reglamentos internos de los HCD los que brindan respuesta, por lo que es conveniente referirse a ellos. Sin embargo, existen ciertas líneas que deben ser consideradas.

En el caso del artículo 8°; ¿Quién debe efectuar el «requerimiento» para que el concejal opte entre los dos cargos que originan la incompatibilidad?. La norma menciona al HCD, ¿Podrá ser efectuado por la comisión respectiva o el presidente del cuerpo ad referendum del concejo?

Nada dice el texto legal, pero dado el hecho de que se trata de una requisitoria de opción, en la cual no se encuentra en juego, en principio y en ese momento, el puesto del concejal afectado pareciera que cualquiera de las vías mencionadas sería apta para provocar la requisitoria legal.

En los demás supuestos contemplados, en los que se dispone el cese y reemplazo, la decisión debe ser tomada por el cuerpo.

3.1.5.B. Mayoría solicitada en la votación.

En cuanto a la mayoría necesaria la Suprema Corte de Justicia de la Provincia en la causa B 535981, «Aran, Marta Pilar c/ Concejo Deliberante de Gonzales Chaves s/Conflicto de poderes art. 187 Const. Prov», 12-III-91, (JUBA) resolvió la necesidad de quórum agravado para los casos de destituciones motivadas en el artículo 14 de la Ley Orgánica, habida cuenta de la gravedad que supone dejar cesante a alguien electo.¹² Ahora bien, allí también se sienta que cuando tan sólo se trata de analizar la causal de inhabilidad y probar su existencia, no es necesario el mencionado quórum especial.

3.1.5.C. Suspensión provisional.

Nuevamente nada dice la LOM respecto a si el concejal supuestamente afectado por la incapacidad o inhabilidad debe ser o no suspendido durante el análisis y decisión final sobre su situación. La medida, innegablemente tiene un carácter meramente cautelar. Dado el hecho de ausencia expresa de disposición, entendemos es posible acudir por analogía a lo expresado en el Capítulo X de la LOM y especialmente al artículo 249 LOM (respecto al procedimiento a seguir al Intendente, por remisión del artículo 255 LOM aplicable a los concejales), por lo que sería posible disponer la suspensión provisoria. Pero para proceder de tal forma, la misma norma estipula la necesidad de contar con quórum agravado.

3.1.5.D. Derecho de defensa en juicio y debido proceso.

El mecanismo estipulado por la LOM no deja demasiadas alternativas al concejal. Si es el propio concejal quién comunica su incapacidad, carecería en la práctica de demasiado sentido abundar en pruebas (salvo el supuesto de posible fraude a la ley que hemos de comentar) y si es el segundo supuesto, la LOM en su artículo 14 es terminante al decir que

conocida la inhabilidad se dispondrá la inmediata cesantía.

Por estar vinculada derechamente a la cuestión pasaremos al segundo de los aspectos. En efecto del fallo de la Corte expedido en «Aran e/Concejo Deliberante de Gonzales Chaves», surge por parte de la misma una tendencia a exigir que se respeten los principios de procedimientos establecidos en el capítulo X. Ello a nuestro entender, debería hacer aplicable, no sólo la necesidad del quórum agravado, sino los aspectos contemplados por el artículo 250 LOM. Es decir designarse una sesión especial, notificar al concejal en su domicilio y permitir que acompañe a la sesión o en su caso a la comisión respectiva toda la prueba que haga a su derecho. Volvemos a reiterar que si bien desde un punto de vista de estricta redacción legislativa entendemos la norma no es todo lo afortunada que debería ser, desde una perspectiva jurídica no cabe asignar otro sentido.

3.1.5.E. Fraude a la ley y necesidad de comprobar la causal.

Otro supuesto particular está dado por el hecho de que el artículo 5° LOM establece el carácter de carga pública para el concejal. Por ello y ante la dificultad que puede encontrar eventualmente para justificar alguna de las causales de excusación previstas por el artículo 9°, bien puede optar por alegar una supuesta incompatibilidad o inhabilidad.

Sostenemos, que en tanto es el HCD el garante en este punto del cumplimiento de la disposición legal, es quién necesariamente debe vigilar porque la causal alegada sea acreditada. Con ello entendemos que la carga probatoria se invierte y en el supuesto de que un concejal denuncie una situación de inhabilidad o incompatibilidad, corresponde al mismo acreditarla por medio fehaciente. Por ello y en este caso, ya no en salvaguarda del interés del concejal, sino del cuerpo y de la normatividad, debería aplicarse un quórum agravado.

3.1.6. EFECTO DE LA CESANTÍA

Finalizado el procedimiento y dispuesta la cesantía y reemplazo del concejal, ¿Cuáles son los efectos que produce sobre el mismo por los importes que en concepto de dieta percibió mientras se encontraba alcanzado por la incompatibilidad o inhabilidad? Entendemos que inmediatamente e independientemente de las responsabilidades que puedan competer en otros campos legales, es indudable que existe obligatoriedad de restituir toda suma que fuera percibida a partir del nacimiento de la situación y hasta su cese. La razón para ello es sencilla, no existiendo causa legal existe un enriquecimiento incausado que origina obligación de reintegrar lo percibido.¹³ Para el caso de que el cuerpo hubiera conocido o debiera de haber conocido esa situación, es lógico que la responsabilidad se extienda solidariamente a los mismos, sin perjuicio del derecho de repetición que competa contra el concejal que no cumplió con su deber legal.

¿Qué pasa cuando la incompatibilidad o inhabilidad son conocidas luego de cesado el concejal en sus funciones? Esta cuestión está íntimamente relacionada con la temática bajo estudio, toda vez que es perfectamente posible que el cuerpo tome conocimiento de que el concejal se halla afectado por una causal de inhabilidad o incompatibilidad, tardíamente y no precisamente por las propias expresiones del concejal. En este caso entendemos que si bien no es posible ordenar un cese del concejal, puesto que el mismo se ha producido; comprobado que sea el ocultamiento malicioso de esa situación, sería posible solicitar la restitución de los importes indebidamente percibidos, inclusive judicialmente. Con respecto a otras posibles vías de actuación, entre ellas la del fuero penal, la situación sería hartamente dudosa.¹⁴ Por ello es que inclusive y a efectos de tipificar concretamente la conducta como antijurídica y reprochable criminalmente, se llegó a incluir en el proyecto de ley de lucha contra la corrupción¹⁵ un artículo 268 bis íntimamente vinculado a la cuestión en debate.¹⁶

12 La exigencia del denominando quorum agravado es aplicable tanto para los casos de destitución dispuesto de conformidad con el art. 255 como para los de cesantía decretada con fundamento en el art. 14 de la Ley Orgánica Municipal, en tanto, en ambos casos, se encuentra comprometida la estabilidad de un funcionario que accede a su cargo por elección popular.

13 HTC, Municipalidad de Exaltación de la Cruz, Delegación XI, Expte. 5300-244/07, 24-IV-2007 «Consulta:

3.1.7. ¿CUÁNDO Y CÓMO CULMINA LA INCAPACIDAD?

Entendemos que los mecanismos existentes por los cuales se extingue una situación de incompatibilidad se da por los siguientes medios posibles:

3.1.7.A. Por decisión del concejal: en caso de que el concejal decida renunciar a cualquiera de las funciones que devienen incompatibles entre sí.

3.1.7.B. Por decisión del cuerpo: cesará asimismo la incompatibilidad cuando el HCD decida cesantear y reemplazar al concejal afectado por la misma.

3.1.7.C. Por decisión de terceros: cuando la incompatibilidad cesa a consecuencia de la extinción de la otra función que originaba la situación de incompatibilidad.

3.2. INHABILIDAD

Gran parte de los conceptos que hemos estado analizando precedentemente son aplicables al supuesto particular de las inhabilidades que afectan al concejal para el ejercicio de su cargo y que la LOM se ha ocupado de distinguirlas de las incompatibilidades. Decimos esto por cuanto la frontera entre ambas circunstancias no está tajantemente enunciada en la mayoría de los cuerpos legales que refieren al tema, tales como el Régimen Nacional de la Administración Pública, o el propio Proyecto de ley que hemos mencionado. En estos casos los términos son utilizados prácticamente como sinónimos. Por ello en esta temática nos hemos

Si existe incompatibilidad en el marco del artículo 53 de la Constitución de la Provincia, en el caso de un concejal que percibe su dieta y en forma conjunta el sueldo como personal no docente en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Se plantea la inquietud si esta dependencia pertenece al Estado Nacional o debe considerarse un ente privado; asimismo, dado que las autoridades comunales han decidido suspender el pago de la dieta, si debe procederse con esta práctica o se debe satisfacer el pedido del edil de reanudar el pago de la misma. Respuesta: Mediante dictamen de fecha 6 de octubre de 2006, se contestó la presente consulta ante la presentación efectuada por el señor Intendente (Expediente 5300-726/06), poniendo de relieve que nos encontrábamos ante un caso de incompatibilidad en los términos del artículo 53 de la Constitución de la Provincia. Si bien no se trata en forma particularizada el carácter público o privado de la organización académica, queda implícito que la misma pertenece al Estado Nacional, por más que tenga el carácter de ente autónomo-autárquico. Con respecto a la práctica dispuesta hasta el presente de suspender el pago de la dieta por encontrarse en situación de incompatibilidad, se entiende que la actitud tomada se considera procedente, dado que de no tomar esta decisión las autoridades municipales provocan el principio de responsabilidad establecido en el artículo 241 de la ley Orgánica de las Municipalidades. Sin perjuicio de reconocer lo que resuelva la Comisión Investigadora creada para el presente caso, se recuerda que con fecha 11/08/ 04 fue promulgada la Ley 13217 (B.O. 02/09/04) que puede brindar solución al tema planteado, dado que permite percibir a requerimiento del concejal una suma no remunerativa y compensatoria de gastos equivalente a los dos tercios de la dieta. La doctrina de este Organismo ha dictaminado que existe la posibilidad de que el edil reintegre el importe neto que surja de la diferencia entre la dieta percibida y la opción de los dos tercios de la misma que le corresponda percibir en concepto de sumas por compensación de gastos en los términos de la Ley 13217. Además, se deja aclarado que la Comuna deberá procurar el reintegro por los aportes abonados por las contribuciones realizadas a los distintos organismos por las dietas abonadas.»

En igual sentido: HTC, Municipalidad de Daireaux, Delegación XV, Expte. 4022-3027/07, 12-III-2007, «Consulta: Si existe incompatibilidad cuando un concejal se desempeña concomitantemente como personal mensualizado en el Ministerio de Desarrollo Humano de la Provincia de Buenos Aires. Respuesta: Se trata de un concejal en funciones desde diciembre de 2005 que tiene una designación por seis meses en el citado ministerio, percibiendo retribuciones desde julio a diciembre de 2006. La doctrina de este Organismo ha dictaminado que el concejal presta servicios remunerados, por lo cual la dieta provoca la incompatibilidad que surge del artículo 53 de la Constitución de la Provincia. La Ley 13217 intenta regularizar este tipo de situaciones dando la posibilidad de renunciar a sus dietas y percibir a su requerimiento una suma no remunerativa y compensatoria de gastos inherentes a la función equivalente a las dos terceras partes de la dieta, que no estará sujeta a aportes y contribuciones. De tal manera, para el caso traído en consulta se entiende que a efectos de regularizar la situación planteada el concejal deberá reintegrar los conceptos percibidos por dieta por el período julio a diciembre de 2006 y ajustarse a lo prescripto por la Ley 13217. Asimismo, la comuna deberá realizar las gestiones para recuperar o compensar las contribuciones patronales aportadas indebidamente sobre la dieta del concejal referido.»

14 No queremos en este punto involucrarnos en un debate sobre figuras penales aplicables al caso que escaparía al sentido mismo de esta obra; pero no cabe duda de que las disposiciones contenidas en el Código Penal de la Nación referidas a delitos contra la administración pública, parecieran puntualmente extenderse hasta abarcar como conducta imputable jurídicamente la correspondiente a quien omite denunciar su situación de incompatibilidad.

15 Senado de La Nación, Diario de Asuntos Entrados año VI, núm.39, 03/07/90.

16 Sobre el particular se puede leer SISELES, Osvaldo E., El Proyecto de Ley Contra la Corrupción y las incompatibilidades de los empleados y funcionarios públicos, L.L. T-1990-E, Secc.Doctrina, p. 707.

de remitir a lo ya expuesto en cuanto a procedimiento, comprobación, etc. y hemos de citar las causales estipuladas por los artículos 6, 89 y 90 de la LOM.

En su consecuencia, para la LOM las incompatibilidades apuntan pura y exclusivamente a aquellas situaciones en que el concejal ocupa simultáneamente dos o más cargos públicos, electivos o no, nacionales, provinciales o municipales; mientras que las inhabilidades, en tanto también persiguen la moralidad de la función pública, contemplan como afectaciones a la posibilidad de que un vecino sea concejal el hecho de que este persiga intereses privados a través de la función pública, o que sus decisiones se vean influenciadas por relaciones inadecuadas, o simplemente que su propia conducta anterior o presente haya sido inmoral y delictiva y en su consecuencia pueda teñir de igual manera su gestión. Nuevamente se tutela en este caso el correcto funcionamiento del Concejo Deliberante.

Análisis de las causales de Inhabilidad: Las mismas están primariamente enumeradas en el artículo 6°, en cuanto a su carácter taxativo o enunciativo nos remitimos a lo ya expuesto con anterioridad.

El artículo 6° inc. 1 °) refiere a los que no tienen capacidad para ser electores, por cualquiera de los recaudos allí establecidos; el inciso 3) a los fiadores o garantes de personas que tengan contraídas obligaciones con la Municipalidad, el inciso 4) a los inhabilitados para el desempeño de cargos públicos y el inciso 5) a las personas declaradas responsables por el Tribunal de Cuentas, mientras no den cumplimiento a sus resoluciones.

Todos los casos citados podrían ser objeto de cuantiosos análisis, sin embargo por las peculiaridades que ofrece, hemos tan sólo de reflexionar sobre la particular hipótesis del artículo 6° inciso 2° de la LOM, que alcanza a: «los que directa o indirectamente estén interesados en algún contrato en que la Municipalidad sea parte, quedando comprendidos los miembros de las sociedades civiles y comerciales, directores, administradores, gerentes, actores o habilitados...». Es que su enunciación en una interpretación literal del artículo acarrearía lisa y llanamente la incompatibilidad de muchos candidatos a concejal, sin que pareciera ello razonable. En efecto, consideramos que no es el mismo caso el de aquellos actos o contratos cumplidos directamente por el concejal y que tienen una duración determinada, de aquellos en los cuales el concejal tiene un cargo directivo, por ejemplo en una sociedad civil y/o comercial, y en donde se agota el acto contractual con una sola votación.

Tampoco se condice con el supuesto por ejemplo, en el que exista una donación municipal (que requiere aprobación del HCD y que de acuerdo al Código Civil constituye un contrato) a una entidad de bien público de la cual el concejal tiene cargo directivo -téngase en cuenta que sólo excluye el artículo a aquellos que revisten simple calidad de asociados de sociedades cooperativas y mutualistas-. A la luz del artículo citado no caben dudas de que el concejal caería en una causal de inhabilidad, que lo obligaría a apartarse del cargo.

Las sanciones para las hipótesis mencionadas parecen irrazonables, máxime cuando el acto del concejal podría agotarse en la sola aprobación del contrato, con lo cual bastaría el dic-

17 «Se encuentra comprendida en la causal de inhabilidad prevista en el art. 6 inc. 2 del dec. ley 6769 y 89 del mismo decreto para desempeñarse como concejal, la cónyuge del propietario de una empresa que resultó adjudicatario del concurso de precios convocado por la comuna para la realización de quince nichos en el cementerio local. Ello así, en tanto el concejal adquirió un interés en la contratación celebrada por el municipio, desde que constituyen bienes gananciales los frutos del trabajo de cada uno de los cónyuges». (SCJBA, causa B 53598 1, 12-III-1991).

18 HTC, Municipalidad Salto, Delegación XVI, Expte. 4099-20.949/04, 04-VI-2004, « Consulta: Si se estaría violando el art. 6 inc.2) de la Ley Orgánica de las Municipalidades si se contratara la prestación del servicio de la recolección, traslado y disposición final de residuos patogénicos a un empresa donde es socio y director un agente municipal que se desempeña en el cargo de Inspector General en la propia Municipalidad. Respuesta: Por tratarse la empresa la única radicada en la zona, existiendo contrataciones con la misma preexistentes a la incompatibilidad que se produce con la incorporación de uno de sus socios a la Municipalidad, se entiende que probada la conveniencia del precio mediante la realización del procedimiento de adquisición que corresponde de acuerdo al monto del servicio a prestar, y utilizando como otro elemento que aporte transparencia a la operación el recurso previsto por el artículo 156 inciso 10) de la Ley Orgánica de las Municipalidades, podrá contratarse a la firma en cuestión en virtud del beneficio económico que se produciría a las arcas municipales, en concordancia con la doctrina existente.»

tado de una incompatibilidad para esa votación. En efecto, si analizamos el siguiente caso decidido jurisprudencialmente de acuerdo al propio articulado de la LOM, veremos que la solución parece injusta. El caso es Aran, Marta Pilar c/ Concejo Deliberante de González Chavez s/ Conflicto de poderes art. 187 Const. Provincial,¹⁷ causa cuyo hecho es que el marido de la concejal obtiene con su empresa por medio de un concurso de precios, la adjudicación para la construcción de quince nichos en el cementerio comunal.¹⁸ Tanto el Municipio, como luego la Excm. Suprema Corte, entendieron que siendo cónyuge del dueño de la empresa, la concejal tenía un interés en la contratación y en consecuencia era necesaria su desvinculación del cargo. La interpretación literal del artículo citado impone la solución a la que llega la Corte, sin embargo, pareciera que la sanción es irrazonable, en la medida en que se aparta del propio sentido del instituto de la incompatibilidad. En efecto, no sólo el interés de la concejal era indirecto, sino que además la posibilidad de obrar en pos de ese interés se agotaba en la sesión en la que se aprobara la adjudicación y en las eventuales sesiones de rendición de cuenta de lo actuado en vinculación a dicha empresa vencedora en el concurso de precios. Por ello determinar en estos casos como en los otros mencionados, la simple y sencilla remoción del concejal, no deja de ser sino una medida irrazonable en torno al fin perseguido. Para estos supuestos que mencionamos, propiciamos que se contemple en la ley Orgánica la posibilidad de que el concejal se abstenga pura y exclusivamente en aquellas sesiones en las cuales pueda existir un interés directo del mismo o un impedimento moral, o bien una solicitud de licencia y su reemplazo de acuerdo al sistema de suplencias existentes.^{19 / 20} A nuestro entender esta solución sería la que más se asemeja a una justa composición del problema.²¹

Un caso particular en este sentido lo establece el artículo 90 de la LOM y refiere a la imposibilidad del concejal de acceder a un cargo que haya sido creado y/o eventualmente sus emolumentos incrementados durante el momento en el que el concejal ocupaba el mismo. En efecto, no es inusual que quienes ocupan el cargo de concejal, pasen en otro momento de su vida a desempeñarse en el Departamento Ejecutivo.

19 Cuestión similar a esta sobre la que nos expidiéramos en nuestra obra de 1999, fue consultada al honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, el que no se expidió concretamente sobre la cuestión, aunque tangencialmente pareciera avalar la imposibilidad de abstenerse del concejal.

HTC Municipalidad de Chacabuco, Delegación XVI, Expte. 4029-3/04 18-VI-2004, «Consulta: Solicita que se expida sobre las siguientes inquietudes: a) por un lado sostiene que los concejales que decidan ejercer la función ad honorem, no deben realizar los aportes y retenciones sociales; b) ante el supuesto concreto de intereses contrapuestos, si el concejal debe excusarse de emitir su voto en ese caso particular, o si están afectados por una incompatibilidad hipotética y genérica. Respuesta: Con respecto a la primera inquietud se debe manifestar que el artículo 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que no puedan acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona que provengan del Estado en cualquiera de sus estamentos. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se ha pronunciado a través de sentencias, entendiendo que el concejal es una persona que presta «servicios remunerados» en las Municipalidades, resolviendo que existe incompatibilidad en el desempeño de la citada función con otro cargo de la administración pública, como consecuencia de la doble actividad remunerada por el Estado. La doctrina de este Organismo ha posibilitado desempeñar dicha función ad-honorem, debiendo renunciar a la percepción de la dieta establecida en el artículo 92 de la Ley Orgánica de las Municipalidades; que dicha excepción no lo inhibe de la obligación de realizar los aportes respectivos. Esta exigencia no tiene por objetivo proteger los derechos individuales, sino los colectivos, es decir mantener incólumes las fuentes de financiamiento de los respectivos institutos. En relación a la segunda de las inquietudes cabe señalar que la aplicación de la abstención, además de no estar prevista por la Ley Orgánica de las Municipalidades, su utilización va contra la génesis de los Concejos Deliberantes, como consecuencia de que no solo hace que el mismo funcione con un número de ediles distinto al previsto por la ley, sino que altera su composición política; pudiendo hacer lo mismo con la conformación del quórum y las votaciones en la obtención de las mayorías. Con respecto al cómputo de las votaciones, la doctrina del Organismo ha interpretado que las abstenciones se toman como voto negativo a los afectos de obtener las mayorías calificadas.»

20 A favor de solicitar licencia para el tratamiento de cuestiones en las que pueden aparecer intereses contrapuestos, podemos mencionar la alternativa que brindara el HTC, Municipalidad de Berazategui, Delegación II, Expte. 5300-201/06, 14-III-2006, «Consulta: Sobre la situación particular de un concejal electo para cumplir el mandato 2005/9 que a su vez fue designado por el Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires como

El sentido de la norma es claro, es evitar que el concejal pueda prevalecerse de su situación de miembro del cuerpo para establecer un cargo que luego pasará a ocupar o votar por el incremento de remuneraciones que lo tendrán como beneficiario directo. Pero ese supuesto, en nuestro entender debe diferir de otros casos, como por ejemplo que haya votado el presupuesto general, el que conlleva incremento para todo el escalafón y cargos. En este caso, si bien no aparece específicamente previsto en la LOM, llevar la interpretación a ese extremo implicaría avanzar sobre la propia finalidad de la norma. Este tema no ha escapado al análisis de la Asesoría General de Gobierno, quién más allá de reseñar el resultado al que se allegaría de estarse a la estricta lectura del texto, deja abierta la posibilidad del análisis del HCD con las facultades que el mismo tiene para expedirse sobre la materia y resolver la situación.²² Otro supuesto especial es el que plantea el caso del concejal que al momento de ser electo en una lista como suplente, cumplía con el recaudo constitucional de residir en el partido en el cual es electo y que luego se muda a otro partido; produciéndose la necesidad de que reemplace a otro concejal precisamente en ese momento. Sobre el particular, la Asesoría General de Gobierno ha dicho que no se encuentra contemplada tal situación como inhabilidad, siendo el Cuerpo el que deberá resolver la cuestión dentro de sus facultades.²³ Respecto de cómo debe citárselo para que asuma el reemplazo en el cargo, el HTC ha dicho que el Concejal suplente deberá ser citado por medio fehaciente.²⁴

3.3. EXCUSACIONES

El artículo 10° LOM establece una serie de causales por las cuales el concejal electo puede solicitar ser excusado por el cuerpo de continuar en el mismo o ser licenciado. Estos supuestos son claramente enunciados por la norma por la cual no es necesario hacer mayores comentarios, excepto los incisos 3° y 4° LOM que plantean cuestiones conexas.²⁵ El primero señala el caso de ejercer actividad pública simultánea con la de concejal. La pregunta que surge es qué se entiende por «actividad pública». Pareciera que el supuesto refiere a aquellos que realizan actividades políticas, comunitarias o sociales que implican la imposibilidad cierta

Director titular del Grupo BAPRO S.A. Respuesta: En forma general, se entiende que para determinar que las tareas o actividades que realiza una persona se encuentran incursas en una incompatibilidad o inhabilidad deben estar expresamente previstas en la normativa vigente; esta circunstancia no se advierte en la situación traída en consulta, razón por la cual se entiende que no existe tipificación de incompatibilidad o inhabilidad en este caso particular. Lo concluido se fundamenta en que el Grupo BAPRO S.A. es una sociedad holding, controlada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (su participación es del 99,95%), y tiene por objetivo concentrar la conducción y el control estratégico de las distintas empresas en las que Banco participa accionariamente, detentando una participación directa e indirecta en varias empresas que operan en diversos rubros del mercado. Es decir, que si bien el citado grupo empresario es una sociedad anónima, su capital es casi enteramente público, razón por la cual en la práctica tiene las características de una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, en las cuales no es incompatible la participación de funcionarios públicos - fue designado por el Directorio del Banco Provincia -, que desarrolla actividades de inversión y financieras; dadas las características señaladas y teniendo en cuenta la renuncia a la percepción de la dieta por parte del interesado, la situación planteada no queda incursa en las incompatibilidades previstas por el artículo 53 de la Constitución Provincial. De todas maneras, se hace saber al consultante que ante la eventualidad de la ocurrencia de un conflicto de intereses y/o se traten temas relacionados al Grupo BAPRO en las sesiones del Concejo, el edil en cuestión deberá solicitar una licencia en el cargo de concejal a los efectos de no participar en el tratamiento del tema.

21 Una cierta flexibilización en el sentido que proponemos, hemos hallado en la decisión del Honorable Tribunal de Cuentas que se describe a continuación, Municipalidad de Carmen de Areco, Delegación XVII, Expte. 4021-904/06, 14-II-2007, «Texto: Consulta: Sobre el acta realizada por la Delegación del H. Tribunal de Cuentas observando el incumplimiento del artículo 179 inciso 1) de la Ley Orgánica de las Municipalidades. En la misma, se cuestionan dos casos de inhabilidades que se tratan en las presentes actuaciones. Respuesta: En su descargo, el Jefe de Compras manifiesta que uno de los casos de inhabilidades se vincula con un proveedor que presta servicios para la comuna, cuya titular es la esposa de un empleado municipal, que es la única organización en la ciudad que pueda proveer la publicidad televisiva a través de la empresa de cable local; en el segundo de los casos, se trata de un proveedor de artículos de librería e insumos de oficina que proveyó al municipio durante muchos años y en la actualidad su titular es concejal. Se aduce que este negocio presta sus servicios en horarios corridos, siendo de amplia utilidad para la administración municipal, que no se le realizan ventas al H. Concejo Deliberante sino al Departamento Ejecutivo y los montos operados son de escasa significación. Con respecto a la primera de las inquietudes, si bien el artículo 179 inciso 1) de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que ninguna persona será empleada de la municipali-

de cumplir adecuadamente con la labor de concejal. De acuerdo a nuestra interpretación, esta causal podría ser invocada por miembros o presidentes de sociedades de fomento, o entidades de bien público o autoridades de partidos políticos.

El segundo caso, planteado por el inciso 4°, es dejar de pertenecer a la agrupación política que propuso al concejal. Es indudable que en nuestro sistema político, los partidos cumplen una destacada labor en cuanto vehiculizadores de propuestas y presentadores de candidatos, sin embargo, tal identificación no es admitida como causal de inhabilidad, por cuanto ha sido omitida en los artículos 6° y 7° de la L.O.M.. Ello quiere decir que para nuestro régimen jurídico comunal, la continuidad o no del concejal en el partido político que lo propuso, no puede ser hecha valer en contra del edil que renuncia al mismo por parte de la propia agrupación que lo presentó en las elecciones. Sin embargo, ello no es óbice para que la propia ley Orgánica Municipal que le niega efectos jurídicos a esa situación en ese sentido, no expida cierta consideración moral a la que asigna virtualidad para que el concejal que se siente incómodo con la situación descripta quede exento de la obligación de continuar en su cargo.

Con respecto a la imposibilidad de desempeñarse debido a enfermedad, el tema tiene diversos ribetes dado que curiosamente, tanto la LOM como la mayor parte de los reglamentos internos de los HCD de la Provincia de Buenos Aires, han omitido referirse, no al supuesto en el que el concejal de acuerdo al inciso 5) presenta su excusación para continuar en sus

dad cuando tenga directa o indirectamente interés pecuniario en alguna vinculación económica de ella, en materia de inhabilidades e incompatibilidades, la doctrina de este Organismo ha dictaminado, produciendo algunas excepciones cuando las circunstancias así lo impongan. Por ejemplo, cuando exista relación de parentesco entre un proveedor y un funcionario municipal, la excepción se da cuando los mismos posean patrimonios separados. También se considera la excepción cuando el proveedor, en este caso esposa de un empleado municipal, se demuestra que es el único prestador de un servicio necesario. En cuanto al segundo de los casos, si esta librería no fuera la única que provea los insumos necesarios a la municipalidad, no existe razón para que se exceptúe al concejal de la inhabilidad en los términos del artículo 6 inciso 2) de la Ley Orgánica de las Municipalidades. Además, refuerza esta conclusión lo establecido en el artículo 14 de la misma norma.»

22 AGG, Expte N° 2113-355/00, «Cabe señalar que el artículo 90 del Decreto-Ley N° 6769/58, sobre cuya interpretación versan estas actuaciones, textualmente dice: «Ningún Concejal podrá ser nombrado para desempeñar empleo rentado que haya sido creado o cuyos emolumentos fueron aumentados durante el período legal de su actuación, ni ser parte de contrato alguno que resulte de una ordenanza sancionada durante el mismo». Como puede advertirse de su simple lectura, la disposición legal transcrita integra el plexo normativo que prohíbe a los funcionarios municipales tener en el ejercicio de su cargo y en relación con sus funciones, intereses que comprometan su independencia respecto de las decisiones que les corresponda adoptar (artículos 6, 7, 90 y 179 de la L.O.M.), estableciendo una inhabilitación ética o moral surgida del desempeño del mandato de concejal y de una eventual colisión entre sus propios intereses y los municipales. Un primer análisis del referido artículo 90 de la Ley Orgánica, no autoriza a diferenciar entre las ordenanzas por las cuales se aumentan los emolumentos de los cargos, ya se trate de normas específicas, o de contenido colectivo, como la del presupuesto comunal. En consecuencia, este Organismo Asesor es de opinión que en la especie, la licencia en el cargo de Concejal no lo habilita para ocupar el cargo en el Ejecutivo. Tampoco lo habilitarla la renuncia a su mandato electivo, toda vez que la situación inmediata del edil no se modificaría; manteniéndose encuadrada en las previsiones del artículo 90°. Sin perjuicio de ello, en cuanto a la duración en °1 tiempo de la inhabilitación prevista en el citado artículo, cabe destacar que si bien nada dispone al respecto resulta razonable suponer que no fue intención del legislador establecer. «una capitis diminutio» perpetua, en contra de aquellos concejales que circunstancialmente debieron desempeñar sus mandatos en la etapa de sanción de las ordenanzas creadoras de cargos municipales o; que aumentaron sus emolumentos. Por el contrario, este Organismo Asesor tiene dicho que corresponde a la comuna analizar cada caso en particular y las circunstancias, bajo las cuales fueron sancionadas aquellas ordenanzas, para poder discernir la vigencia de la eventual colisión de intereses privados y municipales (que prevalecen siempre) y la incidencia que el factor ético o moral pudiere conservar para que los concejales puedan ocupar tiempo después de concluidos sus mandatos, algún cargo cuyos emolumentos hayan sido aumentados durante el desempeño de los mismos (Conf. expte. 2113-1994/99).»

23 AGG, Expediente 2207-160/95, «Atendiendo a la problemática planteada, se aprecia por lo pronto que corresponde distinguir el supuesto en que la falta de residencia se hubiera presentado con antelación al acto electoral del que resultará elegido el Concejal, o en su defecto, hubiera sido de carácter sobreviviente. En el primer caso, debe señalarse que el artículo 191 -inc. 32) de la Constitución de la Provincia (art. 182 inc. 32 de la Constitución de 1934), determina los recaudos que deben reunir los ciudadanos elegibles, especificando el deber de residencia en el Distrito, anterior al proceso electoral. En este orden, compete al Concejo Deliberante la posibilidad de debatir internamente la cuestión en consulta, y naturalmente -llegado el caso- determinar si el Concejal de quien se aviso por escrito al Presidente del Concejo Deliberante. Cuando las inasistencias duren mas de tres sesiones consecutivas y/o reuniones del

funciones, sino a los supuestos de incapacidades transitorias.²⁶ En este sentido, si bien por una interpretación literal del artículo 88 de la LOM deberíamos llegar a la conclusión de que corresponde su reemplazo inmediato por el suplente en la lista,²⁷ lo cierto es que la mayoría de los HCD son reacios a proceder de tal forma cuando el concejal informa su incapacidad y la comunica al cuerpo a través de su Presidente, por cuanto en tales casos existe una predisposición a mantener la banca en favor del concejal titular. Lo que si es cierto, es que lo que no podría ocurrir en ningún caso, siempre que medie comunicación de la causal, es que se produzca el cese del concejal por expulsión del cuerpo, ya que en ningún artículo se autoriza al HCD a proceder de tal forma.

Se ha planteado si el HCD tiene facultades para supervisar la existencia de la incapacidad alegada y en su caso, para el supuesto de disidencia en cuanto a la naturaleza y alcance de la misma, si sería posible considerar las ausencias injustificadas y en consecuencia proceder a decretar la suspensión o el propio cese del concejal. Me inclino por una tesis negativa en la medida en que el Reglamento Interno no prevea la posibilidad de disponer de controles médicos sobre el concejal solicitante de la licencia. En caso afirmativo, corresponderá atenderse a dicho reglamento. La solución recomendable es que los HCD regulen este tipo de situaciones.

plenario de comisiones será necesario el permiso del Concejo. De esto se desprende que cuando supere ese plazo las ausencias deberán ser otorgarlos bajo el régimen de licencias previsto en el artículo 88 de la LOM. Con respecto al medio de comunicación que se deberá utilizar para dar aviso al concejal reemplazante, nada dice la Ley Orgánica de las Municipalidades como tampoco el Reglamento Interno; se entiende que debe formalizarse por escrito por medio de una notificación fehaciente de la misma manera que la solicitud de la licencia del concejal titular.»

25 Los casos mencionados son: «1. Tener más de 60 años. 2. Trabajar en sitio alejado de aquél donde deben desempeñarse funciones, o tener obligación de ausentarse con frecuencia o prolongadamente del municipio. 3. Ejercer actividad pública simultánea con la función municipal. 4.-Haber dejado de pertenecer a la agrupación política que propuso su candidatura. 5. Hallarse imposibilitado por razones de enfermedad.»

26Se refiere tangencialmente a la cuestión el artículo 63 inciso 6) de la LOM, al autorizar al HCD a «acordar licencias con causa justificada a los Concejales y Secretario del Cuerpo.» 27Esta es la salida que sugiere el HTC, Municipalidad de Villarino, Delegación IX, Expte. 5300-189/06, 23-III- 2006, «Consulta: Sobre temas vinculados a situaciones de incompatibilidad de concejales, los cuales se describen en los párrafos siguientes. La siguiente consulta refiere a una concejal próximamente a su maternidad, que pregunta si puede pedir licencia sin goce de haberes en el cargo y proceder a su reemplazo como lo estipula el artículo 88° de la Ley Orgánica de las Municipalidades. Las embarazadas puede solicitar licencia al H. Concejo Deliberante, la que será sin goce de haberes, siendo reemplazada por los suplentes siguiendo los lineamientos del citado artículo de la Ley.»

CAPITULO II

ELECCIÓN, ASUNCIÓN Y REMUNERACIÓN DEL CONCEJAL

1. Asunción del Concejal

El inicio de las actividades de un nuevo concejal se produce a través de la sesión preparatoria en la que se constituye el HCD. En la fecha que determina la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires, la que previa compulsas de las elecciones efectuadas emite los diplomas para cada uno de los concejales electos, se analizan los mismos, determinando la existencia o no de inhabilidades o incompatibilidades en los concejales ingresantes y en su consecuencia, se toma juramento a los nuevos integrantes del cuerpo. Debe indicarse que el HCD es juez de esos títulos, lo que plantea a la luz de los precedentes que se han generado análogamente en la Cámara de Diputados de la Nación con los casos Busi y Patti, cuál es el límite de esa revisión.

En ambos supuestos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado que «Cuando la Constitución, en su art. 48, regula los requisitos necesarios para ser diputado de la Nación no requiere la idoneidad ni calidades morales por lo que la Cámara, como juez, no puede agregar nuevos requerimientos que la Constitución no contempla; pero aun cuando se sostuviera que la idoneidad es un requisito para los cargos electivos, no sería la Cámara sino el Pueblo de la Nación el juez de esa calidad. -Del precedente «Bussi», al que remitió la Corte Suprema.-» Añadiendo, «Resulta de trascendencia institucional la cuestión de derecho electoral tendiente a determinar los límites de la facultad de la Cámara de Diputados al actuar como juez de las elecciones, derechos y títulos, conforme se desprende del art. 64 de la Constitución Nacional, facultad que es ejercida en forma repetida por esa Cámara cada vez que incorpora diputados electos como miembros de ese cuerpo.»²⁸

Tanto la LOM. como la mayoría de los reglamentos internos, contemplan el proceso de ingreso de un nuevo concejal a su banca, previéndose el mismo en el acápite de Sesiones Preparatorias del HCD. Coetáneamente con las disposiciones formales que estipula la ley en cuanto a la asunción de esas funciones, se siguen una serie de tramitaciones internas destinadas a establecer un legajo personal del concejal, en base al cual es incluido en la nómina y se afecta el monto correspondiente a la partida presupuestaria para proceder al pago respectivo de su dieta, como así efectuar los descuentos que la propia normativa establece.

2. Partidos Políticos, elección y actuación posterior²⁹

Planteado este tema en cuanto a la vinculación de los concejales con los partidos políticos, existe una segunda problemática que debe ser contemplada y que refiere a la actuación de los concejales en el seno del concejo deliberante y como perteneciente a un Bloque Político partidario, aspecto sobre el que regresaremos oportunamente. En consecuencia y en lo que atañe a este capítulo sí creíamos necesario establecer la tendencia nacional a brindar prioridad en muchos casos a posiciones políticas partidarias por sobre los legítimos intereses vecinales y locales. En cuanto a los partidos políticos, los mismos se encuentran reglamentados por las leyes electorales nacionales y provinciales. Sin embargo una vez en el ámbito institucional, no existe legislación clara y mucho menos en el ámbito comunal, para poder

²⁸CSJN, P. 1763. XLII, Patti, Luis Abelardo s/promueve acción de amparo c/ Cámara de Diputados de la Nación, 08-IV-2008.

determinar su legitimación. Ello deviene todavía más confuso a nivel de la Exma. Suprema Corte de Justicia, que ha resuelto en sendos fallos situaciones que tangencialmente se refieren a la cuestión. En primer lugar le ha negado legitimación a los Bloques de Partidos Políticos para plantear conflictos municipales internos. Así ha expuesto que: «Únicamente se hallan legitimados para promover los conflictos municipales los respectivos departamentos (ejecutivo y deliberativo), cuando se trata de una efectiva contienda acerca de sus respectivas competencias: o el intendente o los concejales que se encuentran en alguna de las situaciones descriptas por la Ley orgánica de las Municipalidades como constitutivas de un conflicto interno municipal. Desde la vigencia de la ley 11.024 ha quedado circumscrip ta a los casos de suspensión o destitución del Intendente municipal o de cualquier concejal por lo que no se admite la legitimación de los denominados «bloques» para cuestionar por esta vía la validez de ordenanzas que no afecten la investidura de sus miembros individualmente considerados.»³⁰ A igual conclusión puede arribarse leyendo el siguiente párrafo de otro decisorio del Tribunal provincial: «Únicamente se hallan legitimados para promover los conflictos municipales, los respectivos departamentos (ejecutivo y deliberativo) cuando se trata de una efectiva contienda acerca de sus respectivas competencias, o el intendente o los concejales, cuando se encuentran en alguna de las situaciones descriptas por las leyes orgánicas municipales como constitutivas de un conflicto interno municipal. Desde la vigencia de la ley 11.024 ha quedado circumscrip ta a los casos de suspensión o destitución del intendente municipal o de cualquier concejal.»

También colindante con esta cuestión se halla el decisorio adoptado por la Excm. Suprema Corte, en relación a dirimir los conflictos que puedan originarse entre un disidente y el partido político que lo llevó su situación partidaria, en tal sentido se expuso: «No se configura el supuesto del art. 187 de la Constitución provincial en la causa elevada por el Concejo Deliberante de Cnel. de Marina Leonardo Rosales para resolver una cuestión referida a la denominación de un bloque disidente de un Partido político que se debate entre el miembro disidente y el presidente del bloque de ese partido.»³¹ Dada la naturaleza de este último fallo pareciera que el máximo tribunal se mantiene prescindente de cuestiones que puedan surgir de la relación entre banca y partido político por el cual el concejal ha sido elegido. Al respecto ninguna sanción prevé la Ley Orgánica Municipal, de lo cual se colige, que tan sólo se admiten reparos de tipo moral que pueda presentar la persona que ha dejado de pertenecer al partido político que lo propuso para el cargo y al que el artículo 13 de la L.O.M. le dejará renunciar sobre dicha base. Sin perjuicio de lo antes expuesto, pero en un sentido novedoso y creemos adecuado, la Asesoría Gral. de Gobierno y el Honorable Tribunal de Cuentas de la Pcia. de Buenos Aires, aceptan cuestiones que sean cursadas, no ya por el Honorable Concejo Deliberante, sino asimismo por parte de los Bloques Políticos Minoritarios, lo que constituye un sano principio, que parece adecuadamente recoger la manera real en que funciona el sistema de representación política municipal. De esta forma, acordando legitimación para informarse a la minoría, se está tutelando la posibilidad de que quiénes en la realidad operativa disponen de menos recursos, por empezar no disponen de los medios e información que puede proveer el Departanebto Ejecutivo al Bloque Oficial, puedan contar con asesoramiento de primer nivel a efectos de cumplir más adecuadamente sus labores de contralor. Organización de los Bloques Políticos: la notoria ausencia de reglamentación de los Bloques Políticos Partidarios, en la que tanto incurren la Ley Orgánica Municipal, como los Reglamentos Internos de los H.C.D., no deja de ser curiosa al menos. En efecto, es común en nuestra práctica deliberativa que los concejales actúen en «Bloque», trasladándose inclusive tal agrupamiento a la ubicación física de los ediles en el recinto. Sin embargo y curiosamente

29 Es necesario mencionar que trataremos el tema de la actuación de los concejales, una vez propuestos por un partido político y electo por la comunidad, es decir, lo que es propio de la LOM, no tratándose en consecuencia, las cuestiones referidas al proceso electoral en sí. 30 SCJBA, causa B 55047, Bloque de Concejales de la Unión Cívica Radical del Conc. Delib. de Morón s/ Conflicto interno munic. -art. 187 de la Const. de la Prov. de Bs. As., 19-III-1993
31 SCJBA, causa B 54489, Concejo Deliberante de la Municipalidad de Cnel. de Marina Leonardo Rosales el Conflicto

ninguna regulación específica se ha dispuesto con relación al funcionamiento de tal sistema. No se expresa cual es la representación del Presidente del Bloque, ni la posibilidad de exigir la comparecencia de funcionarios comunales (si se encuentra regulada por ejemplo, la facultad de las comisiones de así disponerlo), entre otras falencias. Ante tal omisión entendemos corresponde a los H.C.D. regular la cuestión fijando claramente: 1. Composición y funcionamiento, 2. Atribuciones, 3. Pertenencia e identificación, 4. Disolución y cambios de representación.

2.1. CONFLICTOS DENTRO DE LOS BLOQUES POLÍTICOS

Una realidad con la que nos hemos acostumbrado a convivir, es con el constante fraccionamiento de bloques políticos en los Concejos. Ello plantea problemas no menores, desde la asignación de espacios físicos – por cierto usualmente escasos -, hasta en aquellos supuestos en que así esté reglamentado, la designación de un secretario o asesor de la nueva agrupación política. No menor puede ser el conflicto que genere la superposición total o parcial de los nombres de los nuevos sectores.

Con relación a este tema, la ausencia de norma alguna contenida en la LOM obliga a regular la cuestión en los Reglamentos Internos³², para el caso de ausencia nos inclinamos porque el problema que se suscite sea resuelto por el cuerpo en pleno. En tal sentido se ha expedido, en opinión que compartimos, la AGG.³³

Un supuesto derivado de los cambios de composición de las fuerzas políticas en el HCD, radica en el destino físico de las oficinas y de los eventuales recursos humanos que se asignan. Este tema que pareciera menor, para aquellos que han estado en cuerpos legislativos, saben que no lo es. He visto personalmente cómo se discutían lugares en las Cámaras de Diputados, y qué tan importante en términos de prestigio, radicaba estar en un despacho u otro. Ahora bien, la reubicación de los espacios es facultad privativa como veremos, del Presidente del Cuerpo. Sus actos, dictados en uso de sus facultades y en la medida en que se encuentren fundados y no sean arbitrarios, son además ejecutables directamente, pudiendo solicitar el auxilio de la fuerza pública. Bajo tales parámetros, pudiendo reordenar los lugares en el HCD, también puede hacer cumplir esas decisiones.³⁴

32 El recientemente sancionado reglamento interno del HCD de Pehuajó contiene disposiciones específicas sobre el particular.

33 AGG, Secretaría Letrada, IX-2004, «Se da cuenta de la situación generada en el seno de ese Cuerpo como consecuencia del conflicto suscitado en el bloque de concejales. De los antecedentes acompañados surge que ante la expulsión y consecuente desafiliación partidaria del entonces presidente del bloque, concejal, autoridades directivas de esa agrupación política y el edil, comunican que este último ejercerá dicha presidencia. En la aludida nota destaca que el conflicto radica en el desconocimiento por parte de los otros dos concejales integrantes del bloque de la nueva designación. Con el alcance y límite indicados corresponde señalar que el artículo 75 del Decreto-Ley N° 6769/58 oficinas, a través de las previsiones de un reglamento interno que dictaran a tal efecto. No existiendo disposición alguna en el Reglamento Interno de ese Cuerpo que regule la constitución y funcionamiento de los bloques partidarios (salvo cuando hace referencia a los secretarios del bloque, artículo 19 inc. 2), corresponde que la situación sea resuelta en el marco de las amplias facultades que tiene ese Departamento Deliberativo en materia de labor parlamentaria, conforme la normativa citada en el párrafo precedente. Por lo demás, no resulta ocioso señalar que este Organismo Asesor se encuentra inhibido de opinar, en el marco de colaboración precedentemente delimitado, sobre cuestiones que son privativas e internas de ese Cuerpo.» Compendio de Dictámenes. P. 92.-

34 AGG, Secretaría Letrada, I-2006, «Consulta respecto si, en orden al cargo municipal que ejerce, está facultado por sí para hacer uso de la coacción directa y requerir el auxilio de la fuerza pública a fin de obtener el cumplimiento de lo dispuesto en Decreto H.C.D. que dispuso la reubicación de los bloques políticos o bien si para ello debe ocurrirse por ante la justicia contencioso administrativa. Ello por cuanto la medida sería resistida por el Bloque del Partido quien ya cuestionara aquel acto administrativo por vía de recurso de reconsideración, que fuera recientemente rechazado. Esta Asesoría General de Gobierno, en principio, considera que nada obsta a que el Presidente de ese Cuerpo Deliberativo requiera el auxilio de la fuerza pública a fin de dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto por el citado Decreto puesto que tiene competencia exclusiva en todo lo que se refiere a disponer de los espacios y edificio que tiene asignado para funcionar el Concejo Deliberante (conf. artículo 83 inc. 10 del Decreto-Ley N° 6769/58 y modif. –Orgánica de las Municipalidades). En tal sentido es de señalar que los actos administrativos causados en que se han respetado las formalidades de la ley, objeto, expuesto razonable motivación, además de gozar de presunción de legitimidad una vez que fueron debidamente notificados a los interesados (conf. artículos 103, 108 y conc. de la Ordenanza General N° 267 –de Procedimiento Administrativo Municipal-), poseen carácter ejecutorio; habilitando a la autoridad municipi-

3. REMUNERACIÓN DEL CONCEJAL

Con la última reforma introducida al artículo respectivo a la compensación que reciben los concejales, ha quedado temporariamente zanjada la duda en cuanto a la característica de los importes que reciben los concejales por el desempeño de su labor. Decimos en este capítulo que la solución es «temporaria», por cuanto de fondo queda pendiente la discusión sobre la necesidad o no, conveniencia o no, de que el cargo de concejal sea remunerado, la que no deja de ofrecer aristas por demás interesantes para una polémica que lleva al menos sesenta años. Es que no pocas discusiones se han originado sobre el particular, máxime cuando hace pocos años, a consecuencia de las denuncias de corrupción que se originaron en una jurisdicción extraña a la de esta Provincia de Buenos Aires, como fue específicamente en su momento el HCD de la Capital Federal – desde 1996 la Legislatura de la CABA –, por el singular fenómeno de extrapolación de realidades que produce una prensa nacionalizada, súbitamente todos los HCD, con independencia de su tamaño y realidad fueron afectados por una onda expansiva que obligó al propio Gobernador Provincial a reaccionar frente a esta situación proponiendo la eliminación de cualquier remuneración. Consecuencia inmediata de tal situación fue inclusive la propia limitación de los presupuestos del HCD al 3% del total comunal que estableció la ley 10.693. Pero más allá de esta anécdota y de los tiempos de actuación política (que no siempre son los más adecuados para adoptar medidas que tienen innegables repercusiones institucionales), lo que quedó en el tintero fue el propio debate acerca de la labor que cumple el concejal y sobre el carácter oneroso o gratuito que hay que acordarle al mismo.

Para refrescar la situación debemos decir que en su momento la labor en nuestra provincia era gratuita y que la propia Ley Orgánica, la receptó en tal carácter. Sin embargo, no escapaba al espíritu de tal legislación la existencia de una indudable implicancia y afectación de este cargo sobre las labores privadas del legislador municipal. En efecto, sabemos que existen como en todos lados aquellos que toman a pecho su tarea y aquellos que por el contrario se limitan a concurrir ocasionalmente a las sesiones. Sin embargo, en la mayor cantidad de casos, la tendencia del Concejal; que se encuentra comprometido con la realidad circundante, que se encuentra expuesto como ningún otro legislador al escrutinio e interrogante constante de sus vecinos a quienes cruza diariamente en la calle, es la de destinar gran parte de su tiempo diario a la gestión vecinal y ello conlleva un impacto económico necesario en la medida en que son menos horas dedicadas a la actividad remunerada que desempeñe. Por lo dicho y sosteniendo dicho criterio de la realidad, la LOM hasta la reforma introducida por la ley 10.693 disponía que las sumas percibidas por los concejales, no constituían remuneraciones, ni salarios, sino «indemnizaciones» por la afectación que el cumplimiento del cargo imponía al Concejal en sus actividades privadas. En consonancia con estas tribulaciones, la Excma. Suprema Corte de Justicia establecía que: «Conforme al art. 14 del decreto ley 9650/80 no son computables a los fines jubilatorios los servicios prestados ‘ad honorem’ como Concejal Municipal, en virtud de que el carácter honorario resulta de la Constitución Provincial y de la Ley Orgánica de las Muni-

pal competente para concretar sus decisiones (conf. artículo 110 de la O.G. N° 267). La regla instituida en el citado artículo 110 de la O.G. N° 267, que faculta a la administración municipal competente para disponer, por sus propios medios y –por ende– sin intervención judicial, el cumplimiento de los actos administrativos regulares y estables, acudiendo de ser necesario a actos de ejecución directa –v.gr. auxilio de la fuerza pública–, es una prerrogativa que ha de ser ejercida en casos extremos, cuidando de no incurrir en un ejercicio abusivo de poder (conf. artículo 85 de la L.O.M.; artículos 103, 108, 114 y conc. de la O.G. N° 267). Se resalta en este sentido que, en lo sustancial, se trata de un conflicto intrainstitucional, en tanto están comprometidas y cuestionadas competencias y facultades de las autoridades del Cuerpo Deliberativo por alguno de sus miembros organizados en Bloque político, por lo que, inicialmente, cabría ponderar la posibilidad de denunciar la existencia de un Conflicto de Poderes (artículo 196 de la Constitución Provincial y artículos 261, siguientes y concordantes de la L.O.M.); o bien deducir la acción contencioso administrativa de declaración de certeza conforme lo establecido en los artículos 2 inc. 7 y 12 inc. 4 del C.P.C.A. No obstante es de señalar –con relación al Conflicto de Poderes– que la Suprema Corte Provincial es reacia a admitirlo en el seno del Concejo Deliberante salvo cuando de resultados del mismo deviene el desplazamiento de algún concejal.»es, p. 92.

cipalidades.» «La circunstancia de que la Ley Orgánica de las Municipalidades contemple una indemnización para los concejales ‘...por la afectación de sus actividades privadas...’, no altera la esencia honoraria de esa función en la medida en que solo han de ser acreedores a ella quienes realmente demuestren tal afectación y en el supuesto de que no se hubiera respetado el concepto indemnizatorio legalmente establecido, la percepción de aportes por la autoridad previsional encontraría su correlato en el pago de una remuneración no querida por la Constitución.»³⁵ Por ello, podemos afirmar que si bien se declamaba un carácter gratuito de la labor y se establecía una indemnización que con un límite debía oscilar de acuerdo a la realidad de la afectación de cada concejal, se extendió de manera tal en su aplicación uniforme, que cada edil percibía sin discriminación de su situación personal el máximo de dinero previsto por la norma. Ante tal realidad, primeramente reaccionaron los organismos previsionales de la Provincia, que procedieron a gravar en la medida de su habitualidad tales ingresos. La Excelentísima Corte Suprema de Justicia, adoptando el principio citado de realidad, procedió tal como se cita precedentemente a convalidar esa situación estableciendo la validez de tales imposiciones y cargas sobre las «indemnizaciones» mencionadas.

3.1. LA REFORMA DE LA LEY 10.693

La habitualidad en los pagos que describimos en el punto siguiente, motivó primero el gravamen por los organismos de la Seguridad Social y más tarde que el propio ordenamiento jurídico receptara esa realidad modificando el término y el significado. El cambio de legislación aprobado introdujo como principales aspectos en su variación, la eliminación del concepto de gratuidad de la función, como así de lo percibido en concepto de «indemnización».³⁶ El importe que se percibe en este momento lo es en concepto de «dieta», denominación que se acuerda a quienes fueron electos en las Legislaturas Nacionales y Provinciales. La utilización 35 SCJ-BA, de este concepto, sumado, al hecho de que se establezca claramente la obligatoriedad de contribución sobre las mismas, parece haber zanjado por el momento la cuestión. Ello sin embargo, no es óbice para que en el futuro haya quienes piensen distinto y sostengan de «*lege ferenda*» la necesidad de volver a un criterio de gratuidad. Hoy por hoy, la función es «remunerada» por medio de una dieta cuyos límites impone la propia ley.

3.2. IMPORTE MÁXIMO DE LA DIETA Y FRAUDES

Con respecto a la dieta a percibir por los concejales, la LOM ha acudido también a un criterio uniforme para toda la provincia fijando un importe máximo teniendo en cuenta el número de concejales y el tamaño de la comuna. Indudablemente, la circunstancia anteriormente descrita causa al menos dos interrogantes: 1) ¿Por qué establecer límites uniformes para todos los concejales provinciales? y 2) ¿Cuál es la relación entre el tamaño de la comuna, el número de

35 SCJBA, causa B 49610 S, Naudi, Enrique, c/ Pcia. de Bs. As. s/ Demanda Contencioso Administrativa, 30- IX-1986, A.Y.S., Tomo 1986-III P. 378 y en E.D. Tomo 125:318.

35 SCJBA, causa B 49610 S, Naudi, Enrique, c/ Pcia. de Bs. As. s/ Demanda Contencioso Administrativa, 30- IX-1986, A.Y.S., Tomo 1986-III P. 378 y en E.D. Tomo 125:318.

36 La discusión respecto a la gratuidad de las funciones del concejal, no sólo se dan y con dureza en el campo del derecho argentino y particularmente dentro del contexto bonaerense. Es por demás interesante ver como el criterio es profundamente distinto de una ciudad a otra dentro de un mismo condado inclusive, en las instituciones municipales norteamericanas. Es así que una investigación publicada en el matutino «The Miami Herald» de la ciudad de Miami, 29-X-1995, en el cual se investiga la remuneración que perciben intendentes y concejales, quienes normalmente se quejan en contra de las ausencias de pagos adecuados para labores que exceden las 60 horas semanales, expresa y refleja precisamente este tema candente. Es cierto, que en principio los concejales y comisionados del Condado de Dade (ámbito cubierto por la nota periodística) actúan «gratuitamente». Ello es respetado en algunas ciudades, tal el caso de Key Biscayne, o Indian Creek; mientras que en otras los legisladores comunales reciben algunos beneficios tales como derecho de estacionamiento gratis, casos de Miami, Miami Beach o Surfside, reconocimientos de gastos Hialiah u\$d 20.400 por año-, Miami Shores -\$ 5.000-, North Miami Beach -\$ 6.000-; otros municipios, lisa y llanamente estipulan importes en concepto de salario, el caso mas destacado es el de Medley que establece una remuneración de u\$d 16.800 anual.

concejales y el importe máximo a recibir? Con respecto al primero de los interrogantes, no es claro el por qué se mantiene dicho criterio aún cuando se ha establecido un tope del 3% en los gastos de los Concejales, y cuando pareciera que la materia por su naturaleza es de esencia tan propia de cada comuna, que la intervención provincial parece al menos un tanto desafortunada por cuanto condiciona a los municipios y pre-juzga sobre su capacidad para decidir tal temática, y más aún cuando ignora que por la naturaleza de la función, el concejal está absolutamente más cerca del escrutinio directo de la gente que cualquier otro legislador provincial o nacional. En cuanto al segundo interrogante, pareciera que no existe relación entre el tamaño de la comuna y la dieta a percibir por los concejales, ello así por cuanto sería tanto como discriminar considerando la existencia de concejales de primera y de segunda. Por cierto que podrá decirse en contra de un criterio uniforme como el que propiciamos, que las responsabilidades en una comuna mayor son también más importantes, sin embargo es posible rebatir esto diciendo, que tales mayores responsabilidades se encuentran equilibradas por el hecho de que el número de concejales es también mayor, con lo que se equiparan las labores.

Ahora bien, dejando de lado, lo que consideramos debería de ser hecho y ateniéndonos exclusivamente a lo que la ley dice, consideramos que es necesario ingresar en el otro problema que plantea la existencia de un límite en la «dieta» máxima a percibir. Decimos que esto constituye un problema, frente a la inventiva innata del argentino para trasgredir las normas. A efectos de evitar que el tope sea vulnerado y sobre la presunción de posibles argucias, la LOM cortó de cuajo tal posibilidad al establecer la prohibición de fijar viáticos o gastos de representación permanentes.

Indudablemente hoy por hoy, con dichas imposiciones, como así dada la existencia de un importe máximo en carácter de erogaciones de ejercicio del Presupuesto del Honorable Concejo Deliberante, se ha procedido a fijar límites cuya vulneración resulta fácil de detectar por parte de los organismos de contralor del accionar contable municipal.

3.3. INDEMNIZACIÓN Y APOORTE JUBILATORIO

De acuerdo a lo que hemos expresado y compartiendo la manifestación de quién fuera nuestro profesor en la universidad Nacional de La Plata, distinguido jurista con méritos sobrados en materia municipal, Dr. Ricardo M. Zucherino, entendemos que los arbitrios que efectuó la sucesiva legislación provincial para justificar lo injustificable, es decir que la función de Concejal fuera técnicamente «honoraria» mientras que en la práctica era «remunerada», no escapó a los entes recaudadores que observaron la praxis que la teoría. Por ello ante el hecho de que la «indemnización» la L.O.M. se convirtiera en una suma fija que no discriminaba entre los miembros que la percibían con independencia de sus labores y del grado de afectación efectivo, primero el Instituto de Obra Social de la Provincia (IOMA) y luego el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia procedieron a gravar tales ingresos. El primero lo hizo estableciendo la afiliación obligatoria de los Concejales a dicha Obra Social y estableciendo contribuciones obligatorias. El segundo mediante la incorporación como importe sujeto a aportes provisionales de la «indemnización». La sanción de la ley 10.693 modificó también esta temática al disponer lisa y llanamente las retenciones en favor de los Institutos de Seguridad Social pertinentes.

3.4. LA REFORMA DE LA LEY 13.217

En un nuevo giro legislativo, la mencionada ley permite a los concejales someterse a un doble régimen que se articula con el sistema de incompatibilidades. En el artículo 92° en su actual redacción, Los concejales perciben salvo manifestación expresa en contrario, una dieta mensual. Esa dieta se fija por el Concejo, no pudiendo exceder una escala que se fija en: a) el equivalente de hasta dos meses y medio de sueldo mínimo fijado por el Presupuesto de Gastos para el personal administrativo municipal en las Comunas y hasta diez Concejales. b) Al equivalente de hasta tres meses de sueldo mínimo para las Comunas de hasta catorce Concejales. c) Al equivalente de hasta tres meses y medio de sueldo mínimo para las Comunas de hasta dieciocho Concejales. d) Al equivalente de hasta cuatro meses y medio de sueldo mínimo para las Comunas de hasta veinte Concejales. e) Al equivalente de hasta cinco meses de sueldo mí-

nimo para las Comunas de hasta veinticuatro Concejales. En todos los casos, el monto mínimo a percibir por cada Concejal no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la respectiva escala. El sueldo mínimo a que hace referencia el presente artículo en los incisos a), b), c), d) y e), será el resultante de considerar el sueldo básico de la categoría inferior del ingresante en el escalafón administrativo de cada Municipalidad, en su equivalente a cuarenta (40) horas semanales, sin comprender ninguna bonificación o adicional, inherentes a la categoría inferior, que no estén sujetos a aportes previsionales. La dieta fijada por el Concejo Deliberante para cada Concejal, y el Sueldo Anual Complementario correspondiente, estarán sujetos obligatoriamente a aportes y contribuciones previsionales y asistenciales.

Pero si por el contrario, optaran por renunciar a la dieta, tendrán derecho a percibir, a su requerimiento, una suma no remunerativa y compensatoria de los gastos inherentes a la función equivalente las dos terceras partes de la dieta que se establece en los párrafos precedentes. Esta suma no estará sujeta a aportes y contribuciones previsionales y asistenciales. Los concejales que opten por percibir esta suma no percibirán Sueldo Anual Complementario. Es decir que compatibilizando los dos anteriores sistemas, si el concejal opta por percibir una dieta, esta en tanto remuneratoria, corre con la suerte de todo salario, queda sujeto a retenciones de la seguridad social, asistencial, y además acuerda el derecho a percibir SAC. Por el contrario de rechazarlo, se convierte en una compensación por gastos. Va de suyo que esta salida, intenta solucionar por otro lado el de la incompatibilidad, por cuanto de optar por el segundo régimen podría percibir salarios por otra actividad pública, siempre y cuando no exista incompatibilidad funcional.

CAPITULO III

COMPETENCIA DE LOS HONORABLES CONCEJOS DELIBERANTES

1. ATRIBUCIONES DE LOS HONORABLES CONCEJOS DELIBERANTES

Este capítulo enraiza profundamente en una de las cuestiones que mayor polémica ha planteado en el campo del derecho municipal. Determinar las competencias implica fijar las áreas de actuación, en primer término del municipio en el marco de la organización provincial remitiendo al tema «autonomía y autarquía» y en segundo lugar, del Departamento Deliberativo con relación al Departamento Ejecutivo Municipal.

1.1. AUTONOMÍA - AUTARQUÍA

La Convención Nacional Constituyente en el año 1994, reflejando el cambio jurisprudencial producido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos «Rivademar» y «Municipalidad de Santa Fe»; así como, de la persistente doctrina sostenida por las escuelas municipalistas más importantes del país, entre las cuales se encuentra la de la Universidad Nacional de La Plata, modifica el artículo 123 del texto magno, complementando el artículo 5° del mismo cuerpo legal y disponiendo que los gobiernos municipales gocen de autonomía. Simultáneamente se desarrollaba la Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, convocada entre otros fines, con el de asegurar municipios autónomos. La Constitución Provincial, no fue modificada en lo atinente al régimen municipal, como tampoco lo fue la Ley Orgánica Municipal que en forma uniforme crea un sistema común para todos los Municipios Bonaerenses.

El ordenamiento jurídico provincial sostiene que las Municipalidades cuentan con un grado mínimo de descentralización, propio de una forma autárquica o de autonomía restringida. Coherente con esa situación, la Provincia de Buenos Aires aún después de sancionada la reforma nacional, ha dividido y creado nuevos partidos (Municipalidad - Territorio) prescindiendo de las voluntades locales; continúa fijando las remuneraciones de intendentes y concejales a nivel provincial; legisla el régimen laboral local y establece la obligatoriedad de aportes a la Obra Social de la Provincia de Buenos Aires; determina el importe máximo de presupuesto en erogaciones de los Concejos Deliberantes; somete a dictámenes de organismos provinciales decisiones económicas y financieras municipales; limita la capacidad de endeudamiento local; controla la ejecución presupuestaria a través del Tribunal de Cuentas Provincial; legisla en temas claramente locales como disposición de basura o cierre de comercios, entre otras normas que trasgreden a nuestro entender los parámetros básicos de cualquier autonomía local.

1.2. ANÁLISIS DE PARÁMETROS ESENCIALES PARA DETERMINAR GRADO DE AUTONOMÍA

Es posible que muchos de los aspectos y temas que se discuten bajo el título autonomía y autarquía normalmente queden entrampados bajo discusiones semánticas, por lo que intentaremos apartarnos de los aspectos de mera denominación, para trazar un eje que se refiere concretamente a ciertos aspectos que hacen a la propia vida autonómica de los municipios. En procura de ese fin, es que analizaremos en este capítulo y dentro del marco reducido de

37De hecho, en su edición del 20 de abril de 2004, el matutino La Capital, anunciaba la convocatoria a un plebiscito no vinculante, a fin de que los doce mil habitantes de dicha localidad decidieran a cual de los dos Municipalidades adherían y eventualmente, si deseaban la constitución de un nuevo partido. Todo ello para ser elevado a la Legislatura provincial que en definitiva habrá de decidir sobre la viabilidad de la propuesta.

este trabajo, algunos ejes conceptuales para determinar el estado actual de la situación en la Provincia de Buenos Aires, y consecuentemente, el cumplimiento o no de la manda prevista en el artículo 123 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

1.2.A. Creación, escisión y disolución de Municipalidades.

Resulta esencial para determinar el grado de autonomía que rige en una determinada Municipalidad, conocer el grado de capacidad que poseen los propios vecinos para decidir sobre la propia suerte que habrá de correr su gobierno local. En efecto, parece difícil que pueda sostenerse la autonomía de un gobierno local, cuando su propia vida no depende de sí. Tal vez, el caso más representativo sean los antojadizos manejos del Puerto de Quequén en la década de 1970 y 1980, donde conforme a la relación con el Municipio de Lobería, se asignaba a esta jurisdicción o al Municipio de Necochea.³⁷ Ahora bien, si ese dato es cierto, no lo es menos que luego de la reforma constitucional de 1994, la Provincia de Buenos Aires continuó decidiendo de la misma manera el destino de numerosos municipios, con el agravante – dada la coincidencia de distritos electorales con el territorio de las comunas – de ser sospechosos algunas de dichas decisiones de procurar objetivos políticos³⁸ y el enorme agravio, de ni siquiera consultar la voluntad de los vecinos residentes en el municipio escindido y en los nuevos municipios a crearse.

En este punto, no podemos menos que sostener que de no mediar un profundo cambio en el mecanismo existente para la constitución de nuevos municipios, en el que al menos se requiera la voluntad – por votación directa o plebiscitaria – de los habitantes del municipio originario y de aquellos a constituirse, la Provincia de Buenos Aires, estará en clara violación al artículo 123 de la Constitución Nacional.

1.2.B. Administración pública y régimen de empleados públicos Plantea el caso Rivademar,³⁹ tomado como parámetro a los fines de la doctrina de la autonomía municipal, que deviene esencial a los fines de la consolidación de la misma, la posibilidad de la autoridad local de establecer su propio sistema de carrera administrativa y consecuentemente de un ámbito propio a administrar que implica entre otras consecuencias el de designar y remover sus empleados. Sin embargo, se observa en la práctica, que tal situación merece por parte de la jurisprudencia del supremo tribunal provincial, un doble estándar que al menos resulta curioso. En efecto, tal como señala Zuccherino Ricardo,⁴⁰ la sanción por parte de la Legislatura Bonaerense de un Estatuto para el personal municipal mediante la Ley 11.757 (luego modificada por la Ley 11.853), claramente implicó dejar sin efecto la manda del artículo 192 inciso 5° de la Constitución Provincial y el artículo 27 de la Ley Orgánica Municipal que establecen la competencia de cada Concejo Deliberante para disponer el régimen de empleo público local.

De igual manera no hesita en señalar Tenaglia Iván que: «En oportunidad de sancionarse esta ley e incluso cuando todavía estaba en borrador, como Concejal (de Saladillo) me permití disentir con los legisladores, pues ello constituía – y actualmente constituye – una franca violación al respeto que se le debe al Municipio como institución política y a su autonomía municipal.»⁴¹

38 Toda vez que cada Partido constituye a los fines de la elección de autoridades comunales, un distrito electoral; cuya unión con otros Partidos da lugar a cada una de las ocho secciones electorales que constituyen la Provincia de Buenos Aires, y donde ciertos partidos, sobre todos ubicados en el conurbano bonaerense, en las secciones I y III, tienen una gran densidad demográfica, se ha sospechado que la división de algunos distritos y no de otros estuvo basada en gran medida en conveniencias políticas. De hecho, Morón fue dividida en tiempos del gobierno del Menemista Rousselot, en Hurlingham, Ituzaingo y Morón; mientras que La Matanza, Quilmes o Lomas de Zamora, con mayores poblaciones no fueron sujetas a cambio, claro está todo esto en el terreno meramente especulativo. Esta opinión es compartida en ponencia de Badia, «La Cuestión de la Descentralización en la Región Metropolitana de Buenos Aires», http://www.inap.go.ar/redes/docs/ponencias_y_seminario/badia.PDF.

39 CSJN, Rivademar, Angela D. B. Martínez Galván de C/Municipalidad de Rosario, 21-III-1989.

40 Cuatango, Oscar Antonio; Laurito Oscar Antonio, Mariani, Gustavo Aníbal, Moreno Thitner; María Josefina y Zuccherino, Ricardo Miguel «Estatuto para el personal de las municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, Comentario, Anotado, Concordado», Ed. Función Pública, La Plata, 1998.

41 Tenaglia, Iván Darío, Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, Librería Editora Platenense, La Plata, p. 173.

Sin embargo, una completa revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires demuestra que la misma ha sostenido la constitucionalidad de la mencionada norma Como contrapartida en la causa L.58.057, Zamora Hugo y otro c/ Municipalidad de Gral. Pueyrredón s/Cobro de diferencia de haberes, en la que se discutía la pretensión de empleados que fueran transferidos por Obras Sanitarias de la Nación, a la Provincia de Buenos Aires y luego al Municipio, de continuar bajo la tutela del Convenio Colectivo 57/75, el máximo Tribunal provincial decidió que: «Aceptar la aplicación de la resolución 1056/83 del Ministerio de Trabajo de la Nación a la Municipalidad de General Pueyrredón de la Provincia de Buenos Aires, como se propicia en el recurso, implica una desnaturalización y desconocimiento del régimen municipal que pone en riesgo su subsistencia como tal.» Es decir, que la Corte parece sostener un doble criterio, de acuerdo a que la transgresión del régimen laboral del Municipio sea ocasionado por el Gobierno Nacional o por el Gobierno Provincial, afirmándose en el primer caso las facultades constitucionales de las comunas a disponer su régimen de empleado público y negándolo para el segundo supuesto.

1.2.C. Control de las autoridades locales por mecanismos provinciales

La Provincia de Buenos Aires, mantiene al día de la fecha el contralor de las gestiones municipales mediante un único Tribunal de Cuentas provincial, al cual se le encomienda el contralor externo de la gestión económica, financiera y contable de las Municipalidades. Tal control único, de realidades completamente distintas, no sólo deviene en términos generales en un déficit de su actividad, sino lo que es más grave, en numerosas decisiones apartadas completamente de lo que acaece en cada comuna.

1.2.D. Facultades locales y su avance por vía provincial.

Tal como señaláramos en la introducción de este trabajo, entendemos que una manera de cotejar los parámetros de autonomía vis a vis la Constitución Nacional, radica en realizar una comparación entre aquellas cuestiones que parecen de toda obviedad locales y la eventual regulación que sobre ellas efectúa el gobierno provincial. Y es en este cuadro, donde sin ingresar en detalladas casuísticas, observamos que la Provincia de Buenos Aires, no ha modificado en modo alguno sus pautas de actuar institucional desde 1994 a la fecha, reivindicando en muchos supuestos el carácter de municipios de delegación que compete a las comunas.

Una de esas áreas en las cuales podríamos coincidir sin hesitar que se trata de facultades municipales, es la que compete a la recolección y disposición de residuos domiciliarias. Sin embargo, repasado el precedente «Municipalidad de La Plata s/Inconstitucionalidad del Dec. Ley 9111. Tercero: C.E.A.M.S.E.»⁴² en donde la primera cuestionaba la constitucionalidad de las normas que establecían por vía de convenio entre Nación, Ciudad de Buenos Aires y Provincia de Buenos Aires, el destino final de disposición de los residuos y los importes a abonar por la Municipalidad de La Plata por dicho tratamiento, legamos a la conclusión de que la Corte bonaerense tiene otra lectura del fenómeno. Es que resulta claro, tal como sostiene el voto en minoría del Dr. Negri⁴³, que si existe una materia en la cual la competencia es municipal, es en materia de disposición y tratamiento de residuos; pero veremos que la opinión mayoritaria consolida la postura del carácter de Municipios de Delegación que se les atribuye a dichas entidades en la Provincia de Buenos Aires, sosteniendo la facultad de esta última:

42 SCJBA, Causa I. 1305, Municipalidad de La Plata s/ Inconstitucionalidad del Dec. Ley 9111. Tercero: C.E.A.M.S.E., 27-VII-1997.

43 Dice el voto del Dr. Negri, al cual adhiere el Dr. Salas, en coincidencia con el dictamen del Procurador General, que: «11. En suma, ninguna cláusula constitucional sirve para legitimar, por así decirlo, al dec. ley provincial 9111, el que debe ser descalificado y declarado inválido constitucionalmente en esta instancia judicial por infracción a los arts. 190, 191, 192 incs. 4, 5 y 6 de la Carta suprema provincial, ya que resulta incompatible con el régimen municipal y las atribuciones que le corresponden, en ese contexto del ordenamiento superior, a la Municipalidad actora, a quien no puede serle opuesto ni aplicado dicho decreto ley.»

«c) La Provincia de Buenos Aires, a la luz del texto de la Constitución vigente, actuó en ejercicio de facultades que le son propias, esto es, no violó el régimen municipal establecido en la misma Constitución. Ello así, por cuanto el capítulo referido al régimen municipal en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires no ha sufrido modificaciones.

Consecuentemente y conforme a lo que establece el art. 5 y 123 de la Constitución nacional, el régimen municipal depende de lo que establezca la Constitución de cada provincia y en su caso, de las leyes orgánicas que dicten las legislaturas provinciales. Las destinatarias originales de todos los poderes y competencias eran las provincias. Los municipios en consecuencia son fracciones internas, urbanas dentro de las provincias a quien éstas reconocen autonomía, pero esa autonomía siempre debe admitir como primer límite el poder provincial. No es concebible un municipio sino como referencia a una provincia (Bianchi, Alberto, «La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a la Municipalidad», L.L., 1989-C-74). Los poderes de los municipios se encuentran sometidos al poder constituyente provincial, se trata de una autonomía relativa o de segundo grado (Cassagne, Juan Carlos, L.L., 1995-A-982).

En el presente caso nos encontramos frente a un municipio de delegación, donde la atribución de dictar su carta orgánica compete a la legislatura provincial (conf. art. 191, Constitución provincial). Evidentemente la propia Ley Orgánica reconoce que hay poderes o facultades que pertenecen a la provincia, frente a los cuales la Municipalidad debe ceder el ejercicio de los mismos que le habían sido asignados, aún cuando tal asignación tenga origen constitucional (art. 192 inc. 4º, Const. prov.), pues ahora y a través del art. 28 de la Constitución provincial, la Provincia tiene asignado, por una norma de igual rango, con carácter indelegable el deber de proteger el medio ambiente».

Pero si la manera en que la Corte se expide respecto de los residuos, plantea un avance de la provincia con respecto de la municipalidades, no es menos grave, lo decidido respecto de la potestad del gobierno local de regular el horario de los comercios, tal como se ha resuelto en las causas: Wal - Mart S.A. c/Provincia de Buenos Aires y Carrefour S.A. C/Municipalidad de La Plata. En ambos supuestos, los hipermercados cuestionaban la Ordenanza Municipal de la Ciudad de La Plata, por la cual se imponían límites horarios a la actividad de dichos centros comerciales, aduciendo como motivo la necesidad social de preservar la actividad de los pequeños comercios.

Es así que en los dos casos, la Corte atribuyó la competencia a la Provincia, reiterando el carácter de Municipios de Delegación que tienen los existentes en la Provincia de Buenos Aires⁴⁴. Estos argumentos se reiteran en el fallo WalMart S.A. c/ Municipalidad de La Plata.⁴⁵

44 «En efecto, en ese contexto las facultades de los municipios se hallan determinadas no sólo por el constituyente sino también por el legislador, pudiendo serles atribuidas en forma exclusiva o en concurrencia con otros entes territoriales o servicios estatales, como propias o delegadas por el Estado provincial (conf. causa B. 53.836, sent. del 21-III-2001). De tal modo, la configuración del régimen comunal resulta atribución privativa del orden local (conf. Morello, Augusto Mario, «El régimen municipal en la Provincia de Buenos Aires», «Jurisprudencia Argentina», 1996-III-612); Bianchi, Alberto B., «La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades», «La Ley», 1989-C-47). 4. En el marco de estos lineamientos jurisprudenciales y doctrinarios, corresponde dilucidar si la Ordenanza 8856 ha sido dictada conforme a las atribuciones que confiere la Carta Magna local al Concejo Deliberante. Así, la Constitución provincial establece que «La legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales...» (art. 191) y que «Son atribuciones inherentes al régimen municipal...» (art. 192, entre otras, «4º Tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares, asilos de inmigrantes que sostenga la Provincia, las cárceles locales de detenidos y la vía pública» y «6º. Dictar ordenanzas y reglamentos dentro de estas atribuciones».

En cumplimiento de dicha manda suprallegal, la Ley Orgánica de las Municipalidades prescribe que la sanción de las ordenanzas corresponde al Concejo Deliberante (art. 24) que las mismas «deberán deliberativa municipal, regla-

Ahora bien, la Constitución Provincial asigna a los Municipios la facultad de velar por el ornato y las buenas costumbres locales. Ello implica necesariamente la posibilidad de que cada pueblo pueda definir concretamente sus pautas culturales y costumbres y que ellas sean respetadas por terceros. En tal sentido, es claro que la actividad del juego, se encuentra entre aquellas que se vinculan necesariamente a la definición de moralidad de cada sociedad. Por ello, cuando la Municipalidad de Junín⁴⁶ decide prohibir la actividad de un Bingo, al cual la Provincia de Buenos Aires habilita, entendemos, no hizo otra cosa que defender su derecho a autodefinir su propia comunidad⁴⁷. Sin embargo, la Corte por voto mayoritario sostendrá nuevamente la potestad concurrente y supresora de la autonomía comunal que reconoce al Estado Provincial.⁴⁸

En la lectura de los fallos repasados precedentemente y del distintas normas provinciales uniformes, como por ejemplo, la referida a habilitación de hipermercados, barrios privados y desarrollos urbanos, uso del suelo, cementerios privados, horario y cierre de locales y confiterías bailables, entre otras; sin perjuicio de la subsistencia de Ordenanzas Generales dicta-

mentar: 1. La radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales, en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales» (art. 27 inc. 1º). Se colige de la interpretación armónica del citado plexo normativo que el constituyente bonaerense ha delegado en el municipio funciones de policía en materia de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación, pero en modo alguno la facultad de regular el comercio desde la perspectiva económica, tales como la competencia en el mercado, y sus efectos sobre el empleo y la desocupación. Precisamente, el cuerpo normativo impugnado ha sido dictado excediendo la competencia constitucional atribuida al Cuerpo Deliberativo, toda vez que reglamenta la «libertad de comercio» garantizada por el art. 27 de la carta Magna provincial. Siendo que la comuna carece de competencia reglamentaria en la materia abordada, juzgo que la ordenanza de marras ha impuesto una irrazonable restricción a la libertad de comerciar, y por ende, resulta violatoria de los arts. 27, 57, 191 y 192 de la Constitución provincial. Destaco que no se discute la potestad jurídica de los municipios de limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con el fin de asegurar el bienestar general, así como para fijar zonas para desarrollar determinados tipos de actividad comercial, toda vez que el crecimiento de los centros urbanos y la necesidad de que en los asentamientos de población que se van formando se provea un adecuado desenvolvimiento futuro, impone la adopción de una serie de medidas que tiendan a establecer un verdadero «plan regulador», propendiendo a que los centros de población vivan y se desenvuelvan de conformidad con las exigencias de seguridad, moralidad, higiene, etc., priorizando la calidad de vida de sus habitantes. Empero, amén de su apego a la legalidad, el ejercicio del poder de policía municipal ha de ajustarse a un criterio de razonabilidad (causa B. 53.836 citada), y no debe extralimitarse a funciones ajenas a su competencia.» responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales» (art. 25), correspondiendo «a la función 45 SCJBA, causa I. 2132, Carrefour Argentina S.A. contra Municipalidad de la Plata. Declaración de inconstitucionalidad. Medida cautelar, 14-IV-2004.

46 SCJBA, causa B. 53.836, Cadegua Sociedad Anónima contra Municipalidad de Junín. Tercero: Sociedad Belgrano para la Protección de la Niñez. Demanda contencioso administrativa, 21-III-2001.

47 Nuevamente en voto esclarecedor, el Dr. Negri, sostendrá: «En la primera se ha consagrado el reconocimiento de la autonomía municipal (art. 123) que implica, más allá de la falta de actualización de la Constitución provincial en ese aspecto, un giro interpretativo a propósito del tema en cuestión. El criterio de competencia exclusiva y excluyente de la Provincia sobre la regulación del juego de azar denominado «Bingo» debe ceder y flexibilizarse so riesgo de negar toda intervención a las comunas en esferas que le son propias e inherentes conforme manda la Constitución provincial en orden a la administración de los intereses y servicios locales (art. 190) así como a la materia de policía (cfr. art. 192 incs. 4, 6 y ccs.). 2. En efecto, cabe recordar que el principio hermenéutico sobre la competencia provincial regulatoria del juego de azar Bingo, tuvo su origen en una situación diferente de la actual. Se trataba de la falta de una reglamentación de ese juego a nivel de la Legislatura provincial y de su paralela autorización por muchas Municipalidades. En consecuencia, habían proliferado distintos regímenes locales asfixiando cualquier intervención uniforme por parte de la Provincia, circunstancia que, a tenor del tipo de actividad, no se presentaba en esas condiciones, razonable. Al expedirme en la causa «Club Atlético Brown» (I. 1135, sent. 27IX1994), voto al que se adhirieron los otros miembros del Tribunal, expresé que la materia en tratamiento «es de aquéllas que están sometidas por su propia naturaleza a limitaciones y controles por parte de la autoridad, habida cuenta que el juego de azar o, mejor dicho, la explotación de cualquier clase de juego constituye una actividad que puede ser meramente tolerada por el Estado»; y también sostuve que «la decisión de clausura que en el caso se cuestiona, obedeció...a la necesidad de preservar

das por los Gobiernos de Facto, que regularan el procedimiento administrativo municipal o la contratación de obra pública municipal, encontramos que si bien se sostiene dialécticamente una postura favorable al respeto de ciertas facultades municipales, lo decidido se opone diametralmente, enrostrando una realidad que demuestra Municipalidades de Delegación, cuyos poderes son recortados en forma constante, sobre la base de las conveniencias provinciales.

2. CUESTIÓN DE RÉGIMEN INSTITUCIONAL – Partidos Políticos

Podríamos quedarnos con el repaso previo de cuestiones vinculadas a decisiones institucionales y dar por terminado el trabajo en curso, señalando en consecuencia serias violaciones actuales y presentes al régimen autonómico municipal estipulado en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994; pero el mismo carecería de una explicación al menos tangible, ya no decimos de sus causas históricas⁴⁹ sino del porqué de la continuidad del fenómeno. Y aún ingresando en este desafío, podríamos reducir nuestro comentario a sostener que se trata de la fuerza de la historia, la tradición institucional o simplemente, el destino. Pero entendemos, que más allá de ser la costumbre una clave importante en la continuidad de ciertas prácticas y de tratarse la resistencia al cambio de una fuerza de peso contra toda innovación, existen razones claves que deben encontrarse en el marco de los partidos políticos y su funcionamiento y es sobre esta cuestión que queremos realizar algunas apreciaciones adicionales.

el orden y las atribuciones de la Provincia para regular lo atinente a juegos de azar, frente a una situación de proliferación de salas dedicadas a la explotación del Bingo sin que la autoridad provincial hubiese autorizado esa clase de juego».3. La aludida situación cambió con la regulación y virtual autorización de la actividad objeto de debate, que fue legislada por la Provincia ley 11.018 y reglamentada mediante el decreto del Poder Ejecutivo 5309. Tales normas se refieren a la autorización en el ámbito provincial del funcionamiento y explotación del juego de azar denominado lotería familiar, lotería familiar gigante o «Bingo», previendo la habilitación de 32 salas de juego en distintos lugares del territorio bonaerense.

La autorización legal de los juegos de azar no significa alteración de su carácter de actividad meramente tolerada, como se dijo, y sometida como tal a estrictas limitaciones y controles severos que deben ser rigurosamente respetados.»

48 «En ese contexto las facultades de los municipios se hallan determinadas no sólo por el constituyente sino también por el legislador, pudiendo serles atribuidas en forma exclusiva o en concurrencia con otros entes territoriales o servicios estatales, como propias o delegadas por el Estado provincial. Cabe distinguir entonces entre las potestades públicas (la función) y los cometidos o actividades concretas (la materia) que pueden ejercer los gobiernos municipales. La función legislativa (el poder jurídico de dictar normas de carácter general y por tanto obligatorias para sus habitantes, como las ordenanzas) sólo puede ejercerse respecto de ciertas actividades de interés local y dentro del ámbito de su competencia (cf. Sayagués Lazo, «Tratado de Derecho Administrativo», Montevideo, 1953, l252; Martins, Daniel, «El municipio y su problemática contemporánea (facultades y atribuciones del Gobierno municipal)», Revista El Derecho, t. 116, 6l1986). Así, la Constitución provincial atribuye a las Municipalidades «la Administración de los intereses y servicios locales» y luego enumera en forma no taxativa: «ornato y salubridad, beneficencia, asilos de inmigrantes, cárceles locales, vialidad pública, administración de bienes raíces municipales, energía eléctrica y obras de mejoramiento» (arts. 190, 192 inc. 4º y concs., texto actual). Consecuentemente, el art. 25 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece: «Las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, educación, protección, fomento, conservación y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales». A su vez, en el marco de su función deliberativa, corresponde al municipio reglamentar «la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales en la medida que no se opongan a las normas que al respecto dicte la Provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales» (art. 27 inc. 1º), y «la habilitación y funcionamiento de espectáculos públicos; como asimismo la prevención y prohibición del acceso para el público, por cualquier medio, a espectáculos, imágenes y objetos que afecten la moral pública, las buenas costumbres y los sentimientos de humanidad, particularmente cuando creen riesgos para la seguridad psíquica y física de los concurrentes o de los participantes» (art. 27 inc. 16), en tanto en el capítulo de los recursos municipales prevé la percepción de «patentes de billares, bolos, bochas, canchas de pelota y otros juegos permitidos; rifas autorizadas con fines comerciales; teatros, cinematógrafos, circos y salas de espectáculos en general» (art. 226 inc. 9º) y «cualquier otra contribución, tasa,

El esquema de funcionamiento de los Partidos Políticos, actualmente vigente en las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires⁵⁰ se basa en aquél que proveen los grandes partidos nacionales, los cuales son de carácter centralista. Es así que entendemos, las pautas del federalismo argentino traídas del modelo constitucional de los Estados Unidos, se han visto trastocadas por una tendencia centralizante hacia lo provincial y nacional. A diferencia de lo que ocurre con otros sistemas institucionales en el derecho comparado,⁵¹ son normalmente los partidos políticos nacionales⁵² y eventualmente provinciales,⁵³ quienes ejercen el monopolio en la presentación al electorado municipal de candidatos a cubrir los cargos en disputa.

Ello determina, entre otros efectos, que los intereses nacionales y provinciales habrán de tener preeminencia sobre las cuestiones netamente locales. Esta dinámica, que contagia la órbita institucional, genera una serie de efectos, las más de las veces desfavorables para la propia vida del municipio; máxime cuando las personas designadas para ocupar y ejercer las funciones comunales, están más pendientes de sus banderías políticas que de las propias necesidades de sus vecinos.⁵⁴ En este marco, en el que se desempeñan los funcionarios y representantes comunales, es que se explica la constante extrapolación e influencia de cuestiones ajenas a la esfera institucional municipal; lo que a su vez, convierte a la política municipal, en un simple apéndice de la provincial y nacional, desvirtuando las instituciones previstas por el Constituyente.

Ahora bien, si ello de por sí es grave, por cuanto el interés superior de los partidos habrá de desconocer los límites que separan las esferas municipales de los provinciales; se agrava tal efecto, cuando se observa que la mayoría de quienes ocupan cargos públicos electivos, normalmente visualizan a las posiciones municipales simplemente como un peldáneo para cargos provinciales o nacionales, que se perciben como de mayor importancia.

3. CONCLUSIONES

El análisis de la práctica constitucional e institucional desarrollada en la Provincia de Buenos Aires desde 1994 a la fecha, permite hallar poco avance en dirección al cumplimiento de la

derecho o gravamen que imponga la municipalidad con arreglo a las disposiciones de la Constitución» (art. 226 inc. 31, dec. ley cit.). Por lo demás, existen limitaciones a ciertas actividades que resultan de imposiciones fundadas por motivos de seguridad, moralidad, salubridad e higiene. Materia que es propia del gobierno y Administración provincial pero a la que pueden concurrir facultades municipales (arts. 182, t.a., Const. prov. y dec. ley 6769/1958; 25, 27 incs. 1º, 16 y 28, 28 inc. 7º y 108 inc. 5º, con las reformas del dec. ley 9117/1978). No se discute pues la potestad jurídica de las comunas de limitar el ejercicio de determinados derechos individuales con el fin de asegurar el bienestar general, así como fijar zonas para desarrollar determinados tipos de actividad comercial toda vez que el crecimiento de los centros urbanos y la necesidad de que en los asentamientos de población que se van formando se provea un adecuado desenvolvimiento futuro, impone la adopción de una serie de medidas que tiendan a establecer un verdadero «plan regulador», propendiendo a que los centros de población vivan y se desenvuelvan de conformidad con las exigencias de seguridad, moralidad, higiene, etc., priorizando la calidad de vida de sus habitantes.

49 Sobre tal cuestión invitamos al lector a la consulta Tenaglia Iván, *Ley Orgánica Municipal Comentada y Anotada*, Ed. Platense, La Plata, 2000, el trabajo más completo sobre esta cuestión.

50 Remitimos para mayores precisiones sobre el particular, al artículo Saredi Roberto M. y Pulvirenti Orlando D., *La Política desde la Política*, Revista Rap (ver <http://www.revistarap.com.ar>).

51 Es particularmente ejemplificativo el sistema legal norteamericano en el que se prohíbe a los partidos políticos nacionales y estatales participar con candidatos propios en los comicios municipales, que se llevan además en distinta fecha.

52 Casos del Partido Justicialista, Unión Cívica Radical, ocasionalmente el MID, UCD, FREPASO, ARI, entre otros.

53 Movimiento Popular Neuquino, el Partido Autonomista de Mendoza, entre otros.

54 No sin sorpresa, por la extrema similitud del planteo efectuado con la realidad de los municipios bonaerenses, hemos leído un reciente artículo que ilustra sobre una realidad muy similar en el Estado de Oaxaca en México, es así que afirma el diputado Rey Morales Sánchez, del Congreso de Oaxaca, que: «por parte del gobierno de estado hay un autoritarismo que quiere controlar a los municipios por medio de delegaciones del Gobierno...quienes están en las delegaciones de Gobierno son los próximos candidatos a diputados federales y o estatales. Se trata de un espacio que es aprovechado para el control y para el lanzamiento de candidaturas a niveles superiores», Morales Sánchez, Rey, *Reforma política electoral y relaciones con el Ayuntamiento*, Congreso de la UNAM 2002.

manda de la norma suprema del ordenamiento jurídico argentino. La lectura de los sucesivos fallos dictados por el máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires a la fecha, en los cuales se trataron cuestiones íntimamente vinculadas a las facultades municipales vis a vis la Provincia, demuestra que si bien se expresan en muchos casos argumentos favorables a la autonomía y se efectúan declamaciones semánticas, en sus consecuencias prácticas permiten la continuidad en la tradición de la autarquía municipal.

4. LA SITUACIÓN OPERATIVA

Puede señalarse que en las páginas anteriores no se ha hecho otra cosa que un análisis descriptivo. Aceptamos tal posible crítica, por cuanto la idea de un manual es no hacer ejercicios teóricos. El tema como puede verse es demasiado complejo y no quisiera incurrir en defecto de sumarme a un estéril debate conceptual, en el que huelgan los términos y se olvida la esencia.⁵⁵ Decimos esto por cuanto la tendencia a incurrir en abstracciones de gabinetes, culmina por darnos una muy pálida visión de la realidad. En consecuencia, mientras mucho se discute sobre qué es autonomía o autarquía y a veces no dudan nuestros representantes en plasmarlos en legislaciones positivas, luego la marcha de las cosas tornan esos textos legales en meras declamaciones.

Ello es evidente, cuando no encontramos demasiadas diferencias en el funcionamiento efectivo de municipios de convención que rigen en otras provincias y el régimen comunal que está vigente en la nuestra. Factores tales como la incidencia de los partidos políticos, caudillismos que no reconocen de fronteras territoriales municipales, entre otras, borran esas distinciones.

Dejando en consecuencia el análisis respecto de los términos «autonomía o autarquía», la pregunta básica que nos hacemos es qué compete conceptualmente al municipio y qué a la provincia. Podemos afirmar que es provincial todo aquello en lo que existe un interés general que excede al de una mera localidad, mientras que sería municipal, cuando el asunto alcanza un tema de índole puramente local.⁵⁶ Claro está que es muy difícil establecer cual es la frontera exacta o cuándo algo es local y en qué momento deja de serlo. Numerosos son los ejemplos que ilustran tal extremo.

Pensemos en los incidentes acaecidos durante las sucesivas inundaciones que afectaron la cuenca del Salado en la Provincia de Buenos Aires. No fueron pocas las ciudades que directamente o mediante autorización a sus habitantes construyeron canales de agua cuyo efecto agravaba la situación de los partidos convecinos. O el caso, del dictado de ordenanzas y ahora de ley provincial ordenando cierre de negocios bailables a una determinada hora; tal el caso, de Junin, que lo fijó a las 2 de la mañana para días viernes y sábados y a las 3 para los domingos. Tal Ordenanza motivó un traslado masivo de los concurrentes a negocios de ciudades y localidades vecinas, por medio de la cual se impone a todas las empresas que ejecuten obras públicas o que concesionen servicios con la citada ciudad a contratar el 70% del personal entre los residentes en la misma.⁵⁷ La inquietud probablemente es razonable

57 Esta Ordenanza en particular como otras dictadas en consecuencia no presentan antecedentes judiciales de cuestionamiento en nuestro País, sin embargo existen numerosas situaciones similares en los Estados Unidos, jurisprudencia que en muchos supuestos ha sido seguida por el Supremo Tribunal Nacional para solucionar situaciones inéditas. Sobre el particular las Cortes del País del norte no han definidos criterios

58 Lo dicho no sólo es válido para nuestro país, hemos tenido oportunidad de ver, como en los Estados Unidos, Coral Gables (Florida) procedió a cerrar la mayor parte de sus calles que se comunican hacia Miami, sustentando que el tránsito de los Miamenses causaba ruido e inconvenientes a sus vecinos votantes. Sin embargo, ¿qué pasaría si la ciudad de Miami, reacciona de igual medida y luego le siguieran en orden sucesivo las demás comunidades? Es diáfano que lo que se inició como un problema local se habrá convertido en uno regional.

59 Briffault Richard, *Our Localism: Part II - Localism and Legal Theory*, Columbia, Columbia Law Review, 1990, Pp. 346-454, refiere básicamente al problema cada vez más importante en el país del norte originado en la tensión entre las ciudades y los suburbios, toda vez que necesariamente las políticas adoptadas en la primera impactan en la se-

desde un punto de vista local, independientemente de que pueda originar una serie de dudas acerca de la procedencia de una medida que puede conculcar algunos derechos del trabajador. Sin embargo, la próxima pregunta que aparece es qué es lo que ocurre si distrito tras distrito adoptan similar política de manera tal que Florencio Várela, Quilmes, Berazategui o Magdalena, por citar partidos vecinos, adoptan resoluciones de igual talante. No cabe dudas de que lo que apareció como una inquietud meramente local se convirtió en una problemática generalizada y requiere una respuesta distinta.

Es indudable que este fenómeno de afectación de las localidades vecinas como efecto tangencial de la política adoptada por una ciudad contigua no deja de ser una constante de la externalidad de tales posturas.^{58 59} partidos vecinos, adoptan resoluciones de igual talante. No cabe dudas de que lo que apareció como una inquietud meramente local se convirtió en una problemática generalizada y requiere una respuesta distinta.

Es indudable que este fenómeno de afectación de las localidades vecinas como efecto tangencial de la política adoptada por una ciudad contigua no deja de ser una constante de la externalidad de tales posturas.^{58 59}

5. COMPETENCIAS DEL DEPARTAMENTO DELIBERATIVO EN SU COTEJO CON EL DEPARTAMENTO EJECUTIVO.

La división de competencias, no se agota en un sentido vertical -Nación, Provincia, Comuna sino que se establece a nivel horizontal entre los Departamentos Deliberativo y Ejecutivo del Gobierno municipal. El tema ofrece ribetes particulares, entroncando con las ideas que han conformado la estructura republicana de Gobierno que suponen necesariamente la división de poderes, con el clásico ejemplo de las balanzas y contrabalances, pesos y contrapesos. Lo dicho si bien puede parecer una verdad de perogrullo a nivel de estudios del Estado Nacional y Provincial, no ha resultado ni tan claro ni tan preciso cuando se ha estudiado a nivel comunal.

Por cierto, aún existen diversas constituciones provinciales que permiten formas de Gobierno, como por ejemplo la de comisión, en las cuales facultades ejecutivas y deliberativas aparecen en manos de los mismos titulares y sin que se encuentren claramente diferenciadas. Sin perjuicio de ello, en nuestro esquema de la Provincia de Buenos Aires, han calado profundamente las ideas de Lisandro de la Torre y otros autores, que han insistentemente sostenido la idea de la «República Municipal:» en la cual es dable de exigir a cualquier municipio al adopción de una estructura en la que se distinga en su Gobierno no sólo un Poder Ejecutivo

gunda. Ello ha originado lo que se denomina conciencia de NIMBY (Not in my Back Yard) o lo que es lo mismo, no en mi patio. Es así que puntualmente el autor describe el caso del rechazo a la construcción de basureros, barrios para obreros, refugios para pobres o casas de convalecencia para enfermos de Sida. Lo más curioso es que a pesar de parecer una realidad muy distante, nos encontramos con esta misma situación en nuestros municipios. Recientemente se expidió la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata respecto de la irrazonabilidad de una ordenanza de la Municipalidad de Rosales que prohibía la instalación de plantas de tratamiento de residuos en su localidad, el Tribunal le mencionó que de seguirse esa tesitura por todos los municipios de la Provincia, no habría cómo dar solución al problema. CACAdm. La Plata, causa 87, Suelos Ecológicos c. Municipalidad de Coronel Rosales, 22-V-2007. Es así que en «White v. Massachusetts Council of Constr. Employers, Inc. 460 U.S. 204, 103 SCT 1042, 75 L.Ed. 2d 1 (1983), se expresó que la Ley del Estado de Massachusetts por medio de la cual se establecía un porcentaje mínimo de residentes en el distrito no afectaba la cláusula de libertad de comercio. Por el contrario la misma Corte llega a una conclusión dudosa en «United Bldg. & Constr. Trades Council of Camden County and Vicinity v. Mayor & Council of City of Camden», 465 U.S. 208, 104 S.Ct. 1020, 79 L.Ed. 2d. 249 (1984), sostuvo que la ordenanza de Camden por la cual se exigía que el 40% de los empleados tomados por las contratistas y subcontratistas de la Municipalidad en Obras Públicas fueran residentes de la ciudad posiblemente violaba la cláusula de Privilegios e Inmunidades de la Constitución Norteamericana. En el caso la Corte sostuvo que la única forma de evitar tal conflicto residía en que la Ordenanza respondiera a verdaderas y justificadas cuestiones locales, tales como falta notoria de empleo u otras. Sobre el particular puede leerse: Barbash, Court Upholds Cities Rules on Job Residency, Wash. Post, March 1, 1983, A-i.).

y uno Legislativo, sino que también un Poder Judicial. En tal sentido, siendo que la Constitución Provincial y la Ley Orgánica han receptado la división de Poderes, en los primeros dos supuestos, han omitido establecer una exigencia de un poder judicial independiente a nivel comunal.⁶⁰

6. LAS DISTINTAS POTESTADES LEGISLATIVAS, REGLAMENTARIAS, rPRE-SUPUESTARIAS Y DE CONTROL

De acuerdo al análisis que efectuaremos en este capítulo, competen al HCD de las Municipalidades una serie de atribuciones y facultades en base a las cuales se estructuran sus actividades. Básicamente sus atribuciones son distinguidas por los artículos 24 a 67 de la LOM, en las siguientes categorías que resumizaremos de la siguiente forma:

6.1. LEGISLATIVAS

Como aspecto esencial de la tarea del HCD se encuentra la creación y sanción de las normas que han de regir en el ámbito local, es decir tiene una función claramente normativa. Esta competencia es de exclusividad y no concurrente con las del Departamento Ejecutivo. Ello supone en este punto una distinción clara entre el poder de legislar y el de aplicar la norma, (artículo 24 LOM).

Un aspecto sobre el que no se ha hecho demasiado hincapié radica en la potestad del HCD de dictar los propios códigos de procedimiento administrativo municipal y el régimen de contratación. Estas dos materias se encuentran actualmente reguladas como un resabio de la dictadura militar⁶² a través de las Ordenanzas Generales 267 y 165. Pocas municipalidades a pesar de su potestad sobre el particular, se han atrevido a alterar esas normas, destacándose tal vez las de Moreno o Tigre que han dictado sus propias disposiciones.⁶³ El artículo 25 LOM intenta brindar una enunciación de las áreas en las cuales tiene competencia para actuar el HCD. La misma contempla una amplia gama de aspectos tales como sanidad, asistencia social, moralidad, cultura, entre otras.

El artículo 26 LOM completa el concepto sobre la eficacia de las normas comunales, al autorizar al HCD a establecer en sus ordenanzas distintos mecanismos y sanciones tendientes a obtener el cumplimiento de las mismas. Es así que permite disponer inspecciones, vigilancias, desocupaciones, demoliciones, restricciones, secuestros, allanamientos y arrestos.

60 En este sentido reiterados fallos de la Excm. Suprema Corte de Justicia han entendido que la Justicia de Faltas comunal, no asume en realidad tal carácter no cesando en ningún momento de poseer el carácter de organismo administrativo, ejerciendo función jurisdiccional. Así se ha dicho SCJBA, Pizarro, Ana María c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda Contencioso Administrativa que «Los Juzgados que componen la Justicia Municipal de Faltas no integran el Poder Judicial de la Provincia y las funciones que ejercen y el grado de independencia con que el legislador los ha dotado no alteran su calidad de órganos administrativos municipales» (AYS Tomo 1988-1 Pg. 688), decidiéndose en igual sentido en autos SCJBA, D'Angelo Rodríguez, Aníbal c/ Municipalidad General Sarmiento s/ Demanda Contencioso Administrativa, A.Y.S. Tomo 1988-1, P. 688.

61 Cabe indicar que la SCJBA, dijo sobre el particular «Las ordenanzas municipales dictadas en épocas de gobierno de facto tienen validez y vigencia con los mismos efectos que las constitucionales hasta tanto no sean derogadas por el orden constitucional subsiguiente.» SCJBA, causa B 52137 S, Sociedad Cooperativa de Transporte Automotor Litoral Limitada -SCTALL- c/ Municipalidad de San Nicolás s/ Demanda contencioso administrativa, 1-IV-1997, DJBA 153, 27

62 HTC, Municipalidad de Marcos Paz, Delegación XI, Expte. 5300-564/07, 04-IX-2007, «Consulta: Si es posible llevar a cabo la modificación que se aconseja a fin de equilibrar el ordenamiento jurídico municipal con la Ley Orgánica de las Municipalidades. Concretamente, se eleva un proyecto de ordenanza mediante el cual se modifican distintas pautas de la Ordenanza General de Obras Públicas Municipales N° 165/73. Respuesta: En primer término, cabe señalar que los Concejales Deliberantes tienen plena facultad para modificar las denominadas Ordenanzas Generales respetando el marco de la normativa vigente en el ámbito municipal; ello en función de que las mismas fueron dictadas por el Poder Ejecutivo Provincial en ejercicio de las facultades de los Departamentos Deliberativos durante los gobiernos de facto.

En la página web del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, cuando expone el texto de las normativas en cuestión (ver expresamente la N° 165/73), muestra una aclaración que hace referencia a sendos dictámenes de la Asesoría General de Gobierno que son concordantes con la conclusión indicada en el primer párrafo. A foja 2 de las presentes actuaciones se agrega un dictamen de la Subsecretaría de Asuntos Municipales que expone idéntico criterio. Analizando puntualmente las modificaciones propuestas en el proyecto agregado a fojas 3/4, se entiende que las mismas son factibles

6.2. REGLAMENTARIAS.

El artículo 27 de la LOM define el cúmulo de atribuciones que constituyen el núcleo del ejercicio del Poder de Policía Municipal. La cuestión se encuentra hondamente vinculada con el propio centro de las actividades municipales y obedece a la determinación de aquellas áreas específicas en las que la comuna dicta normas, regla y ejerce controles.

El primer aspecto para destacar de esta enunciación de facultades es que los incisos 1°, 2°, 6°, 9°, 14°, 18°, 20°, 21°, 22° del artículo citado dejan en claro en base a una reiteración de lo ya expuesto por el artículo 25 LOM que las competencias municipales son de carácter residual y que pueden ser ejercidas en la medida en que no contradigan las facultades, resoluciones y/o legislación nacional o provincial. En cuanto al carácter de la enumeración que hace el artículo 27 LOM en cuanto a las atribuciones reglamentarias municipales, la misma es meramente enunciativa y no taxativa, toda vez que el inciso 28°, se encarga de manifestar que la larga lista descripta no empece la posibilidad de establecer reglamentaciones sobre alguna de las materias que abre el artículo 25° de la LOM. Obvio es, con los límites que imponga el orden jurídico nacional y provincial.

6.2.A. Radicación, habilitación y funcionamiento de establecimientos comerciales e Industriales.

Estas facultades se encuentran dentro de las típicas referidas al ejercicio del poder de policía. El poder de policía se caracteriza por su naturaleza puramente normativa, y por la facultad legítima de regulación de la libertad con actos de carácter general e impersonal, y con fines de convivencia social, en ámbitos ordinarios y dentro de los términos de la salubridad, moralidad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen. En el ejercicio del poder de policía y a través de la ley y del reglamento superior se delimitan derechos constitucionales de manera general y abstracta y se establecen las reglas legales que permiten su específica y concreta limitación para garantizar los elementos que componen la noción de orden público policivo, mientras que a través de la función de policía se hacen cumplir jurídicamente y a través de actos administrativos concretos, las disposiciones establecidas en las hipótesis legales, en virtud del ejercicio del poder de policía.

A efectos de diferenciar esa facultad reglamentaria de la función policial, respecto de la segunda, puede decirse que es la atribución y el ejercicio de competencias concretas asignadas de ordinario y mediante el ejercicio del poder de policía a las autoridades administrativas de policía; en últimas, esta es la gestión administrativa en la que se concreta el poder de policía y debe ser ejercida dentro de los marcos generales impuestos por la ley. Para ponerlo en concreto, mientras que las reglamentaciones ordenatorias de tránsito que pudiera dictar el HCD constituyen el ejercicio del poder de policía, su ejecución funcional en la

en virtud de ajustarse a la normativa vigente. Particularmente, el porcentaje del 60% pautado en los artículos 2° y 3° del proyecto para determinar el límite de las adhesiones, es concordante con el establecido por el artículo 132 de la Ley orgánica según el texto de la Ley N° 10706. Con relación a la derogación del artículo 18 de la Ordenanza General 165/73 que establecía que «...No podrá autorizarse por este régimen la realización de obras cuyo plazo de ejecución exceda de sesenta (60) días o tengan una extensión superior a diez cuadras, según las características de la obra que se trate...», el inciso g) del citado artículo 132, si bien establece que podrá adoptarse la modalidad de contratarse entre vecinos y empresas, siempre que no se excedan el volumen ni plazo, dichas limitaciones no están precisadas puntualmente en texto legal alguno, razón por la cual se entiende que las municipalidades tienen amplias facultades para determinarlos en su normativa local.

63 AGG, Expte. 2145-9903/98 «Estímase que quienes se dediquen a la actividad de almacenamiento, clasificación, limpieza y secado de granos deberán cumplir para su funcionamiento con los requisitos constructivos y técnicos mínimos enumerados en el artículo 1 del Decreto N° 890/98, cualquiera fuere el lugar de radicación erritorial del establecimiento. En cuanto al juzgamiento y penalización de las infracciones en que pudieren incurrir quienes exploten los establecimientos dedicados a aquella actividad excluida de los alcances de la Ley N° 11.459 y Decreto N° 1741/96, correspondería inte rvenir a la Justicia de Faltas Municipal, por cuanto también resulta competente para el juzgamiento de las faltas a las normas provinciales cuya aplicación corresponda a las Municipalidades, en aquéllos casos que no se cuente con un régimen sancionatorio propio (art. 1°, Decreto Ley N° 8751/77, T.O. Decreto 8526/86, modificado por Ley 11.723). Por último, respecto al carácter de autoridad de aplicación que el Decreto N° 890/98 asigna a las Municipalidades, este Organismo Asesor considera que no colisionaría con las

práctica corresponderá a una policía de tránsito que actuará conforme a esas normas.

Se admiten como caracteres de esa función, el de ser inalienable, en tanto no puede ser transferido por contrato o concesión; razonable, en tanto no puede exceder los motivos de necesidad o interés público, de hacerlo induciría a pensar en un poder arbitrario, contrarios al régimen de derecho; debe ser justo, equitativo y conveniente y ser general, en el sentido de evitar excepciones que quiebren su aplicación igualitaria.

Tal como ha dicho la Corte de la Provincia cuando se controvierten los alcances de las potestades reglamentarias de un municipio, «debe partirse de un supuesto fundamental: el poder de policía no es absoluto, y así lo ha adoctrinado esta Corte desde hace mucho (ver «Acuerdos y Sentencias», 1965III713) y lo ha ratificado más recientemente (I. 1302, sent. del 5XII1989; «Acuerdos y Sentencias», 1989IV549), reflejando prístinas interpretaciones de normas constitucionales, tanto de la Nación como locales. La consideración de tal supuesto trae diversas consecuencias sobre la cuestión traída a nuestra decisión: por una parte, queda claro que los poderes reglamentarios o de policía de una municipalidad, no pueden extenderse más allá de su jurisdicción territorial; por otra parte, ya en lo sustancial, la reglamentación deberá razonablemente atender al orden público y asegurar el bienestar general, único caso en que podrá limitar los derechos de los particulares.»⁶⁴

Cabe indicar que como toda competencia, no sólo es una potestad a ejercerse dentro de límites estrictos de legalidad y razonabilidad, sino que además será un deber concreto de la Municipalidad, siendo responsable también por sus eventuales omisiones en ese sentido.⁶⁵

Respecto de la habilitación, ha dicho la Suprema Corte de la Provincia que es «el acto de la administración policial mediante el cual se reconoce el cumplimiento de las condiciones impuestas por la reglamentación en razón del interés o la necesidad colectiva. Con una decisión favorable el interesado queda facultado para desplegar cierta actividad implicando la remoción de un obstáculo legal para dicho ejercicio.»⁶⁶

Cabe indicar que en esta materia como en otras observadas, las facultades municipales pueden ser concurrentes y en lo que nos parece aún más grave en términos de autonomía, ha entendido la Corte Provincial que siempre son esas potestades delegadas por la Provincia; lo que implica necesariamente que pueden ser reasumidas en cualquier momento.⁶⁷

Ahora bien, con relación a la materia de habilitación, radicación y funcionamiento de establecimientos comerciales e industriales, queda claro que la potestad reglamentaria munici-

Leyes 5965 y 11.720, ni con sus respectivas normas reglamentarias, sino más bien, complementa las atribuciones de las autoridades provinciales de aplicación, atendiendo para ello a la facultad reconocida a los Municipios para constatar las alteraciones ambientales y los inconvenientes generados en el ámbito local por los ruidos, material particulado y proliferación de vectores. Además, la Ley Orgánica de las Municipalidades prevé para la radicación, habilitación y funcionamiento de establecimientos y lugares de acopio y concentración de productos, la coordinación de su competencia constitucional con las atribuciones provinciales (arts. 25 y 27 incs. 1 y 6, del Decreto Ley n° 6769/58 y sus modificatorias).»

64. SCJBA, causa Ac. 83.412, Di Giacomo, Brenda Natalia contra Municipalidad de Bahía Blanca. Acción de amparo, 06-X-2004.

65. Cám. Nac. Civ., sala «F», 7/9/80, L. L., t. 1981-A, p. 198; E. D., t. 91, p. 455. Se trataba de la función de policía edilicia regulada por la ley 1260, poniéndose de relieve que la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires no tiene solo atribuciones en virtud de esa ley, sino que se le han impuesto - fundamentalmente- deberes para facilitar su cumplimiento. En sentido concordante se ha resuelto que las funciones de policía de sanidad involucran un deber y un derecho a la vez.

66. SCJBA, causa B. 56.460, Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires contra Municipalidad de Lomas de Zamora. Demanda contencioso administrativa, 30-VIII-2000

67. «Si bien es cierto que las municipalidades pueden adoptar medidas de policía en sus respectivos ámbitos territoriales, esa competencia como lo señala el Sr. Asesor General de Gobierno se ejerce por delegación, pudiendo la Provincia limitarla en pos del dictado de normas de alcance general para todo el territorio bonaerense como es el caso de la ley 11825. Pues bien, en este contexto, no observo que el tramo normativo impugnado en cuanto establece una limitación para la comercialización de bebidas alcohólicas en los anexos de estaciones de servicio violente las mandas constitucionales referidas.» SCJBA, causa I. 2043, Masil S.R.L. y otras. Inconstitucionalidad, art. 2º, ley

pal se refiere tanto al momento de acordar los permisos necesarios para poder desempeñar alguna de estas actividades; como su control posterior y continuo mientras esa actividad se cumple.⁶⁸

Adicionalmente, en esta materia es usual que se produzcan cambios normativos constantes, muchas veces fruto del cambio del propio urbanismo, por ejemplo cuando la población avanza sobre zonas industriales y éstas comienzan a ser desaconsejadas para que se instalen nuevos emprendimientos o cuando aparecen novedades, tales como puertas mejores para ascensores, o medidas de seguridad nuevas. De hecho, ese constante dictado de normas, genera no pocos problemas, entre otros la ausencia de recopilaciones ordenadas de las mismas que permitan su fácil conocimiento. Hemos notado en numerosos municipios, que esa actualización de disposiciones es realizada por los propios inspectores de habilitaciones, los que aparecen teniendo un conocimiento del que la propia organización municipal carece.

Dada la constante evolución en la materia, es usual que los vecinos se crean con derecho a obtener habilitaciones para establecimientos que tal vez con anterioridad podían ser radicados allí o para los cuales tienen permisos en trámite, pero que todavía no han sido acorda-

11.825, 15-III-2000.

68 Juzg. Civil y Com. N° 14, DJ Mar del Plata, «Brisa Serrana c. Emprendimientos Agropecuarios T.G.T. s. Reclamo contra actos de particulares» impone a la Municipalidad de Balcarce -en ejercicio del «poder de policía» municipal- el deber de velar por cumplimiento de las pautas de seguimiento en la explotación del predio fijadas, para garantizar la calidad ambiental del proceso productivo y del entorno inmediato.

69 Sin embargo, aún en el caso de derechos ya reconocidos se ha admitido que si el cambio de lugar de radicación se debe a razones de orden público, es decir son actos lícitos de la Municipalidad, tan sólo en limitadas condiciones y bajo determinados parámetros se debe indemnizar al perjudicado por la decisión reglamentaria. SCJBA, causa 47.706, Rodríguez Vitorino, Manuel y otro contra Municipalidad del Partido de Merlo. Daños y perjuicios, 05-VII-1996; en esta causa se cuestiona la decisión de la Municipalidad de prohibir por Ordenanza la continuidad de la explotación de suelos para fabricar ladrillos. El dueño de un emprendimiento desafía la clausura que se dispuso sobre establecimiento. Si bien por otras causas el recurso es rechazado, se dice en los Considerandos: «Y es que la perspectiva general de la responsabilidad no puede proyectarse sólo si resulta de los actos ilícitos, sino de la común idea de la lesión como perjuicio antijurídico, ya que el titular de un bien no tiene el deber de soportar el perjuicio, aun cuando su agente causal obre con licitud. El problema fundamental, el verdadero fondo de la cuestión, está en determinar si existió o no lesión. El daño debe ser reparado, porque la desigualdad que comporta debe ser restituida; la obligación de responder en cuanto reparación de un perjuicio no es más que el deber de restituir lo debido a aquél que se ha visto perturbado en el orden que lo justo le asegura como suyo (Olgiati, Francesco, «El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino», ed. Eunsa, Navarra). Para que el Estado responda deben darse una serie de requisitos objetivos: a) que el daño sea efectivo y no posible; b) evaluable económicamente; c) individualizado; d) que sea consecuencia del accionar de aquél; y en el caso de comportamientos estatales lícitos además se requiere: especialidad y anormalidad, en el sentido de que incida sobre ciertas o algunas personas y supere los pequeños daños derivados de la convivencia.»

70 SCJBA, causa B. 54.024, Cantera Gorina S.H. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa, 27-XII-2006. En esta causa los actores reclaman contra la decisión de la Municipalidad de La Plata que ordenó por medio de ordenanza el cese de todas las canteras en el radio de su Partido. La reclamante ejercía esa actividad y sostiene que la medida le causó un daño grave al hacerle cesar en su actividad, reclamando en consecuencia la indemnización por el daño causado. La Suprema Corte acuerda el derecho indemnizatorio. Los fundamentos indemnizatorios radican básicamente en la consideración de que: «2. La cuestión a resolver en autos se circunscribe a determinar si la sanción de la Ordenanza 7362 limitó el derecho a la explotación de la cantera ubicada en las calles 501 y 131, por parte de los actores. En todo Estado organizado la libertad y la propiedad individual están limitadas en beneficio del bien común. El fundamento de las mismas se halla plasmado en nuestro ordenamiento constitucional en el art. 14 de la Constitución nacional el que, al enumerar los derechos de que gozan todos los habitantes de la Nación, agrega «conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio». Dicha restricción se concreta a través del llamado «poder de policía», que es, en resumen, la facultad de reglamentar y, por consiguiente, de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad. Así concebido, como función normativa -reglamentaria- este poder es ejercido dentro de las respectivas atribuciones por los Poderes Legislativo y Ejecutivo y también por las Municipalidades, mediante la sanción de leyes, decretos y ordenanzas respectivamente (conf. causas I. 1018, «Delta Plata», sent. del 5-VI-1979; B. 46.950, «Delco», sent. del 11-II-1980; I. 1583, «Municipalidad de Bahía Blanca», sent. del 8-VII-1997, entre otras). Así el «poder de policía» -o norma de policía- implica en una medida coactiva con arreglo a derecho de manera de compatibilizar los intereses particulares con los de la comunidad, en tanto la «policía» es la puesta en marcha de tal limitación de derechos o imposición de obligaciones, traducidas en potestades jurídicas que el ordenamiento atribuye al Estado. Cabe distinguir entonces entre las potestades públicas (la función) y los cometidos o actividades concretas (la materia) que pueden ejercer los gobiernos municipales. La función legislativa (poder jurídico de dictar

dos. La respuesta jurisprudencial parece clara: salvo que existan derechos ya adquiridos,⁶⁹ es decir, habilitaciones ya acordadas,⁷⁰ si median cambios razonables en la reglamentación anterior, ésta ya no puede ser invocada. Así se ha dicho reiterando a la «Suprema Corte provincial que -ante el reclamo de factibilidad, o habilitación como en este caso- es indudable que, como principio general, si la nueva norma toma la situación existente al tiempo en que es dictada a los efectos de regir las condiciones que permitirían otorgarla, su aplicación resulta lícita, pues no vulnera derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, ya que no se trata de dejar sin efecto una autorización ya concedida sino de evaluar su otorgamiento (art. 3, Código Civil, doct. causa B. 57.019, «Bulus», sent. del 14-5-03, entre otras). Por lo tanto, no cabe admitir que la presentación del pedimento administrativo de habilitación, confiera un derecho adquirido a regirse por la normativa entonces vigente; tal solicitud constituye el acto preliminar que no genera a favor de quien la efectúa ningún derecho de tal naturaleza, máxime cuando está en juego el interés público en la regulación de marras (cfr. doct. S.C.B.A., cit.).»^{71 72}

6.2.B. Urbanismo. Los artículos 2° y 3° se enrolan en las facultades municipales de autodefinir su propia organización comunal. Se encuentra este artículo en perfecta coordinación con la facultad que estipula el artículo 28, inciso 7°, que permite a los municipios establecer sus propias zonificaciones. Sin perjuicio de la conexión existente, es claro que los artículos 2° y 3° refieren a la inveterada facultad municipal de poder disponer el trazado de sus calles, e disponer sobre la conservación de las calles, caminos, puentes, túneles y paseos públicos.⁷³

En tal sentido, tanto la afectación como la eventual desafectación y venta de calles corresponde al propio HCD.⁷⁴ Ahora bien, la solución que propone la AGG, es distinta cuando lo que se pretende concretar es la transferencia de una calle pública a un club de campo, en tal caso, amén de los pasos formales municipales que se han descrito; es necesario obtener una autorización por parte de la Provincia de Buenos Aires en virtud de la ley de uso del suelo.⁷⁵ Por otra parte pareciera necesario distinguirse dos etapas, por un lado la afectación del bien al dominio público y por otro lado, la apertura de la calle al uso público; toda vez que esto supone analizar la posibilidad municipal de colocarla en condiciones operativas de transitabilidad y garantizar la misma.⁷⁶ Una situación particular se ha ido generando en

normas de carácter general y por tanto obligatorias para sus habitantes, como ordenanzas) sólo puede ejercerse respecto de ciertas actividades de interés local y dentro del ámbito de su competencia (conf. Sayagués Laso, «Tratado de Derecho Administrativo», Montevideo, 1953, I-252). En efecto en nuestro derecho público provincial, la Constitución atribuye al régimen municipal «la Administración de los intereses y servicios locales» y luego enumera en forma no taxativa: «ornato y salubridad, beneficencia, asilos de inmigrantes, cárceles locales, vialidad pública, etc.» (arts. 190 y 192, Const. prov.), atribución que implica la de «votar anualmente su presupuesto y los recursos para costearlo» (arts. 192 inc. 5to.). Consecuentemente, la Ley Orgánica de las Municipalidades - dec. ley 6769/1958 - estatuye que la sanción de las ordenanzas deberán responder a los conceptos de ornato, sanidad, asistencia social, seguridad, moralidad, cultura, etc. y demás estimaciones encuadradas en su competencia constitucional que coordinen con las atribuciones provinciales y nacionales (art. 25, L.O.M.; doct. causas B. 57.195, «Droguería Suizo Argentina S.A.», sent. del 14-VI-2000; B. 53.836, «Cadegua S.A.», sent. del 21-III-2001, entre otras). La autoridad comunal tiene legalmente asignada la potestad de reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales y su zonificación (arts. 27 inc. 1° y 28 inc. 7° del decreto ley 6769/1958). En virtud de tal autoridad, las Municipalidades pueden válidamente establecer restricciones al funcionamiento de actividades industriales en ciertas zonas -que pueden alcanzar a todo el territorio del Partido- en virtud de que conforme a un razonable criterio su instalación o subsistencia no convenga al interés público (doct. causas I. 1020, «Malbrán», 28-VIII-1979; B. 47.740, «García Riera», sent. del 26-II-1980; B. 48.528, «Caniglia», sent. del 26-X-1982), pero ello no las exime de indemnizar, en caso de que se lesione una situación jurídica anteriormente adquirida al amparo de la normativa anterior, como lo es una habilitación para funcionar.» Así se ha reconocido la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, el cual contrae la obligación de responder por las consecuencias dañosas de tal actividad, con fundamento en los postulados del Estado de Derecho (v. cita y remisiones en las causas B. 51.148 y B. 49.386 cit.). Asimismo, afirmé que el alcance de la reparación, en virtud de la conducta antedicha del Estado, se traducía en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado, aclarando que no se refería a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas, ni constituía enriquecimiento sin causa para acceder o una sanción para el responsable. De tal modo, concluí que corresponde indemnizar el lucro cesante reclamado por una lesión de derechos subjetivos de los administrados como consecuencia del ejercicio de una prerrogativa estatal que se funda en principios básicos del Derecho Administrativo, es decir, en la

este tema con la creación de barrios cerrados y particularmente de núcleos urbanos, en los supuestos en que la ley 8912 y sus reglamentaciones, exigen en loteos la cesión obligatoria de espacios al dominio del Estado. Tal cesión que se instrumenta mediante la mera inscripción de los planos – es decir, sin necesidad de escritura pública – supone la intervención del HCD.⁷⁷

Es parte de esta potestad la de disponer medidas tendientes a conservar monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico. El conflicto que puede generar esta norma, no es menor, toda vez que al preservarse características de determinadas construcciones u obras privadas, se puede afectar el derecho de propiedad.⁷⁸ No menos importante es el cambio que ha impuesto la Ley 12.573 en materia de habilitación de grandes superficies comerciales, donde con base en una categorización de municipios de acuerdo al número de habitantes, establece superficies máximas para solicitar se realicen estudios de impacto ambiental.

6.2.C. La imposición de nombres a calles y sitios públicos. Esta facultad se encuentra íntimamente vinculada al principio de que las calles poseen características de dominio público por excelencia, en cuya razón compete al HCD establecer sus nombres. En términos generales, nuestros cuerpos legislativos han ido imponiendo nombres sobre la base de los distintos consensos locales, tratando alternativamente de homenajear personas o acontecimientos de importancia, para el país, la provincia o el municipio. Dicho esto; sin embargo, nadie desconoce la existencia de numerosas sesiones en las que se ha debatido extensamente qué méritos tiene una persona para ser honrada con la designación de una vía

potencialidad que se le reconoce a la Administración Pública de cumplir con los intereses públicos, valorados en cada momento, y por ende, cuando lo estime conveniente ejercitar la facultad extintiva de sus decisiones anteriores. Luego observé que en materia de responsabilidad del estado derivada de sus «actos lícitos», la Corte Suprema nacional se orientaba hacia la admisión del lucro cesante, con fundamento en el principio jurídico de la integridad de la indemnización, apartándose de la clásica hermenéutica que receptaba la aplicación analógica de la solución expropiatoria; si bien -y esto me parece importante destacarlo- la procedencia de dicho rubro la supeditaba a la circunstancia de que «se privare al acreedor de ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas» («Fallos», 297:280; 307:933; 306:1409; t. 149, XXI, «Tecniques S.A. c. Balcón S.A.», sent. del 14 de marzo de 1989), máxime cuando en la materia, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que se arriben no resulte manifiestamente irrazonable («Fallos», 308:1049 y 2612; causas B. 51.148 y B. 49.386 cit.).»

71 Cám.Apel. Cont.Adm. La Plata, Zheng Zhen c. Municipalidad de Berisso s. Amparo, 28-VI-2005.

72 La nueva norma rige desde su entrada en vigencia y es aplicable «aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes» (art. 3 Cód. Civil), principio general que adquiere particular relevancia en este campo del derecho ambiental, caracterizado por la doctrina como disciplina en pleno desarrollo y evolución, dinámica y cambiante», Cafferatta, Néstor A., El principio de prevención en el derecho ambiental, Rev. de Derecho Ambiental, Ed. LexisNexis, N° 0 pág. 9 y ss.

73 En esta posibilidad de definir los usos y el propio destino de ciudad se encuentra uno de los aspectos básicos del concepto mismo de comunidad. Tal como dice Mumford, Lewis, The City in History, Harcourt, Brace & World Inc., Boston, 1971, p. 573, «Debemos concebir la ciudad no primariamente como un lugar de comercio o gobierno, sino esencialmente como un órgano de expresión de la nueva personalidad humana -la del hombre mundano-. La vieja separación entre cultura y naturaleza, entre el hombre de ciudad y del campo, entre el Griego y el bárbaro, entre ciudadano y extranjero, no puede ser mantenida más allá: debido a la comunicación, el mundo entero se está convirtiendo en una aldea global y como consecuencia la pequeña ciudad debe ser planificada como un modelo funcional del mundo entero...»

74 La AGG en el Expediente 2405-4623/94, dice «De acuerdo con la Ley Orgánica (Decreto-Ley 6769/58), la facultad de desafectar bienes del dominio público comunal, es de competencia - del Concejo Deliberante. Ello resulta del análisis antes mencionado del artículo 27, inciso 2°). Una vez desafectado el bien, la venta debe disponerse o autorizarse por ordenanza, dado que el artículo 55 de la L.O.M. establece que es el Concejo quien autorizará las transmisiones de los bienes municipales, y que lo hará por mayoría absoluta del tal de sus miembros, así como también que estas se realizarán de conformidad con lo dispuesto por el artículo 159°, que es el procedimiento de la enajenación. Asimismo, el artículo 158 del mismo ordenamiento dispone que el Departamento Ejecutivo dará cumplimiento a las ordenanzas que establezcan ventas, permutas o donaciones. En consecuencia y en virtud de lo manifestado, es opinión de este Organismo Asesor que, para la eventual venta de calles públicas por parte de la municipalidad de Lincoln, deberán cumplimentarse los recaudos exigidos por los artículos 55 y concordantes de la Ley orgánica de las Municipales (Decreto-Ley 6769/ 58), y aplicar en cuanto fuere pertinente- las modalidades contenidas en los artículos 21 a 27 del Decreto-Ley 9533/ 80 sobre Régimen de Inmuebles del Dominio Municipal y Provincial.»AGG; Compendio de Dictá-

pública, si ésta debe ser un pasaje, una calle o una avenida y mucho más debatido aún, si puede tratarse de una persona aún viva.

Por tal motivo, numerosos HCD han decidido dictar ordenanzas que regulen qué pautas deben ser cumplidas en la designación de una vía pública.⁷⁹ Tampoco puede olvidarse que este tema que parece menor, tiene numerosas implicancias para el vecino, dado que el cambio de nombre, supone información que debe ser modificada en múltiples registros, correo, papelería comercial, entre otras. No es menor además la singular problemática que se irá acrecentando en el ámbito de nuestro derecho, que es la proliferación de Shopping Centers, Countries y suburbios en el sentido norteamericano,⁸⁰ los que paulatinamente sustituyen espacios de dominio público por otros de dominio privado con un uso público o semi-público. La temática por su novedad y complejidad es motivo de otra obra de nuestra autoría de próxima aparición. Sin perjuicio de ello adelantamos, que la facultad de imponer nombres a las calles internas, excepto el caso de que las mismas fueran abiertas al público, compete a los desarrolladores o consorcios o sociedades de propietarios.⁸¹

6.2.D. Estas obligaciones de los vecinos respecto de los servicios de la Municipalidad y de los escribanos con relación al pago de los tributos municipales en ocasión de los actos notariales de transmisión o gravamen de bienes. El artículo en este punto proyecta cierta confusión, por cuanto de lo que se desprende del último párrafo podría concluirse que únicamente hacemos referencias a «obligaciones» de carácter pecuniario que los vecinos deben abonar a la Municipalidad. Sin embargo, esa facultad de imposición está especialmente estipulada en los artículos 29 y 32 LOM. En su consecuencia, si bien contribuiría el contenido de este artículo 27 inciso 5) a dar fundamento legal a las contribuciones que se imponen a los vecinos, asimismo daría origen y justificativo, a otro tipo de obligación carente de contenido económico concreto, tal como exigir al vecino la separación del tipo de basura que se deposita para su recolección por el servicio municipal correspondiente, o bien la imposibilidad de dejar automóviles estacionados en el paso de maquinaria destinada a la limpieza de la vía pública.

menes, P. 99.

75AGG, Expte 6000-600702/97, «En su carácter de titular de los bienes del dominio público, la Municipalidad debe garantizar, en principio, precisamente su uso público, afectándolos al destino que se les hubiere fijado, contando para ello con las facultades que emergen del poder de policía comunal, delegado por la Provincia en virtud de lo dispuesto por el artículo 192 de la Constitución Provincial y el 27 inciso 2 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley N° 6769/58). En consecuencia, para disponer la transferencia de bienes pertenecientes al dominio público municipal, la Comuna debe efectuar una previa desafectación de los mismos, conforme lo establecido por el artículo 9° del citado Decreto Ley N° 9533/80, en cuanto establece que dicha desafectación podrá realizarse «...cuando así corresponda y resulte más conveniente a los intereses de la comunidad, y con observancia de las limitaciones que resulten de la Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo u otras leyes específicas». En cuanto al órgano competente para desafectar bienes del dominio público municipal, este es el Departamento Deliberativo. Ello así, toda vez que el artículo 27 inciso 2 del Decreto-Ley N° 6769/58 dispone que corresponde al Concejo: «El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles...», supuestos que naturalmente incluyen el caso de desafectación de una calle. Ahora bien, si con la iniciativa en trámite lo que se pretende es incorporar un espacio parcelario a la especie «Club de Campo», lindera a la zona cuya transferencia se autoriza considera esta Asesoría General de Gobierno que será insoslayable someter dicha propuesta a la aprobación del Poder Ejecutivo Provincial, en los términos del artículo 83 inciso b) del Decreto Ley N° 8912/77 (T.O. 1987), toda vez que estaríamos en presencia de una ampliación de una Zona Residencial Extra-urbana.» Compendio de Dictámenes, p. 100.

76 AGG, Expediente N°4058-69/04, «La cuestión estriba en determinar el carácter de la atribución municipal de disponer la apertura de una calle cuando ello no resultaría prioritario para el Municipio, sino sólo respecto del vecino solicitante. En torno, a ello, se adelanta que no se indica en estas actuaciones acerca de la existencia de vías alternativas -más allá del acceso por un fundo vecino-, debiéndose agregar que la negativa de los propietarios linderos al corrimiento de los alambres, en principio, no resulta un elemento a considerar en el supuesto de corresponder la apertura de la calle. Hechas tales salvedades, cabe señalar que el carácter dominial de las calles se encuentra regulado en el Código Civil, cuyo artículo 2340 inc. 7) establece que quedan comprendidos entre los bienes públicos «Las calles, plazas, caminos, canales y cualquier otro obra pública construida para utilidad o comodidad común». Las calles o espacios circulatorios son bienes públicos artificiales, y conforme lo dispuesto por los artículos 2344 del citado texto legal y el artículo 1° del Decreto Ley 9533/80, pertenecen al dominio público municipal. En su carácter de titular de los bienes del dominio público, la Municipalidad debe garantizar su uso público, afectándolos al destino que se le hubiere

6.2.E. La instalación y funcionamiento de abastos, mataderos, mercados y demás lugares de acopio y concentración de productos y animales en la medida en que no se opongan a las normas que al respecto dicte la provincia y que atribuyan competencia a organismos provinciales. En esta materia existe concurrencia de normativa de otros niveles estaduales, particularmente las referidas a sanidad animal y mecanismos de control de carnes para exportación.

Adicionalmente respecto de la duda que esta disposición puede generar al reproducir el contenido del artículo 28 inciso 4° LOM, la explicación está dada por el hecho de que el artículo bajo análisis faculta al HCD a reglamentar estas actividades, mientras que el artículo 28, autoriza a disponer la explotación por cuenta y cargo de la comuna.

También es ajustado decir que ese panorama ha cambiado en los últimos años, por cuanto al proceso que se siguió en las décadas de 1980 y 1990 de transferir esos establecimientos al sector privado, ha continuado uno de abandono de muchas de esas instalaciones y de necesidad de los Municipios de redefinir su rol sobre el particular. En algunos supuestos, mediante el pago de subsidios, en otros a través de la cesión del uso de los bienes del dominio público; supuesto distinto del de las concesiones.

En el primer sentido es ilustrativo el dictamen pronunciado por el HTC en «Municipalidad de Castelli»⁸² donde se le consultaba la viabilidad de otorgar por parte de la comuna a una explotación del frigorífico. El caso era el Frigorífico Carnes del Salado, matadero transformado a frigorífico tipo «B». Además se menciona que dicha firma pagó canon, guías, inspección veterinaria, seguridad e higiene y la mano de obra necesaria, invirtiendo en mejoras edilicias que afectaban su economía. El HTC sostuvo que si bien no existían precedentes como el de consulta, en un precedente iniciado por la Municipalidad de Tapalqué, (HTC, Expte. 4111- 018/99), se avaló la decisión de implementar un subsidio a los programas de promoción de empleo privado,

cuando el mismo posea un encuadre generalizado y fin social; solución que podía ser extendida al caso toda vez que se daría trabajo directo a cincuenta familias del partido. Además ello generaría empleos indirectos que movilizan la economía del Partido, beneficios

fijado, contando para ello con las facultades emergentes del poder de policía comunal, delegado por la Provincia en virtud de lo dispuesto por el art. 192 de la Constitución Provincial y art. 27 inc. 2 del Decreto Ley 6769/58, Ley Orgánica de las Municipalidades. Siendo competente para ello el Departamento Deliberativo, toda vez que dicho norma prevé que corresponde al Concejo «El trazado, apertura, rectificación, construcción y conservación de calles, puentes túneles, plazas y paseos públicos y las delineaciones y niveles...». Asimismo, tratándose de cesiones de tierra que obligatoriamente, en virtud de las normas vigentes en materia de fraccionamiento, son realizadas con destino al uso público, su aceptación se entiende concretada al aprobarse por la Dirección de Geodesia el plano de subdivisión que las motiva. El art. 51 del Reglamento de Gestión de Bienes de la Provincia preceptúa: «... los organismos provinciales y/o municipales a quienes les corresponde la administración de las superficies cedidas al notificarse de la aprobación y protocolización del plano, tomarán posesión de las mismas y registrarán su alta en sus respectivos inventarios». No obstante lo cual, y, dado que parte de las subdivisiones que originan las calles en cuestión se habrían efectuado con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley 9533/80, de conformidad a la norma vigente en ese entonces, las superficies cedidas en tal carácter eran provinciales y resultaba necesario que la Provincia aceptara la cesión. Luego, con la sanción del citado Decreto ley 9533/80, tales superficies se incorporaron al dominio municipal, conforme art. 1 ya citado «calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley...Lo reseñado precedentemente lleva a concluir que la apertura de la calle, que fuera oportunamente cedida por los planos ya citados, es atribución del Concejo Deliberante, en la medida en que una vez determinado su destino de calle, será necesario que dicte la pertinente ordenanzas por la cual se la libre al uso público. Ahora bien, retomando el interrogante inicial relativo a determinar el carácter de tal atribución, esto es, si la misma es obligatoria o facultativa, es dable señalar que ello resultará de las circunstancias de hecho y derecho que revista cada caso en particular. Ponderándose, al efecto, que el libramiento al uso público no se encuentra sujeto a la voluntad de los particulares, ni al tiempo que transcurrió desde que se originó, sino del Municipio quien - en ejercicio del poder precedentemente aludido evaluará y merituará las circunstancias que así lo determinen.

Es decir, la referida facultad podrá ser ejercida en la medida del interés público comprometido (conf. crit. de esta AGG. Expte. N° 4101-68/03). Debiéndose considerar, en ese orden, aspectos tales como la existencia de vías alternativas, la proximidad o distancia a los centros de población y la obligación que tal acto impone al Municipio, consistente en

que se perderían ante el cierre del matadero como consecuencia de caerse su habilitación, lo cual implicaría un grave perjuicio por las razones antes reseñadas.

A mayor abundamiento el HTC se expidió con relación a la Municipalidad de 9 de Julio,⁸³ donde se le preguntaba sobre la posibilidad de extender el plazo de concesión de un matadero municipal. Allí se decidió que el artículo 28 inciso b) de la Ley 9533/80 establece que para cualquier concesión de uso de bienes del dominio privado del Estado, el término de la tenencia no podrá exceder de cinco años. No obstante ello, el artículo 29 de la mencionada norma brinda algunas alternativas a esta restricción; por ejemplo, en el caso que mediere licitación o cuando se trate de un inmueble que por su naturaleza especial o uso al que será destinado, se justifique exceptuarlo de tal disposición. Por lo tanto, resolvió que si las autoridades municipales realizan la concesión del matadero mediante licitación y/o justifican que la naturaleza especial o el uso del mismo requiere una inversión que hace necesario alargar el plazo previsto en el inciso b) de la Ley 9533/80 podrán, por vía de excepción, extender el mismo a veinte años con opción de prórroga por otros diez. Cabe decir que similar decisión se adoptó en consulta de la Municipalidad de Ramallo.⁸⁴

Mencionamos con respecto de la protección y cuidado de los animales, que en principio esta es un área de competencia concurrente con la Nación y la Provincia. En ese sentido, deben distinguirse los aspectos regulatorios de las aplicaciones administrativas. En ciertas materias, tales como protección de la fauna salvaje, compete a la Nación mediante la ley 22.421 la regulación de la materia, siendo que la Provincia a través de sus Órganos delegados, actúa como autoridad de aplicación.¹ Sin embargo, nada impide que la Municipalidad actúe en materia reglamentaria, con carácter de competencia residual, adoptando medidas útiles para regular áreas donde la tutela efectiva de la Legislación Nacional o Provincial, no

asumir el costo de su trazado y posterior mantenimiento.» Compendio de Dictámenes, p. 103.

77AGG, Expte N° 2113-1814/99, «Debe señalarse que cuando una calle es cedida en forma gratuita y obligatoria en cumplimiento de las normas de fraccionamiento de inmuebles, aquélla .pasa constituir un bien del dominio público municipal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 del Decreto- Ley 8912/77 y artículo 1 del Decreto Ley 9533/80. Al respecto, en su carácter de titular de los bienes del dominio público, la Municipalidad debe garantizar su uso público, afectándolos al destino que se le hubiere fijado, contando para ello con las facultades que emergen del poder de policía comunal (artículo 192 de la Constitución Provincial y artículo. 27 inciso 2 L.O.M.). En mérito de lo expuesto, de estimar esa Municipalidad oportuno y conveniente la apertura de calles cuyos espacios circulatorios fueron cedidos como consecuencia de la creación o ampliación de núcleos urbanos, debería proceder de la siguiente forma: 1°) El Concejo Deliberante debería sancionar una Ordenanza autorizando al Departamento Ejecutivo a liberar la traza de la calle en cuestión; 2°) Notificar dicha ordenanza al

propietario a efectos de que tome fehaciente conocimiento de la misma y pueda estar a derecho; 3) Una vez que la ordenanza se encuentra consentida y firme, y en caso de oposición o resistencia corresponderá que el Departamento Ejecutivo designe mediante decreto él o los funcionarios que tendrán a su cargo las diligencias necesarias para ejecutarla; 4°) El día y hora qué se indique, dichos funcionarios y el personal municipal necesario, se constituirán, en el lugar, donde se procederá a liberar la calle, mediante el retiro de cualquier obstáculo que impida la libre circulación de la misma, los que estarán acompañados por un Notario titular de Registro, un profesional de la Agrimensura y testigos del acto. 5°) De resultar menester, el Señor Intendente Municipal podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, la que deberá acompañar a los funcionarios y personal municipal en el momento de realizar su cometido; 6°) El funcionario a cuyo cargo se encuentre la diligencia, ordenará al profesional Agrimensor realizar la tarea de amojonamiento y replanteo de la traza de la calle, procediéndose al acondicionamiento de terraplenes y banquetas; como así también el alambramiento del trayecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 y ss. del Código Rural (Decreto-Ley 10.081/83); 7°) De lo actuado, un Notario deberá dejar constancia en acta. AGG, Compendio de Dictámenes, p. 101.

78 AGG, Expediente 2113-289/00, «Consulta a esta Asesoría General de Gobierno acerca del alcance que debe atribuirse al artículo 27 inciso 3 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley N° 6769/58), por el cual se otorga a la función deliberativa municipal la facultad de reglamentar «la conservación de monumentos, paisajes y valores locales de interés tradicional, turístico e histórico». Tal inquietud se plantea en virtud de que tres edificios de ese distrito...que constituyen referencia histórica y arquitectónica de la ciudad...corren el riesgo de perder dicho valor, atento la existencia de proyectos de reestructuración edilicia, carentes de sentido conservacionista. Asimismo, se manifiesta la intención por parte de ese Concejo de declarar los edificios como Monumentos Históricos y/o alguna denominación similar que realce su significación. Cabe destacar que el alcance de la norma en examen constituiría una competencia de las denominadas concurrentes -en este caso particular- del Municipio con la Provincia. Retornando el análisis del artículo 27 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, se advierte en su inciso 24 que le corresponde a la función deliberativa municipal reglamentar «la construcción, ampliación, modificación, reparación, y demolición de edificios

se demuestran demasiado comprometidas, tales como: animales sueltos en la vía pública, sistemas de castración y vacunaciones masivas de animales, o inclusive prohibición de ciertos espectáculos que conllevan riesgos o maltratos para animales, aún cuando en estos casos puedan llegar a argumentarse roces con derechos de raigambre constitucional. Un ejemplo de esto último es el caso de los espectáculos circenses que cuenten con números protagonizados por animales salvajes y que han sido erradicados por diversas Ordenanzas Municipales.⁸⁵

6.2.F. Opera también el HCD en la regulación de las condiciones de higiene y salubridad que deben reunir los sitios públicos, los lugares de acceso público y los baldíos. Esta es una de las facultades más antiguas que se reconocen a las Municipalidades y a los HCD en particular.

Ello es así por cuanto, la comuna, es la primera interesada en mantener el control sobre las condiciones que poseen los lugares públicos. Esta facultad se ejerce por diversos medios, habilitando asimismo la aplicación de diversas sanciones para sus incumplimientos. Uno de esos mecanismos es la posibilidad lisa y llana de aplicar sanciones que incluyen el propio cierre del lugar o la adopción de medidas con costas para el que viola las normas dictadas.⁸⁶

públicos y privados, así como también sus partes accesorias». Aquí se esta en presencia de una facultad propia del Municipio sustentada en la potestad histórica de ejercer su propio poder de policía, conforme lo establecido por los artículos 181 y 183 inciso 4° de la Constitución de la Provincia de 1934 (SCJBA, Ac. y Sent., año 1965, tomo III, pag. 713). Cabe mencionar que la Convención Reformadora de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 no alteró la sección séptima referida al Régimen Municipal, es por ello que esta facultad se encuentra reflejada en los artículos 190 y 192. Conforme lo expuesto, corresponde concluir que puede el Honorable Concejo Deliberante, sancionar una Ordenanza que permita, acudiendo a una interpretación armónica y funcional de los incisos 3 y 24, implementar una reglamentación, con el propósito de conservar en su estado actual los bienes mencionados hasta tanto coordine con la Provincia las acciones necesarias para declararlos de interés histórico o cultural. Sin perjuicio de lo cual esta Asesoría General de Gobierno, considera que a los efectos de completar el resguardo de los inmuebles de cualquier posible intervención por parte de sus propietarios; deberán las autoridades municipales conjuntamente con las provinciales poner en movimiento el procedimiento de la Ley N° 10. 149 y su Decreto Reglamentario. A través de la Comisión de Patrimonio Cultural creada por esta ley, la declaración provisoria o definitiva de pertenencia al Patrimonio Cultural importará «la prohibición de la destrucción, deterioro, demolición, ampliación reconstrucción, o transformación» en todo o en parte de los bienes a ellas sujetos (art. 6). En el caso de autos, la declaración implicará la utilidad pública y sujeción a expropiación de los inmuebles, en la medida en que sus propietarios no acepten las condiciones de conservación y preservación que les serán propuestas.

79 Asesoría General de Gobierno, Expediente. N° 2133-191/00, «Tiempo que debe transcurrir luego del fallecimiento de una persona, para asignar su nombre a calles, plazas, paseos públicos, etc. Al respecto, este Organismo Asesor informa que sobre la materia referida a la imposición de nombres de personas a lugares públicos existen las siguientes normas: a) En el orden Nacional se dictó el Decreto-Ley 5158/55 por el que se prohibió a los poderes del Estado nacional, provincial o municipal rendir homenaje a personas vivientes con estatuas o monumentos o mediante la designación con sus nombres de divisiones territoriales o políticas, calles, plazas y en general otros lugares y bienes públicos o privados (artículo 3). Cabe destacar que este Decreto-Ley -además de referirse a nombres de personas que permanecen con vida- resulta inaplicable en el ámbito local, toda vez que pretendió legislar respecto de las provincias en materia no delegada expresamente por estas al Gobierno Federal; resultando por ende manifiestamente inconstitucional (conf. doct. artículos. 121, 122, 126 y concordantes de la Constitución Nacional). b) En el orden Provincial se han dictado las siguientes normas: 1) Decreto 1099/76: prohíbe la inclusión de los nombres propios del Gobernador, Ministros o funcionarios en ejercicio, en placas u otros elementos de identificación que se coloquen en obras públicas que se inauguren o habiliten. 2) Decreto 2906/85: regula la asignación de nombres a las obras viales que formen parte de la red caminera provincial. 3) Decreto 2907/85: asigna nombres a cada ruta que integra la red caminera provincial. De la lectura de estos tres actos administrativos que han sido referenciados, se desprende que tampoco estas normas son de aplicación al tema que motiva la consulta de autos, habida cuenta que están referidas a la asignación de nombres a bienes pertenecientes al dominio provincial. c) Asimismo, en el orden provincial también se dictó la Ordenanza General 148/72 (vigente en todos aquellos municipios que no la hubieran derogado o modificado, una vez restablecido el estado de derecho), por la que se prohibió incluir nombres propios de autoridades nacionales, provinciales o municipales, en las placas u otros elementos que se coloquen en las obras públicas a habilitar, publicaciones o documentaciones sobre la gestión del Gobierno municipal. Al respecto, esta norma dictada por el gobierno de facto tampoco sería de aplicación (para el supuesto caso que se hallara vigente en jurisdicción de la Comuna consultante), ya que se refiere exclusivamente a la prohibición de imposición de nombres propios a «obras públicas», y no a calles, plazas, paseos, etc., como se consulta en la especie. En consecuencia, no existiendo norma jurídica alguna que regule el tiempo que debe transcurrir del deceso de una persona para asignar su nombre a calles, plazas y demás sitios públicos pertenecientes al dominio público municipal (artículo 1 del Decreto-Ley 9533/80), esta

6.2.G. La elaboración, transporte, expendio y consumo de materias o artículos alimenticios, exigiendo el cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial que establezcan las normas de aplicación, así como también el certificado de buena salud de las personas que intervengan en dicho procesos. En el análisis de este artículo necesariamente debemos efectuar dos consideraciones. La primera apunta a facultar a los HCD para que sean éstos los que establezcan condiciones de bromatología y reglamenten cómo y cuándo se consideran cumplimentados tales recaudos. La segunda refiere a la necesidad de que las ordenanzas que se dicten se ajusten a las normas generales superiores. La tercer parte del artículo es un más compleja, por cuanto ya no parece una indicación, sino la orden de que se exija certificado de buena salud a las personas intervinientes en el proceso.

6.2.H. La publicidad en sitios públicos o de acceso público. En este punto está referida a la posibilidad del HCD de reglamentar las características de esa publicidad, los medios por la que se efectúa y se manifiesta usualmente en la limitación de exponer publicidad en ciertos medios, o de hacerlo en ciertos espacios o en su caso de ordenar que se efectúe en ciertos lugares (ejemplo: marquesinas especiales). Coetáneamente con esta facultad de reglamentar ese uso público, se encuentra la facultad de imponer tasas especiales por ese mismo concepto; aspecto sobre el que volveremos al tratar las facultades impositivas del HCD.

¿Cuándo se está en presencia de publicidad? La SCJBA en Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Demanda contencioso administrativa, ha definido la misma. Si bien es cierto que en el caso lo que se discutió fue el alcance del hecho imponible, cuestionándose si se encontraba gravado por una ordenanza impositiva el calco que en vidriera indicaba la posibilidad de pagar con cheques de una institución bancaria; no deja de ser menos cierto que el Juez Mercader brinda una excelente definición de qué se entiende por publicidad: «Es la calidad o estado público de algo y, por extensión, es el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas

Asesoría General de Gobierno estima que en el ámbito comunal ese Concejo Deliberante es el órgano competente para reglamentar dicha materia, atento las atribuciones conferidas por el artículo 27 inc. 4 de la Ley Orgánica de las Municipalidades.»

80 Es llamativa la inexistencia de regulaciones específicas para estos dos fenómenos, a pesar de su tendencia a repetirse en nuestro país, con fuerza un poco menor que las de las primer mundo. Sobre el particular son muy ilustrativos: Hall Peter, *Cities of Tomorrow*, Boston, West, 1988, Ford, Richard, *The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis*, 107 Harv. L. Rev., 1994. Ver también: Pulvirenti, Orlando, «Shoppings Hipermercados y Countries: ¿Hacia la ciudad Privada?», en *Propuestas Municipales*, Ed. Plusconsult SRL, año 3, número 38, pág.5 y ss; más recientemente Pulvirenti, Orlando, *Res Privata Argentina, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, RAP, III-2007.

81 Tema vinculado a éste es a quién se transfieren las tierras que los núcleos urbanos deben acordar conforme a la Ley 8912 al dominio público. La respuesta que ha dado la Asesoría General de Gobierno, es que debe cederse al dominio público municipal, operándose la transmisión por la mera aprobación de los planos. AGG, Expte N° 2113-748/01, «Si las cesiones gratuitas de tierras que se deben hacer por parte de los propietarios involucrados, en oportunidad de crear o ampliar núcleos urbanos, áreas y zonas -según lo dispone el Artículo 56 del Decreto Ley 8912/77- pueden realizarse a favor del Estado Municipal, en lugar del Estado Provincial, tal cual lo establece el artículo en cuestión. Las cesiones originadas en las situaciones previstas por el Artículo 56 del Decreto Ley 8912/77, constituyen bienes del dominio municipal público o privado, de acuerdo a su naturaleza. Ello de conformidad a lo dispuesto por el Decreto Ley 9533/80, sancionado con posterioridad a la norma precedentemente señalada, cuyo artículo Primero dispone que «Constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ochavas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieran incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta ley y los inmuebles que en el futuro se constituyan para tales destinos en virtud de lo dispuesto por la Ley 8912 -de ordenamiento territorial y uso del suelo». Por su parte, el artículo segundo prevé similar situación en lo que respecta a las reservas fiscales de uso público, originadas en normas sobre fraccionamientos y creación de pueblos, como así también las que se constituyan para equipamiento comunitario de acuerdo al Decreto Ley 8912/77. Despejada la situación dominial de tales bienes, corresponde analizar en esta instancia en que momento se opera la cesión al estado municipal y los actos necesarios para ello. Y, en tal sentido, debe nuevamente estarse a lo dispuesto por el aludido Decreto Ley, cuyo artículo tercero determina, para el caso de cesiones futuras, que su aceptación se entenderá completada al aprobarse el plano respectivo por los organismos competentes. De lo expuesto no cabe sino concluir que dándose uno de los supuestos contemplados por el artículo 56 del Decreto Ley 8912/77 -creación o ampliación de núcleos urbanos, áreas y zonas-, las superficies originados por los mismos con destino a espacios circulatorios, verdes y libres públicos y equipamiento comunitario para uso público determinadas de acuerdo a los mínimos indicados por el mismo, corresponden al dominio municipal sin necesidad de que el Municipio formule acto de aceptación alguna, atento a que ello

o de los hechos... «. Por ello aún ese medio, considerado por parte del voto de minoría como una forma de informar sobre servicios que se prestan y no para atraer clientes, es publicidad.⁸⁷

6.2.1. El inciso 16) plantea la posibilidad de que los Concejos Deliberantes dicten medidas destinadas a prohibir determinados espectáculos públicos o el acceso a los mismos; así como el acceso a determinados ámbitos o la realización de ciertas actividades. La norma es clara, en la medida en que habilita a los HCD a reglamentar y/o incluso impedir ciertos espectáculos o actividades. Ejemplo constante de este tipo de disposiciones son tanto las prohibiciones expresas de actividades, como es el caso del funcionamiento de casa de juegos electrónicos (partido de Junín) o su limitación a ciertos horarios (Partido de La Plata). Las preguntas que se plantean, son ¿Cuáles son los límites y en qué medida no se afectan derechos y libertades tuteladas por la Constitución Nacional? Y ¿Cuál es el margen que tiene cada Municipalidad para definir sus características culturales, morales?

Otro ejemplo en este sentido, lo producía las distintas reglamentaciones de diversos partidos en cuanto al cierre de locales nocturnos o las prohibiciones en la edad de los concurrentes que variaban de distrito en distrito.

Un caso muy interesante, que si bien se encuentra directamente vinculado a la zonificación, pero que tangencialmente roza esta temática, es lo decidido en Chasco c. Municipalidad de Lincoln. En el caso, la Municipalidad prohíbe sobre la base de disturbios en la vía pública e intensidad de sonidos la continuidad de los locales nocturnos existentes (en el caso uno sólo) en el radio céntrico y la necesidad que se radique fuera de ese ámbito. Planteada la cuestión, la Suprema Corte de Justicia entendió que se estaba haciendo un ejercicio legítimo del poder de policía municipal y que no se conculcaba ninguna libertad ni derecho constitucional, toda vez que tan sólo se imponía una limitación razonable.

Pregunta, sin embargo mucho más ardua, sería en qué medida una comuna podría disponer una calificación sobre una obra teatral o cinematográfica. De acuerdo a la regulación actual si bien ella sería competencia de los entes calificadores nacionales, planteada a la luz del artículo 27 inciso 16) pareciera que nada obstaculiza la posibilidad de que la propia comuna establezca limitaciones al acceso público a determinadas obras. Claro está que el dilema sería de enorme dificultad de solución habida cuenta de los derechos constitucionales, en su caso libertad de expresión, que se encontraría eventualmente conculcado. Sin embargo, siempre se convertirá en una discusión respecto a la prueba de la razonabilidad o no de la medida.

Ahora bien, si ello es admisible en un sentido positivo, es decir en cuanto a la posibilidad de actuar para reglamentar y/o incluso impedir ciertas actividades, la pregunta que sigue es que sucedería en el caso de que en forma negativa, se omitiera reglamentar y/o impedir

operará al momento de aprobarse los respectivos planos.»

82 HTC, Delegación XIV, Municipalidad de Tapalqué, Expte. 4023-264/07, 14-XII-2007.

83 HTC, Municipalidad de 9 de Julio, Expte. 4082-2991/07, Delegación XV, 01-VI-2007.

84 HTC, Municipalidad de Ramallo, Delegación XVII, Expte. 4092-6326/06, 08-VIII-2006, donde se expresó que: «Las autoridades municipales decidieron llamar a licitación pública para la concesión del matadero municipal utilizando como base legal el Capítulo VII de la Ley Orgánica de las Municipalidades «De las concesiones». Adentrándonos puntualmente a la misma, se advierte que el artículo 231 establece: «El término de las concesiones no será superior a treinta años. Al vencimiento de este plazo con acuerdo de las partes podrán ser prorrogadas por sucesivos períodos de diez años cuando el contrato original fuera de treinta y de un tercio del tiempo primitivamente convenido cuando la concesión haya sido otorgada por menos de treinta años. La Municipalidad expresará su consentimiento a la prórroga mediante el voto de la mayoría absoluta del Concejo, y nunca antes del año de la fecha de vencimiento de la concesión.» El artículo 3° del Pliego de Bases y Condiciones dispone: «El plazo de la concesión será de 10 años y el mismo podrá ser prorrogado según el artículo 231 de la Ley Orgánica de las Municipalidades». Según el contrato de concesión: «El plazo será de 10 años y el mismo podrá ser prorrogado con el acuerdo de las partes, que deberá instrumentarse con una antelación no mayor de dos años y no menor de cuatro meses. Cumplido dicho plazo el concesionario deberá restituir las instalaciones y bienes antes mencionados...». Del análisis de estos dos últimos párrafos no queda

ciertas actividades que tal como indica el mismo inciso pueden implicar «riesgos para la seguridad psíquica y física de los concurrentes o de los participantes». A nuestro parecer, lo que es acordado en forma de facultad no puede imponerse razonablemente como un deber que origine consecuencias jurídicas en caso de no mediar prohibición.

Un caso típico podría ser el de las carreras automovilísticas de Turismo Carretera. Pareciera de una interpretación literal de la letra del inciso, que media la posibilidad de impedir lo que innegablemente es un espectáculo público que supone riesgos para la integridad física de los concurrentes y/o de los participantes, como también lo podría ser en relación a los contendientes un espectáculo de box o de artes marciales. Sin embargo, de ello no puede inferirse que pueda hacerse responsable a la Municipalidad por no haber reglamentado y/o impedido la realización de ese tipo de actos públicos. Situación diferente, por competir al departamento ejecutivo, será el contralor de la manera en que se efectúa el espectáculo.

6.2.J. El inciso 17) del art.27 LOM brinda la base para el actuar en materia de ecología de las Comunas, lo que se condice con las obligaciones que impone el artículo 42 de la CN y su par de la Constitución Provincial.

Los problemas medio-ambientales han sido clasificados de diversas maneras, pero siguiendo un camino muy práctico, que es el que sugiere la «Guía Municipal de Gestión Ambiental», publicada por el Gobierno Vasco,⁸⁸ podemos distinguir básicamente los siguientes: (1) Aguas residuales o residuos líquidos, para el cual se prevé como solución inicial la necesidad de imponer el tratamiento de dichos efluentes antes de ser volcados al tendido urbano; (2) Residuos sólidos urbanos, que prevén en su tratamiento diversas etapas a saber: pre recogida, recogida y transporte, tratamiento que puede implicar su aprovechamiento o eliminación; (3) Contaminación atmosférica definida como «presencia en el aire de materias que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas o bienes de cualquier naturaleza»; (4) Ruidos; (5) Tráfico urbano y (6) ausencia de espacios verdes y para municipios rurales: (1) Incendios forestales o quemas de rastrojos, (2) Erosión y (3) Actividades agropecuarias, uso de insecticidas y productos químicos.

El artículo en comentario habilita al HCD a dictar ordenanzas destinadas a controlar los niveles de polución medio-ambiental. Tal facultad es concurrente con las que ejercen la Nación y la Provincia de Buenos Aires. En tal sentido la SCJBA ha dicho que en «En el campo ambiental, como hemos visto, se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de los presupuestos mínimos para su protección, las provincias han renunciado así a importantes competencias originarias en excepción al principio anteriormente receptado en el art. 121, reservándose exclusivamente las facultades

claro cuántos períodos de prórroga se otorgan; el pliego de bases y condiciones dispone que la misma se establezca en función del artículo 231 de la LOM, el que faculta sucesivos períodos, y el contrato de concesión dispone que el mismo podrá ser prorrogado con acuerdo de partes, sin precisar si es por uno o sucesivos períodos. En función de ello, se entiende que puede haber prórrogas sucesivas, pero de ninguna manera se puede acceder a una prórroga en los términos solicitados por el concesionario, de 10 años de una sola vez. También se debe dejar en claro que no se da estricto cumplimiento en la cláusula cuarta del contrato a lo dispuesto en el artículo 231 de la LOM, en cuanto a la antelación del período de solicitud de prórroga (nunca antes del año de la fecha de vencimiento de la concesión).»

85 La Suprema Corte de Justicia ha dicho: «No ha existido la pretendida falta de determinación de los animales de la fauna silvestre alcanzados puntual y típicamente por el art. 25 de la ley 22.421 pues vigente al momento del hecho el Código Rural -ley 10.081- sus disposiciones (art. 272 y ccds., Cód. cit.) confieren al Poder Ejecutivo provincial la facultad de delegar en el organismo competente tal especificación. Y el Ministerio de Asuntos Agrarios era en ese momento el «organismo competente» al que alude dicho art. 272 de la ley provincial citada (conf. ley 10.132, art. 24 inc. 28, entonces vigente), el que en ejercicio de dicha competencia ha dictado las resoluciones obrantes en autos referidas a la habilitación de la caza comercial de la nutria, actividad ésta realizada por el procesado fuera del período habilitado». SCJBA, causa P 46925 S, G.C.O. s/ Infracción art. 25, ley 22.421, 24-VIII-1993.

86 Ver por ejemplo: SCJBA, causa B 546401, Turdera, S.A.I.C. e I. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda contencioso administrativa, 8-VI-1993 (Base de datos JUBA).

87 Claro está que la facultad reglamentaria en análisis comprende tanto la posibilidad de expresar qué tipo de publicidad puede efectuarse, como así imponer tasas a ciertas formas de publicidad. Sin embargo, el ejercicio de estas facultades por parte del municipio, queda sujeta como cualquier otra al respeto de derechos constitucional y legalmente establecidos, como en este caso, los de libertad de expresión y comercio. Por ello el ejercicio de estas competencias

necesarias para dictar normas complementarias, conservando el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (conforme al art. 124 Const. Pcial)» (SCBA, I 1983 S 20-3-2002 , voto del Dr. Hitters). Tal superposición normativa supone que a las disposiciones nacionales particularmente la 25.675 que se define aplicable en todo el territorio nacional y cuyas disposiciones resultan de orden público y operativas (art. 3), y que determina que: «Toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución» (art. 11), se le adicione la ley 11.723 que no sólo obliga a seguir ese camino, sino que ordena la suspensión de aquella que no haya cumplido con ese paso. Respecto de que se entiende por certificado de impacto ambiental, la propia ley provincial dice que es «el procedimiento destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir, las consecuencias o efectos que acciones o proyectos públicos o privados, puedan causar al equilibrio ecológico, al mantenimiento de la calidad de vida y a la preservación de los recursos naturales existentes» (conf. Anexo I, Ley Nº 11.723). Cabe añadir que la Ley Nº 11.723 establece que tanto el Poder Ejecutivo provincial como los municipios deberán garantizar, en la ejecución de las políticas de gobierno, la observancia de los principios de política ambiental, entre los que se encuentra el siguiente: «Todo emprendimiento que implique acciones u obras que sean susceptibles de producir efectos negativos sobre el ambiente y/o sus elementos debe contar con una evaluación de impacto ambiental previa» (art. 5 inc. b). A ello se debe agregar que el art. 10 de la citada ley provincial dispone que: «Todos los proyectos consistentes en la realización de obras y/o actividades que produzcan o sean susceptibles de producir algún efecto negativo en el ambiente de la Provincia y/ o sus recursos naturales, deberán obtener una declaración de impacto ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación, de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada como anexo II de la presente ley». Respecto a dicha norma se ha sostenido que «lo dispuesto con relación a la enumeración a título enunciativo del anexo II, corresponde a la distribución de competencia respecto de la autoridad a la que en cada caso le compete intervenir en el proceso de evaluación del impacto ambiental, mas no determina en forma taxativa qué obras o actividades están sometidas a tal procedimiento.

Tampoco se refiere únicamente a los establecimientos industriales» (CCA de San Martín, «Carrasco, Juan Alberto y otros c/ Delegación Puerto Paraná Inferior – Dirección Provincial de Actividades Portuarias y otros s/ Amparo» noviembre de 2004).»⁸⁹

A ello se le añade la Ley 13.592, que a efectos de intentar dar una solución a la creciente problemática del tratamiento y disposición de residuos en la Provincia de Buenos Aires, fija los procedimientos de gestión de los residuos sólidos urbanos, de acuerdo con las normas establecidas en la Ley Nacional Nº 25.916 de «presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión integral de residuos domiciliarios».

Allí luego de establecer los principios y objetivos dirige a partir del artículo 5 las competencias provinciales y municipales. Atribuye así al Poder Ejecutivo, a través de la Autoridad Ambiental Provincial el diseño de la política de instrumentación de la gestión integral de residuos sólidos urbanos estableciendo los objetivos, etapas, plazos y contenido; la promoción de la gestión regional de sistemas de procesamiento, reducción, reutilización, reciclaje, valoración y disposición final de residuos, formulando o aprobando los planes y

comunales siempre queda sujeta al estricto escrutinio judicial respecto de la razonabilidad de las medidas que en tal sentido se dispongan. Nuevamente nos encontramos en este campo con ausencias importantes en materia de pronunciamientos judiciales, con la excepción del citado caso. En el derecho norteamericano se ha sustentado la validez de ordenanzas municipales que por ejemplo prohibían la utilización de espacios públicos tales como paredes, postes o árboles para fijar propagandas (Metromedia Inc. V. City of San Diego, 453 U.S. 490), como así ordenanzas restringiendo la distribución de volantes en forma domiciliaria (ver *Validity and Construction of Statutes or Ordinances Prohibiting or Restricting Distribution of Commercial Advertising to Private Residences*, Modern Cases, 12 A.L.R. 4*

programas de escala e incidencia regional; la evaluación y aprobación de los Proyectos de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos elevados por los Municipios; la extensión de las autorizaciones a Municipios, operadores públicos o privados para la implementación de los Programas de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos; el asesoramiento; la creación, integración y articulación de los circuitos de reciclado; el desarrollo de sistemas de selección y tratamiento ambientalmente adecuados de los residuos especiales contenidos en los residuos sólidos urbanos; la promoción de la participación societaria; la gestión de fuentes de financiamiento destinadas a los Municipios para posibilitar el cumplimiento de lo establecido por esta norma.

Se acuerda a las Municipalidades la presentación a la Autoridad Ambiental Provincial un Programa de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos conforme a los términos de la presente Ley y la Ley Nacional N° 25.916. Planes que deberán contemplar la existencia de circuitos informales de recolección y recuperación con el fin de incorporarlos al sistema de gestión integral. En el artículo 7, se establece que el programa deberá contener como mínimo: a) Descripción del ambiente natural, socioeconómico y de la infraestructura.

b) Caracterización de cada etapa que conforma el Programa de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos. Generación, Disposición Inicial, Recolección, Transporte, Almacenamiento, Tratamiento, Valoración y Disposición Final. c) Programas de difusión y educación a fin de lograr la participación activa de la Comunidad. d) Estudio de Impacto Ambiental sobre las rutas de transporte, los centros de procesamiento, tratamiento, disposición final de residuos sólidos urbanos y tratamientos de los efluentes conforme lo establecido en las Leyes N° 11.723 y N° 5965. e) Una vez aprobado, deberá fijar los plazos para su instrumentación, los cuales no podrán exceder de un (1) año. A partir de ese momento queda prohibida la gestión de residuos sólidos urbanos que no cumpla con las disposiciones establecidas en la presente Ley, su reglamentación y la Ley Nacional N° 25.916.

Respecto de su finalidad, el artículo 9° establece que su objetivo será el de erradicar la práctica del arrojo en basurales a cielo abierto e impedir el establecimiento de nuevos basurales a cielo abierto en sus respectivas jurisdicciones; quedando obligadas a cerrar los existentes. Se permiten y fomentan por el artículo 10° los acuerdos entre comunas.

Entre las disposiciones más controvertidas que motivaran la presentación de acción judicial por parte de la Municipalidad de Brandsen, se halla la obligación de que los Programas de Gestión Integral de residuos sólidos urbanos incluyan sitios de disposición final dentro de sus propias jurisdicciones municipales, pero para el caso del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), que no puedan dar cumplimiento con lo establecido en la presente respecto a la localización de los sitios de disposición final, sea porque no se garantizan condiciones técnico-ambientales adecuadas, ausencia de espacios aptos disponibles u otra razón que la autoridad de aplicación considere al respecto, la Provincia de Buenos Aires conformará sitios para la instalación de polos ambientales provinciales (PAP) afectados a tal fin, de acuerdo a las pautas establecidas en el artículo 20 de la Ley Nacional N° 25.916, donde deberá aplicarse la mejor y más segura tecnología. Es decir, resulta la Provincia la que en definitiva puede resolver dónde instalar la basura; circunstancia que en nuestro parecer puede violar gravemente la autonomía municipal.⁹⁰

88 Euzko, Jularitza, Guía Municipal de Gestión Ambiental, Gobierno Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria Gasteiz, 1994.

89 Juzg. Cont. Adm. 1, La Plata, causa 13.908, Girgenti Orlando Rubén y/otro/a c. Municipalidad de Villa Gesell s. Amparo, 27-VIII-2007.

Legitimación y responsabilidad municipal en la materia.

Adicionalmente se han observado distintos fallos en los cuales las Municipalidades aparecen legitimadas como actoras en representación de sus vecinos para defender el bien colectivo medio ambiente.⁹¹ Ello plantea necesariamente la contra cara que es, ¿Es responsable por sus omisiones en la materia? La respuesta que parece irse afirmando, es que sí lo es.

Claro está que lo dicho tiene su razón de ser habida cuenta del amplísimo carácter y contenido que tiene el concepto de medio ambiente, el que puede abarcar muchísimos aspectos del medio físico o natural, alcanzando prácticamente todas las actividades humanas, incluyendo en consecuencia todos los niveles del Estado. Esto sin perjuicio de que propiciemos la necesidad de descentralizar competencias hacia aquellos niveles de gobierno más cercanos al propio vecino.

A nivel local, se debe ejecutar tanto mediante medidas positivas como ordenar la recolección y disposición de residuos como medidas restrictivas de las actividades de los vecinos que impliquen molestias a terceros. Contaminación sonora, visual, auditiva, entre otras son algunas de las múltiples cuestiones a tratar.

Respecto del ejercicio de la potestad de reglamentación de actividades resulta mencionable la decisión de la SCJBA frente al actuar del HCD de la Municipalidad de Daireaux que prohibió dentro de cierto radio la actividad de feed lot, por producir contaminación ambiental. En ese supuesto, ante el reclamo indemnizatorio de la empresa afectada por la medida restrictiva el Máximo Tribunal en voto de Negri, confirmó el correcto actuar de las autoridades locales.⁹²

Observamos, cerrando estas breves líneas sobre tema tan complejo, que las Municipalidades ya no sólo deben velar por la protección ecológica, sino que además podrán ser halladas responsables por el daño que provocan por su actuar u omisión en la tutela de un bien colectivo.⁹³

6.2.L. Por su parte, los incisos 18) y 19) del art. 27 LOM habilitan a las Municipalidades, con el marco que brindan las leyes provinciales en materia de tránsito y que establecen el techo normativo de las disposiciones comunales, lo referente a la organización local del tránsito en todas las calles y caminos de jurisdicción comunal.

90 Nos hemos ya expresado en nota a fallo, PULVIRENTI, Orlando, La autonomía municipal a la basura, nota a a fallo, Supl. Der. Adm. LL, noviembre 2007.

91 CFApel.Bahia Blanca, Expte. 57867, Municipalidad de Bahía Blanca y otros c/ Ferrosur Roca S.A. -Repsol YPF SA-COM. NAC. de Regulación de Transporte s/amparo- medida de no innovar, 26-III-2002, allí la Municipalidad logró la prohibición cautelar de circulación de un tren repleto de metanol. En CFApel.La Plata, Sala II, causa 1694/01, Municipalidad de Berazategui c/ Aguas Argentinas SA s/ ordinario, 08-IX- 2003, es la Municipalidad de Berazategui la que se presenta a la Justicia solicitando se construya en forma urgente una Planta Depuradora de Líquidos Cloacales, lo que así se ordena se efectúe. Y en un grado más importante aún, en CFApel. La Plata, Sala II, Municipalidad de Magdalena c/ Shell CAPSA, 20-VII-2003; se condena a la mencionada empresa petrolera a indemnizar el daño causado a las costas de la localidad de Magdalena por un abordaje marítimo. Juzg. Fed. N°4, La Plata, Sec. 11, Exp. 31813 - «Municipalidad de Magdalena C/ Shell Capsa y otros S/ disposición de residuos peligrosos», 14-XI-2002.

92 SCBA, causa Ac. 77.608, Ancore S.A. y otro contra Municipalidad de Daireaux. Daños y perjuicios, 19- II-2002. «Quedó demostrado, con la prueba reunida, que el «feed lot» es un sistema de engorde intensivo de ganado mediante el suministro de una dieta de alto rendimiento en espacios reducidos, capaz de producir olores muy desagradables dentro de cierto radio, sin que existiera en la especie procedimiento sanitario o biológico que previendo el impacto ambiental permitiera la rápida eliminación o conversión de los residuos sólidos y líquidos excremento y orina acumulados;... tampoco podía atenderse a las alegadas exigüidad y confiscatoriedad del plazo conferido para hacer cesar las molestias, toda vez que la ordenanza n° 577/96 del 21X1996 no sólo prohibió la instalación de feedlots dentro de un radio de 15 km contados desde la plaza principal, sino que dispuso que los establecimientos existentes debían puede ser amparada por la ley (art. 502, C.C.) pues ésta protege el ejercicio regular de los derechos (art. 1071 y 2315, C.C.). La Constitución nacional, en su art. 41 confiere a las autoridades la protección del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. Coincidiendo con García Minella (opinión vertida en causa citada por el tribunal, «Almada c/ Copetro, sent. del 19V1998, publicada en J.A. 1999I259), considero que debe darse particular importancia a la prevención del daño al medio ambiente . Como sostiene dicho

Rotunda es la potestad comunal y en particular del Departamento Deliberativo de poder disponer el sentido de tránsito de las calles, sus características, señalizaciones, moderadores de tránsito y otras. En nuestra visión, la facultad acordada encierra la llave para poder en parte ir revirtiendo esta trágica realidad de nuestra vida cotidiana, en la cual los accidentes vehiculares constituyen una de las principales causas de muerte. Creemos firmemente que una legislación comunal correctamente planeada, que contemple aspectos de seguridad, educación y represión adecuada, son una de las claves para comenzar a descender la problemática descrita.

6.2.M. El inciso 20) del art.27 LOM otorga competencia a cada comuna para reglamentar las condiciones bajo las cuales acuerda las licencias de conducir automotores. Corresponde a ellas determinar las características de los exámenes o eximición de los mismos para aquellos que procuren sus carnés.

Un caso de reciente data, plantea las diferencias normas y estándares que se aplican por las Municipalidades para acordar esta habilitación; generando en muchos casos efectos de gran disfuncionalidad para los propios vecinos. En el expediente en comentario, un ciudadano que había obtenido su primer carné profesional para conducir camiones de más de 3.500 kilogramos en la localidad de General Belgrano, habiéndolo extraviado y residiendo en Chascomús asiste a la Municipalidad para obtener un nuevo comprobante. Allí le es negado el permiso, por cuanto superando los 60 años, no se extienden conforme a sus disposiciones autorizaciones para manejar tales transportes. Se interpone amparo, y el Juzgado de Dolores interpreta que la restricción apuntada es inconstitucional por afectar

autor, para que no sea una fórmula meramente declarativa, la Constitución nacional se anticipa y constitucionaliza el llamado daño ambiental y la obligación consecuente, estableciendo una nueva categoría de daños que obligan a recomponer lo ocasionado (op. cit., nota 16).

Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia e inciden, por consiguiente, en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio determinante. Y no valen sólo inter partes sino que, con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta (incomprobada) de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben recorrer el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados». adecuarse antes del 15 de noviembre de dicho año y la actividad de Ancore S.A. cesó recién el 31 de diciembre. Pero además la Municipalidad, en ejercicio del poder de policía en defensa de la comunidad, no podía demorarse en hacer cesar la contaminación... Si la actividad emprendida provoca daños a terceros, debe cesar, aun cuando no encontrara obstáculo legislativo o no estuviere reglamentada, y no

93 SCJBA, causa C. 90.020, Yane, Salvador contra Municipalidad de General Alvarado. Materia a categorizar, 14-XI-2007, «De la misma manera el avance de las ordenanzas sobre regulaciones medio ambientales, puede generar actuaciones judiciales, como ocurre en CCCSan Isidro, Sala II, Iezzi G. y ot. c/Municipalidad de San Fernando s/amparo 11-III-2003, donde se resolvió: «Con la ordenanza atacada (Ordenanza N° 7577 sancionada por el H. Concejo Deliberante de San Fernando el 24 de mayo de 2001), la municipalidad pretendió reestructurar as zonas residenciales, entendiendo por reestructuración a ciertos procesos, como el de una sustancial modificación de las normas que las regían en materia de uso y ocupación, que no puede hacerse sin aprobación del Poder Ejecutivo a propuesta del municipio (Arts. 20 y 21, Dec. ley 8912). Perfilado el ambiente conforme a la normativa constitucional y la de las leyes citadas, es claro que la prevención del Art. 10 de la 11723 no se limita al cuidado de los elementos naturales del suelo, siendo extensiva al patrimonio cultural, artístico y urbanístico. Por ello, aparte de la taxativa prescripción del apartado II del Anexo II, y de que en la referencia al «mantenimiento de la calidad de vida» al definir la evaluación de impacto ambiental el Anexo I - Glosario, se involucra el derecho a la limitación y prohibición de usos en las zonas residenciales, no debió prescindirse del procedimiento establecido en los Arts. 14 y sigs. de la misma ley, que permite el razonado esclarecimiento de la innovación pretendida, con garantía de defensa jurisdiccional (Arts. 34 y sigs.). Al caracterizar a la zona R3 como lo hiciera, el C.E.Z. excluyó toda posibilidad de asentamiento susceptible de modificar su idiosincrasia urbanística, de discreto movimiento vehicular y de transportes colectivos, escasez de ruidos e inexistencia de constantes movimientos de grupos de circunstanciales y desconocidos huéspedes, todo lo cual configura un peculiar equilibrio ambiental (conf., STJ de Entre Ríos, in re «Moro...», citado), que las normas constitucionales imponen respetar. No obstante, de regir, la ordenanza 7577 no solamente permitiría habilitar el hotel proyectado sobre la calle Necochea en franca contravención a las restricciones y usos de zona residencial fijados en el C.E.Z., sino -entre otras zonas, en las «R3»- pluralidad de hoteles de pasajeros (8311/2), hosterías (8311/3), appart hoteles (8311/6), «suites» (8311/7) y hospedajes complementarios (8311/8). Al no ser precedida de los recaudos exigidos por las leyes 8912 y 11723, y dictada a despecho de las objeciones de contribuyentes vecinos, su invalidez es insanable por contravenir -con ilegalidad manifiesta- garantías constitucionales (Arts. 17 y 41 de la CN y 10, 20 y 28 de la CPBA).»

irrazonablemente el derecho de ejercer industria y comercio lícito.⁹⁴

Lo cierto, es que habiéndose convertido cada Municipalidad en un mundo con estándares muy distintos de evaluación de capacidad de los conductores, con controles dispersos y no interconectados entre las distintas jurisdicciones y con estadísticas pasmosas en términos de inseguridad de tránsito; entendemos que sería positivo se produjeran ciertas unificaciones de normas básicas. Entre otras cosas, a efectos de evitar el tradicional éxodo de habitantes de una comuna a otra, previo oportuno cambio de domicilio, buscando condiciones más beneficiosas para poder aprobar los recaudos estipulados en la obtención del permiso citado. En tal sentido, las últimas leyes dictadas en la materia en virtud de la emergencia vial, permiten anticipar ese camino.

6.2.N. Inciso 21) del art.27 L.O.M., es el que brinda competencia al HCD a establecer la necesidad de patentamiento o no, y en el primer caso de establecer bajo que condiciones se registran vehículos no contemplados en los regímenes nacionales y provinciales.

Puntualmente se toma esto en un registro de motocicletas y/o de bicicletas.

Otra potestad acordada al HCD radica en la regulación del transporte público en general y la concesión del servicio público de transporte de pasajeros. Son muchas las circunstancias que acuerdan hoy una prioridad esencial al tratamiento de esta temática. Por comenzar se encuentra la propia necesidad del vecino usuario, pero para continuar se imponen esenciales razones de índole ecológica que alientan el desarrollo de transportes colectivos, que disminuyan el uso y utilización del mayor número de automotores privados. En cuanto a la manera en que se presta este servicio, si bien el inciso se encuentra establecido dentro del marco regulatorio, plantea la pregunta de si el servicio puede ser prestado por el propio Municipio. A nuestro entender, el servicio público compete al área comunal y este puede prestarlo innegablemente en forma directa o concesionando a privados. Si bien casi con exclusividad se ha optado por esta última vía, nada empuja a que pueda ser desarrollado dentro de las finalidades sociales que se le asigna al Municipio por este mismo.

Sostiénese así la facultad del Municipio de establecer tanto el recorrido a desarrollar por el transporte, como la periodicidad horaria del mismo obligatoriedad de seguros, condiciones de los vehículos, entre otros. Asimismo comprende la facultad de establecer las secciones y los cuadros tarifarios.

Cabe indicar que para el caso de los servicios interurbanos tal potestad corresponde a la Provincia de Buenos Aires. Nuevamente sería deseable que fuesen las propias Municipalidades, las que por vía de acuerdo intercomunales o regionales, pudieran proveer y regular los servicios que atraviesen sus territorios.

6.2.Ñ. Adicionalmente el inciso 21) se refiere al caso de la normativa de taxis y remises. No avanzaremos demasiado en esta problemática, pero si consideramos necesario hacer alguna advertencia que proviene de la práctica. Previo a ingresar en el fondo del asunto debemos decir que se entiende por servicio de taxi al que dispone de un taxímetro que establece en base al recorrido y tiempo un importe a abonar, mientras que la explotación de un servicio de transporte autorizado sin el uso de tal implemento y por una tarifa determinada constituye el de remisse. Normalmente, ambos supuestos se encuentran regulados por disposiciones comunales que estipulan un número máximo de permisos, como así regulan las características y condiciones bajo las cuales pueden éstos ser transmitidos.

En relación a los taxis y remises, alguna de las cuestiones más álgidas que se plantean pasan por la limitación o no en el número de permisos autorizados y en el segundo caso en la necesidad de conformar «agencias». Decimos esto, por cuanto normalmente se observa en los Concejos Deliberantes peticiones que tienen que ver con el carácter cerrado en el número de prestadores del servicio y la queja por los altos precios que se pagan en las

94 Juzg. Prim. Inst. Cont. Adm. Dolores, Bilbao, Roberto Daniel c. Municipalidad de Chascomús s. Amparo, 05-IV-2004.

transferencias de los a veces escasos permisos otorgados. Y en este último aspecto quería detenerme. Es muy usual que en muchas comunas aquél que obtiene el beneficio de una concesión la transfiera a un tercero mediante el pago de un precio. Ese precio de acuerdo a las circunstancias y casos, resulta ser elevado y evidentemente no pasa por las arcas municipales, sino por la transacción privada llevada a cabo entre transfiere y transferido. Sin embargo, creemos que una legislación comunal inteligente debiera impedir tal posibilidad. Acordado un permiso, si el mismo no es explotado o no puede continuar siendo explotado debe regresar al municipio, para disponer éste un eventual nuevo otorgamiento.

6.2.O. El inciso 24 contempla la posibilidad reglamentaria del Departamento Deliberativo en relación a la construcción, ampliación, modificación, reparación y demolición de edificios públicos y privados.⁹⁵ El inciso tal como se encuentra redactado origina al menos un par de interrogantes de importancia. El primero es si esta facultad puede ser ejercida de igual manera sobre aquellos inmuebles privados que sobre los públicos. La segunda, si la competencia que atribuye la norma es exclusiva del HCD y en su caso, como se complementa con el actuar del departamento Ejecutivo. La tercera obedece a en qué medida la sanción de demolición, no resulta por sus características inconstitucional.

En el primer sentido, es indudable que los límites que ya hemos apuntado en relación al ejercicio del Poder de Policía son particularmente válidos en cuanto a reglamentaciones u actos administrativos que se dicten en esta área atento poder conculcarse un derecho de raigambre constitucional, como es el de propiedad. Aquí nuevamente se impone un estricto criterio de razonabilidad en las Ordenanzas que dicte el HCD, en cuanto a las restricciones que se intentan aplicar y el resultado al que se pretende arribar. Este criterio lo ha sustentado expresamente la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en: Martins Oliveira, Jerónimo s/ Demanda de Inconstitucionalidad, D.J.B.A., 126 P. 26, donde se expresó la necesidad (frente a la facultad genérica de los Concejos Deliberantes y departamentos ejecutivos comunales de disponer medidas de estas características, en el caso demolición) de extremar el análisis de la razonabilidad de la medida y de la proporcionalidad entre el medio elegido y fin perseguido.

En cuanto a quién corresponde la competencia para ordenar la adopción de este tipo de medidas, tal como expresamente estipula la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en principio la facultad ha sido concedida en forma genérica a ambos departamentos. Es claro que todo lo que se refiere a la reglamentación de la manera, posibilidades y forma en que se efectúan y en su caso se disponen sanciones, compete al deliberativo. La ejecución, por el contrario, no resulta tan clara en cuanto a que la misma sea de exclusividad del Ejecutivo, por cuanto si bien el inciso 24) se encuentra dentro del

95 AGG, Dictamen, La Plata, Julio de 2002. «La opinión jurídica que se emite, necesariamente, se halla circunscripta a abordar la cuestión desde una perspectiva limitada al marco legal y genérico que establece la Ley de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo (Decreto-Ley 8912/77). En ese orden de ideas, deviene oportuno destacar que dicho cuerpo legal, ha receptado las concepciones urbanísticas, en orden a preservar y mejorar el medio ambiente, respecto de la creación, ampliación y reestructuración de núcleos urbanos, del uso y subdivisión de la tierra. Con ajuste a ello, la interpretación de sus normas como de las que eventualmente haya dictado esa Comuna no deben excluir la consideración del interés público prevalente en todo lo relativo al ordenamiento y uso del suelo, no pudiendo el Estado, así, limitarse a la simple verificación de los recaudos formales y su adecuación genérica a las normas de los planes urbanísticos o de las construcciones, sino también a verificar si los proyectos atienden en los hechos a las necesidades comunitarias. Bajo tal premisa, el citado Decreto Ley prescribe que «la responsabilidad primaria del ordenamiento urbano recae en el nivel municipal y será obligatorio para cada partido como instrumento sectorial» (art. 70). Por otra parte se destaca que dicha normativa provincial constituye una ley marco para el accionar de las Comunas, en la elaboración de sus planes de ordenamiento territorial y uso del suelo, estableciendo pautas urbanísticas, que a modo de mínimo y máximo, reglamentan el ejercicio del poder de policía municipal. Consecuentemente, la norma en cuestión contiene pautas que tienden a establecer principios jurídicos que garantizan las modalidades específicas del derecho urbanístico y no menoscaban el de igualdad ante la Ley, evitando así excepciones a normas generales, sin el cumplimiento de los esenciales requisitos de legalidad y razonabilidad. Por lo tanto, así como una restricción debe imponerse de manera general para todos los inmuebles que se encuentren en iguales condiciones, también una modificación posterior o acto de excepción requiere reunir similares recaudos. Es decir, que si bien junto a la regla general puede coexistir una excepción, esta debe ser razonable y creada sobre datos objetivos susceptibles de ser utilizada por cuantos se encuentren en la misma situación.»

ámbito de las facultades reglamentarias del HCD, la propia redacción de ese artículo sugiere la posibilidad de que el Concejo dicte actos administrativos individuales aplicando las mismas.

Sobre la constitucionalidad de la medida de demolición se ha expedido puntualmente el máximo órgano tribunalicio bonaerense en Oasis S.R.L. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Cobro de pesos por daños y perjuicios y daño moral, donde se estableció que la demolición de una construcción antirreglamentaria, es un ejercicio autorizado y constitucional del poder de policía con el que se encuentra dotada la Municipalidad.⁹⁶

6.2.P. El inciso 25, autoriza a los HCD a reglamentar las propiedades ribereñas y condominio de muros y cercos.

6.2.Q. El inciso 26 autoriza al concejo a reglamentar los servicios fúnebres y casas de velatorios.

6.2.R. El inciso 27) refiere al funcionamiento de comisiones o sociedades de fomento. Este inciso, posee una trascendental importancia habida cuenta del rol cada vez más destacado que cumplen las uniones, comisiones o sociedades de fomento o vecinales, verdaderas promotoras de desarrollo barrial.⁹⁷

Por ello no es de extrañar que ya sean varias las comunas que apoyan las peticiones de las sociedades de fomento, asignándole roles en las constituciones de consorcios para la prestación de ciertos servicios. Su labor resulta en tanto esfuerzo comunitario un gran empuje a la actividad comunal.⁹⁸

Sin perjuicio de este primer comentario, un tanto aséptico de contenido político, no podemos dejar de reseñar que en tanto portavoz de numerosos vecinos y en su consecuencia como organización que posee cierto poder político, las sociedades de fomento se encuentran muchas veces en situación de clara confrontación o de apoyo incondicional a las autoridades municipales.

Por tal circunstancia es esencial que los HCD en tanto creadores del marco regulador local del funcionamiento de estas instituciones brinden ciertas garantías en cuanto a la constitución, independencia y democratización de la estructura de las mismas.

Ahora bien, es claro que compete al HCD el establecer el marco normativo bajo el cual las sociedades de fomento se estructuran y funcionan dentro de la comuna, sin embargo, es facultad del Departamento Ejecutivo todos aquellos aspectos que hacen a la instrumentación, cumplimiento y ejecución de la Ordenanza respectiva, a la que debe sujetarse en sus actos administrativos.⁹⁹

Otra cuestión vinculada a esta problemática, es en qué medida existe vinculación de derecho administrativo entre las Sociedades de Fomento y la Municipalidad. La actividad municipal se limita a regular el funcionamiento de las sociedades, su autorización y su disolución. Ello en modo alguno supone que las comisiones de fomento constituyan organismos administrativos o que posean una vinculación desde el punto de vista de ese derecho con

96 SCJBA, Oasis S.R.L. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Cobro de pesos por daños y perjuicios y daño moral, E.D. Tomo 115 P g. 357 - JA Tomo 1986-III P g. 169 - DJBATomo 1985-129 P g. 561 - AYS 1985-1-150.

97 Por ello no es de extrañar que ya sean varias las comunas que apoyan las peticiones de las sociedades de fomento, asignándole roles en las constituciones de consorcios para la prestación de ciertos servicios públicos. Un claro ejemplo lo constituye la comuna de Junín, en la realización de tramos de pavimento o en la instalación de gas natural. Por otra parte y a la luz de las últimas proyecciones económicas que ponen el acento en las asociaciones no gubernamentales (ONG) como base de desarrollos futuros y de creación de empleos (Rastkin, Drucker, Peter, entre otros) no cabe sino asignar importantes proyecciones a las mismas.

98 No son extrañas inclusive las comunas que han incorporado a las Uniones Vecinales no sólo a la ejecución de obras, sino a la propia incidencia en la elección de los proyectos y políticas a implementarse en su barrio. Sobre el particular resulta de interés la lectura del artículo del Grupo Sophia, ¿Cómo hacer del presupuesto un ámbito de participación y decisión compartido?: El Presupuesto Participativo en la Municipalidad de Maipú, en Propuesta Municipal, año 3 n°33, pág. 19, en donde se refleja una experiencia de participación vecinal en la elaboración de presupuestos, de igual manera aconsejamos visitar la página WEB de la Municipalidad de Córdoba en <http://www.nt.com.ar/cordoba/ciudad/descentra>.

las autoridades comunales. Así ha sido resuelto por la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, in re: «Regalado, Fernando M. c/ Municip. de Pergamino s/ Acc. de Amp. -cuestión de competencia art. 6§ C.C.A», donde se expresó: «Si no surge en autos que el reclamante ocupe una particular situación jurídica administrativa frente a la comuna demandada, corresponde declarar que el juicio no es de la competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia (art. 149 inc. 3§ Const. Prov.). En el caso, el actor acciona en su carácter de vecino invocando su derecho a no ser removido del cargo en que fue elegido por sus pares como socio activo de la Sociedad de Fomento.»¹⁰⁰

6.2.S. Creación de establecimientos, delegaciones y divisiones del Municipio. Debemos en primer término aclarar algunos aspectos referidos específicamente a los alcances de este artículo. En efecto, en tanto el artículo 27 LOM se refería a la reglamentación que el Concejo puede establecer para el desarrollo de ciertas actividades principalmente en manos de particulares, por ejemplo la habilitación de mataderos. El artículo 28 LOM, que ahora analizamos, abre la posibilidad de que el Municipio pueda establecer, crear y atender dentro de la órbita municipal establecimientos o instituciones públicos -aún operados privadamente para un mejor funcionamiento municipal -vgr. Instalar un matadero municipal.

En cuanto a la redacción del artículo 28 resulta de meridiana claridad, con la sola excepción su inciso inciso 7°, que al mencionar como potestad del deliberante la zonificación y restricciones al dominio, está claramente hablando de reglamentación y no de creación de instituciones comunales, por lo que nos parece que hubiese sido conveniente incluir el tema dentro del contenido del artículo 27 de la LOM.

6.3. FACULTADES REGLAMENTARIAS.

Ingresando ya al estudio de los supuestos contemplados por el artículo 28 LOM, encontramos que el primero de ellos habilita al HCD a establecer centros asistenciales de complejidad diversa.

Tal potestad, vivida como un deber en gran parte de las comunas, no deja de causar conflictos entre distintos municipios. Particularmente esto es visible en el caso de los Hospitales,

99 En este sentido ha entendido la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos caratulados: «Sociedad de Fomento VillaLas Tunas y Altos Talar, c/Municipalidad de Tigre s/ Demanda Contencioso Administrativa», que: «La clausura e intervención de una Sociedad de Fomento anteriormente reconocida por la autoridad municipal para desarrollar su acción en una zona delimitada del partido, resulta carente de causa, si no se documentan en las actuaciones administrativas ninguno de los hechos cuya gravedad se invoca como antecedente para decretarla. Debiendo éstos encontrarse demostrados con anterioridad a su dictado, para fundar la actividad administrativa consecuente, es inconducente la prueba testimonial rendida al efecto en el transcurso del proceso. Previsto en el trámite para retirar el reconocimiento otorgado por la Municipalidad a una Sociedad de Fomento, la previa intimación para que encauce su desenvolvimiento en el plazo de treinta días (Ordenanza 473/64) no puede decidirse directamente su disolución por la mera comprobación de irregularidades, sin cumplir con el procedimiento proscripto al efecto. Sobre todo cuando la 'disolución no era una forma de extinción atribuida al Municipio, que sólo estaba autorizado para retirar el reconocimiento acordado. Existiendo una Ordenanza que impone un procedimiento dado para el dictado de un acto, la autoridad debe ajustarse a él en resguardo del principio de legalidad que le impone respetar la norma general por ella misma emanada. Si así no lo hace, obra excediendo las atribuciones normativamente conferidas. El decreto municipal que disuelve una Sociedad de Fomento anteriormente reconocida y ordena la incorporación de sus bienes al patrimonio municipal, sin que la disolución este prevista como forma extintiva atribuida a la Comuna, se configura como acto irrazonable en tanto notoriamente desproporcionado en su consecuente con relación a los antecedentes que debían servirle de causa y a las normas jurídicas que conferían la potestad extintiva de la situación administrativa creada». SCJBA, causa B 48763 S, 30-VII-1985, AYS Tomo 1985-11, P. 274.

toda vez que existe la tendencia de que aquellos municipios que cuentan con basta infraestructura hospitalaria acordada por la Provincia de Buenos Aires, eviten tener que reiterar erogaciones en la creación de Hospitales Municipales. Existen casos muy concretos, como el de la ciudad

de Junín, que dispone de un Hospital Interzonal Provincial, mientras que los partidos vecinos de Vedia o de Chacabuco deben solventar la asistencia hospitalaria.¹⁰¹ En este sentido creemos que no llega a ser paliativo el mecanismo de coparticipación secundaria desde el Ministerio de Economía y Hacienda de la Provincia, hacia las comunas. Es diáfano que nada impide que los partidos mencionados en primer término, puedan el día de mañana disponer la creación de centros asistenciales, sin perjuicio de lo cual, ello difícilmente ocurra ya que la Provincia se hace cargo de esas necesidades.

En cuanto hacemos referencia al servicio de ambulancias médicas, es innegable que el artículo acuerda la facultad de crear el mismo. Servicio que podrá ser prestado directamente o por medio de terceros.

Bibliotecas Públicas: Coherente con la tendencia nacional, no es demasiada la atención que se presta en nuestras comunas a la creación y organización de Bibliotecas Públicas Comunales.

La diferencia en este aspecto con lo encontrado y visto en otros países, particularmente en los Estados Unidos, es abrumadora. En efecto, siendo que una de las actividades esenciales de la comuna es fomentar y poner a disposición de sus vecinos mecanismos de crecimiento cultural y educativo, son contadísimos los Partidos Bonaerenses que han dado trascendencia al fortalecimiento de estas instituciones.

Instituciones dedicadas a la Educación Física: en este sentido es común que las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, establezcan centros deportivos, los que sirven a brindar educación física y capacitar a atletas. En esta área y exceptuando algunas comunas, las deficiencias suelen ser marcadas. Cabe destacar sin embargo, que compete el HCD únicamente el establecimiento, mientras que es propio del Departamento Ejecutivo, las instrumentaciones, mantenimientos e inspecciones pertinentes.

Tabladas, mataderos y abastos: En términos generales y sin perjuicio de ciertas experiencias municipales efectuadas durante la década de 1980 destinadas a establecer mercados de abasto municipal, la tendencia uniforme es abandonar la prestación de esta actividad por la comuna. Esta institución proveniente del derecho colonial español, toda vez que era atribución de los Cabildos proveer este servicio, ha sido desplazada por la tendencia reciente de proceder al cierre o privatización de estas actividades, reservándose el municipio las facultades exclusivamente de reglamentación y contralor.

Cementerios. En forma inveterada se reconocieron en nuestro ordenamiento jurídico municipal dos aspectos en relación al tema: (a) la facultad municipal de establecer cementerios y (b) la imposibilidad de ser propiedad u operados por particulares. Sin embargo, a partir del decreto Ley 9.094/78 y de la Ordenanza General 221 realidad cambió notablemente, de manera tal que existen ya numerosos cementerios o parques cementerios distribuidos en la Provincia de Buenos Aires habilitados a tales efectos. Estos cementerios deben conformarse¹⁰² a las normas de zonificación y planes de regulación, que esencialmente protegiendo la salud pública se encuentran rigiendo en la Provincia y Municipios.

Cuarteles del Partido y Delegaciones Municipales: Con respecto a la primera de las posibilidades, el desarrollo de los cuarteles respondía en sus orígenes a un esquema municipal en el cual las autoridades eran alcaldes que colaboraban con el Juez de Paz (antiguo funcionario) que cumplía las veces de Intendente) y que eran elegidos por cada una de dichas

100 SCBA, B 54982 116-2-93, base de datos JUBA.

101 Un ejemplo muy interesante de ello, fue el esfuerzo realizado por la Municipalidad de Ensenada, para lograr transferir el hospital Horacio Cestino, a la órbita de la Provincia de Buenos Aires, equiparando su situación a la de la Municipalidad de La Plata, asiento de importantes centros hospitalarios provinciales.

divisiones territoriales. Con el paso del tiempo, tal circunscripción administrativa ha perdido importancia, a punto tal de que la LOM no menciona a los mismos en ningún otro artículo de su redacción.

En cuanto a las delegaciones, es una de las áreas que mayor conflicto plantean. Ello es así toda vez que habiéndose adoptado un sistema de Municipio-Partido, en el cual existe una base territorial acordada a cada Municipalidad, ello origina que en un mismo Partido coexistan ciudades o pueblos con similar peso demográfico, pero cuyos destinos son decididos desde aquél que es cabecera de Partido, elección que compete a la Provincia de Buenos Aires (artículo 190 y ss. de la Constitución Provincial, Artículo 1° LOM).

Esta situación se ve completada por el hecho de que los delegados comunales son nombrados por el departamento ejecutivo quien posee competencia exclusiva para así proceder. En consecuencia, no deja de ser preocupante el sistema establecido en Partidos en los cuales dos o tres comunidades poseen el mismo peso demográfico y que se ven en situación de no poder concretamente gobernar sus propios destinos, (ejemplo Partido de Gral. Arenales, en la que al menos cuatro de los pueblos que la integran poseen similar población: Gral. Arenales, Arribeños, Ferré y Ascensión).

Respecto de la posibilidad de que esos delegados municipales sean electos directamente por sus comunidades, existen distintos municipios que han ido dictando ordenanzas en tal sentido. Cabe aclarar que siendo la designación de esas autoridades una potestad reconocida por la LOM al Intendente Municipal, será necesario que éste brinde su consentimiento a dicho mecanismo, sin que el HCD pueda imponer una ordenanza en tal sentido.¹⁰³ Problema distinto es el caso de que el delegado sea elegido por sus vecinos, ¿Puede en tal caso ser destituido por el Intendente? En tal sentido habrá de estarse a la Ordenanza y al mecanismo de remoción que la misma estipula. Ello así, por cuanto si bien es cierto que el Intendente es quién conforme a la LOM dispone de la potestad de designar y remover, no lo es menos que al aceptar una restricción de las mismas, debe someterse a un paralelismo de formas. De otra manera, por vía de un acto administrativo, estaría dejando de aplicar una ley local.

¿Pueden los municipios crear sus propias banderas? Recientemente me encontré en un acto de un municipio bonaerense, que a la par del escudo presentaba su propia bandera. Preguntado por esta cuestión, es decir sobre la posibilidad de que cada Municipalidad pueda crear sus propias divisas, hallé un dictamen de la asesoría general de Gobierno que desautorizaba la existencia de tal potestad.¹⁰⁴

102 Ordenanza General 221 para todos los Partidos de la Provincia. La Plata, 30 de junio de 1978. Visto lo actuado en el Expediente N° 2.100-18.391/77, el Gobernador de la provincia de Buenos Aires, en el ejercicio de las facultades de los departamentos Deliberativos Municipales, sanciona con fuerza de ORDENANZA GENERAL. Artículo 1° - Podrán establecerse, en los distintos partidos de la Provincia, cementerios privados, bajo la condición de que las normas de zonificación y de regulación urbana de aquellos expresamente lo admitan. Artículo 2° - La autorización pertinente para instalar los cementerios privados quedará supeditada a que los peticionantes de la misma acrediten el carácter de titulares del dominio del suelo afectado a tal fin. Artículo 3° - Las autoridades municipales pertinentes sólo podrán otorgar autorización para instalar cementerios privados, cuando los mismos presenten las características de necrópolis parquizadas. Artículo 4° - Los municipios deberán establecer las superficies mínimas y máximas que deberán contar los cementerios, previendo asimismo la posibilidad de afectar mayor superficie de terreno como reservas para el caso de futuras ampliaciones.

103 La AGG ha dicho: «Secretaría Letrada en actuación de julio de 2003. (Artículos 3, 107, 108 inc. 9 y 16, 178 inc. 1 y 181) La elección de Delegados Municipales por el voto directo de los ciudadanos sólo sería jurídicamente viable en la medida que el señor Intendente decida auto limitarse en esa potestad, mediante el dictado del pertinente acto administrativo de alcance general y, en la medida que sean equiparados a Secretarios, se les podrá delegar aquellas facultades prescriptas en el artículo 181 de la LOM. Por otro lado, resulta conveniente destacar que toda vez que en el ámbito municipal –además de los Consejeros Escolares– el legislador sólo ha previsto la elección por el voto popular en los cargos de Intendente y Concejal (conf. artículo 3 de la L.O.M., artículos 117, ss. y conc. de la Ley Electoral de la Provincia de Buenos Aires N° 5109 y modif.), la juricidad de extender el sistema de designación a los Delegados Municipales será admisible en la medida que para estos últimos se dicte en particular una reglamentación propia y diferenciada de la legislación electoral provincial, que le resulta extraña e inaplicable.»

104 AGG, Expediente N° 2113-113/97. «Se solicita dictamen de esta Asesoría General de Gobierno referida a la posibilidad de creación de una bandera que identifique al partido de San Pedro. De inicio corresponde dejar sentado

Las zonas residenciales e industriales del partido. Urbanización. Esta área es una de las que ofrece mayores posibilidades, como así aristas conflictivas en la labor del HCD. Ello así en primer término por cuanto es la llave del urbanismo comunal en la medida en que permite al Municipio definir las características que ha de asumir la organización del uso territorial. La zonificación importa en la práctica imponer restricciones al dominio basado en razonables disposiciones que tutelan el orden público y que sirven al mejor ordenamiento urbanístico. Estas restricciones por su parte no generan, excepto en casos excepcionales, derecho a compensación alguna de parte del propietario.

Con respecto al tipo de zonificación que se utiliza en nuestro País, en términos generales podemos afirmar que responden al tipo denominado Euclidean en el derecho norteamericano.¹⁰⁵ Este sistema consiste en dividir el uso del suelo en áreas geométricas en las que se establecen diversas finalidades para cada una de ellas, las que a su vez son categorizadas de acuerdo a «altos usos» o «bajos usos». De acuerdo a este esquema, en las zonas de alto uso no es admisible el destino a otros fines que a ese (por ejemplo, si se trata de una zona residencial, no se permitirá otro tipo de construcción que aquel que sea coherente con ese destino).¹⁰⁶ En los últimos tiempos se ha impuesto en los Estados Unidos un nuevo sistema de zonificación que le permite al inversor inmobiliario gozar de ciertas excepciones en el régimen de zonificación, a cambio de invertir parte de la ganancia obtenida en la construcción de bienes de uso público tales como museos, edificios. Por el contrario en zonas de «bajos usos», no sólo es posible utilizar para esos fines, por ejemplo industriales, sino que será también posible efectuar construcciones de tipo residencial. En nuestro ordenamiento, es posible asimismo encontrar zonificaciones mixtas, lo que origina un quiebre menor en este sistema. Tres principios son básicos desde el punto de vista legal en la zonificación: (1) En tanto limitación a un derecho de propiedad, debe ser razonable. Es decir debe guardar una proporcionalidad con el fin buscado y que establece la propia norma. En este sentido, en enjudioso decisorio de la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, y particularmente en el voto del Dr. Antonino Vivanco, se reitera dicho concepto. Es así que puntualmente se expresó: «En virtud de la autoridad que a las comunas le otorga la Ley Orgánica de Municipalidades (decreto-ley 6769/58 y Ley 9117), éstas pueden validamente establecer restricciones al funcionamiento de actividades industriales en ciertas zonas -que pueden alcanzar a todo el territorio del partido-, en virtud de que conforme a un razonable criterio su instalación o subsistencia no convenga al interés público». (In re: «Martins Oliveira, Jerónimo s/ Demanda de Inconstitucionalidad», en DJBA Tomo 126, pag. 26 - E.D. Tomo 110, pág. 411). (2) La zonificación, es una facultad exclusivamente deliberativa. En este sentido no concurren facultades con el Poder Ejecutivo comunal. (3) Las propiedad Nacionales y Provin-

que la cuestión de los símbolos, como afecta las características de la nacionalidad y la organización nacional, es una cuestión que requiere sumo cuidado en su tratamiento, propio de la índole de esta clase de asuntos. En tal sentido debe señalarse que sobre el tema existen antecedentes históricos, a partir de la Revolución de Mayo que a iniciativa de las provincias, se han creado sus banderas expresando así sus respectivas identidades político-institucionales. Dentro de ese marco normativo se pueden citar los Decretos Nacionales del 19/5/869; 25/4/884; 33026/33; 1027/43; Ley Prov. 4351 y Decreto Reglamentario N° 813/35; Res. P.E. del 8-3-37 Ley N° 11.779. Sin perjuicio de ello propio es valorar también la tradición patria, no por ello exenta de juricidad, y que permitirá a este Organismo Asesor fundar su opinión. En ese terreno corresponde plantearse el interrogante de por qué las Municipalidades tienen sus propios escudos y consecuentemente no pueden tener también sus propias banderas. La bandera es el distintivo más simbólico, al que se rinde mayor respeto y el que suscita mayor entusiasmo; es un arbitrio privativo de la soberanía nacional y de las autonomías provinciales en el marco de la forma de gobierno republicana y federal adoptada por la Constitución Nacional (artículos 1° y 5°). En cambio el escudo identifica una estructura u organización institucional dentro de la cual se encuentran las Municipalidades (artículos 5° y 123° C.N. y artículos 190-191 C.P.) que sirve para distinguirse unas de otras. En consecuencia, por el respeto que la tradición patria exige, y en ausencia de disposición constitucional o legal que expresamente lo autorice, esta Asesoría General de Gobierno estima improcedente la creación de una bandera municipal» Cabe indicar que a pesar de este dictamen, numerosas municipalidades bonaerenses cuenta no sólo con una bandera Municipal, sino inclusive con una por cada localidad que la compone, como es el caso de Escobar, que las prevee para Maschwitz, Matheu, Loma Verde, entre otras.

ciales, quedan fuera de la posibilidad de zonificación de parte del Municipio, el que carece de jurisdicción e imperio sobre aquellas propiedades.

¿Qué propósitos acuerdan razonabilidad a la zonificación? Por cierto no abundan los manuales que indican en qué casos es razonable establecer estas restricciones al dominio. De hecho es de suponer que compete al propio sentido común de los concejales analizar en cada caso concreto. Sin embargo, es posible establecer por vía del análisis de antecedentes jurisdiccionales ciertas guías en las que existen pocas dudas acerca de la procedencia de estas limitaciones.

En primer lugar de estos antecedentes jurisprudenciales resulta que el derecho de propiedad que puede invocarse frente a restricciones impuestas en el ejercicio del poder de policía comunal no consiste en la garantía genérica declarada en el artículo 17 de la C.N. (y art. 2513 del Código Civil), sino del art. 2611 del Código Civil que rige la vinculación entre el dominio privado y las restricciones administrativas. Por otra parte, el mismo decisorio establece que la policía de la tranquilidad pública en la medida en que intente impedir molestias a los vecinos, las que resultan claramente evitables, debe ejercer sus facultades en tal sentido, constituyendo ello por vía de reglamentación de ciertas horas, o lugares una restricción necesaria y razonable de los derechos de trabajar y ejercer toda industria lícita, de usar y disponer de la propiedad.¹⁰⁷

En reciente fallo de la SCJBA,¹⁰⁸ se vuelve a reiterar este criterio, al haberse cuestionado la autorización brindada por una Ordenanza Municipal para instalar un supermercado en una zona residencial en la localidad de Marcos Paz. Allí un vecino cuestionó tal uso, alegando que le provocaba un daño al valor de su propiedad, la autorización acordada al mencionado establecimiento comercial. La Corte entendió que habiéndose cumplido los términos formales establecidos por la LOM, no correspondía detener la obra, ni indemnizar. Así señaló: «El legislador provincial ha concebido a la zonificación como un «instrumento técnico jurídico tendiente a cubrir las necesidades mínimas de ordenamiento físico territorial, determinando su estructura general, la de cada una de sus áreas y zonas constructivas, en especial las de tipo urbano, estableciendo normas de uso, ocupación y subdivisión del suelo, dotación de infraestructura básica y morfología para cada una de ellas» (art. 78, dec. ley 8912/ 1977). Su ejercicio, como proceso de ordenamiento territorial, recae principalmente en el nivel municipal (art. 70, dec. ley 8912/1977).

En este marco no advierto irrazonabilidad alguna en la Ordenanza 25/1994. En efecto: tal como surge del informe de fs. 35/36 y 39 del expediente administrativo, se ha constatado que en los frentes de la ruta 200 de esa localidad, se encuentran establecidos depósitos de vino y leña; corralones de materiales para la construcción; negocios y una pequeña industria metalúrgica, lo que prueba una situación fáctica previa a la sanción de la ordenanza impugnada, proclive a la zonificación como Zona Residencial Mixta (Z.R.M.).

Desde hace tiempo se ha reconocido a las municipalidades la atribución de zonificar la ciudad según sus usos (in re «Dituri, José c/Municipalidad de Tucumán», Fallos 195:108). En ese fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que la fijación de radios y condiciones para la instalación de mercados generales y particulares ejemplos de medidas de zonificación son notoriamente función municipal y que en cuanto no sean arbitrarias, desiguales o

105 La denominación proviene de la causa *Village of Euclid v. Ambler Realty*, 272 U.S. 365 (1926). En esos autos se estableció que la zonificación consistía en un ejercicio legítimo del Poder de Policía, el cual no repugna en forma alguna la Constitución.

106 En los últimos tiempos se ha impuesto en los Estados Unidos un nuevo sistema de zonificación que le permite al inversor inmobiliario gozar de ciertas excepciones en el régimen de zonificación, a cambio de invertir parte de la ganancia obtenida en la construcción de bienes de uso público tales como museos, edificios comunales o viviendas de bajo precio para gente carenciada (ver. «*Simmons v. City of Moscow*», Supreme Court of Idaho, 1986, 111 Idaho 14, 720 P.2d 197.; «*Emerson College v. City of Boston*», Supreme Judicial of Massachusetts, 1984. 391 Mass. 415, 462 N.E. 2d. 1098. Asimismo puede verse: Fred Bosselman & Nancy Stroud, *Mandatory Tithes: The Legality of Land Development Linkage*, 9 Nova L.J., 1985, Pp. 383-411.

carentes de fundamentos elementales u obedezcan a motivos de índole persecutoria, deben admitirse.

En el mismo sentido, se expidió esta Suprema Corte expresando que las autoridades comunales tienen legalmente asignadas por la Ley Orgánica de Municipalidades (dec. ley 6769/1958, reformado por la ley 9117), la potestad de reglamentar la radicación, habilitación y funcionamiento de los establecimientos comerciales e industriales y su zonificación arts. 27 inc. 1 y 28 inc. 7 (causas I. 1129, «Martins Oliveira», sent. del 10IV1984; I. 1248, «Sancho», sent. del 15-V-1990; B. 50.333, «Nida S.A.C.I.F.I.», sent. del 2-III-1999). Por otro lado, entiendo que cuando los municipios obran en ejercicio de este poder de policía e imponen al derecho privado restricciones racionales y compatibles con el interés público, no puede invocarse un derecho irrevocablemente adquirido frente al orden público (cfr. «D.J.B.A.», t. 117:57; t. 119:497 y 502).

En el presente caso la ordenanza impugnada ha tenido como fundamento que los usos mas solicitados de la zona corresponden a pequeñas industrias inocuas, existiendo antecedentes de ellas en la misma zona, siendo la zonificación decretada «... mas apropiada para adecuar esta situación sin deformar las características residenciales propias...» v. considerandos de la Ordenanza 25/1994.

Así surge del informe obrante a fs. 35/36 del expediente administrativo que se ha «... podido constatar en casi todos los frentes a la Ruta 200, se observan depósitos (de vino, leña, etc.) corralones de materiales de la construcción, negocios (talabartería) hasta incluso una pequeña industria metalúrgica...».

Considero que la ordenanza atacada no se aparta de los objetivos establecidos en la Ordenanza 32/1983 Ordenanza de Zonificación según usos tendiendo a la estructuración del espacio urbano para satisfacción de los requerimientos y necesidades de la comunidad, orientando el desarrollo del núcleo dentro de una estructura física que determine una distribución armónica de las actividades y permitiendo la localización de la mayor cantidad de usos compatibles con las características predominantes de cada zona con el objeto de favorecer la movilidad entre las mismas ver fs. 122 y 123.

Es dable resaltar, asimismo, que tal como lo pone de manifiesto el representante de la comuna accionada, la propiedad del actor no ha sido objeto de la nueva zonificación, manteniéndose su propiedad bajo el régimen de la Zona Residencial (Z.R.4.).

Siendo ello así, la circunstancia de que una ordenanza municipal restrinja las ventajas o facilidades que contaba el titular del bien, sin que medie una privación o lesión en los atributos esenciales del derecho de propiedad como en el caso no es motivo suficiente para declararla inválida, pues la propiedad privada debe ceder ante los fines públicos de seguridad, prosperidad, higiene, ornato, cultura, buenas costumbres, etc., que justifican el ejercicio del poder de policía (arts. 14 y 17 de la Constitución de la Nación; 10 y 11 de la Constitución provincial; doct. C.S.J.N., causas «Galanti», cit. y «Beccan, Manuel c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», sent. del 9-V-1989)».

En un caso similar en sus características, puntualmente la existencia en un barrio residencial de Mar del Plata de un depósito y aserradero de maderas, actividad que provocaba ruidos, partículas de polvo, causando grandes molestias a sus vecinos, se entendió razonable la reglamentación y consecuente acto administrativo por el cual se ordenó el cese de las molestias.¹⁰⁹

En otro caso en el que se cuestionó la inhabilitación de un hotel alojamiento, por la posterior instalación de una Escuela en cercanías del mismo, la Suprema Corte expresó. La Ordenanza general 96 establece que las autorizaciones de radicación de hoteles alojamiento que se otorguen incluirán la condición de caducidad ipso jure para el caso de instalarse un

109 Cám.Civ. y Com. Mar del Plata, 76980 RSD-173-90 S, Di Gerónimo, Alberto Jorge el González, Juan y otra s/ Daños y perjuicios, 3-VII-1990.

110 SCJBA, causa B. 59.316, De Grazia, José contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa, 21-V- 2008.

establecimiento de enseñanza oficial a una distancia menor de doscientos metros y agrega que tal condición de caducidad rige igualmente para los establecimientos que a la fecha de su sanción se hallen en funcionamiento, de lo cual se desprende que legisla hacia el futuro, «desde ahora» (ex nunc), incluyendo excepcionalmente un supuesto en que la condición de caducidad tiene efecto retroactivo, «desde entonces» (ex tunc): cuando dentro del radio prohibido, esto es próximo a un comercio habilitado y en funcionamiento, se instale un establecimiento de enseñanza oficial. (En rigor no ha previsto el supuesto de un comercio habilitado y en funcionamiento próximo a una escuela estatal instalada asimismo con anterioridad a su dictado).», SCJBA, causa B 50333 S, Nida S.A.C.I.F.I. c/ Municipalidad de Quilmes s/ Demanda contencioso administrativa, 02-III-1999, DJBA 156, 185 En reciente causa¹¹⁰ se plantea un interesante problema, ¿Qué sucede si la zona donde se pretende dar un determinado uso, no se encuentra codificada? ¿Tiene el HCD que expedirse en un determinado tiempo? En el caso, el actor reclamó al HCD se zonificara la zona para poder habilitar un negocio avícola, el Concejo no lo hizo durante un prolongado tiempo, lo que motivó que el particular reclamara los daños y perjuicios ocasionados por tal falta de resolución. La Corte rechaza el planteo sosteniendo que el silencio, pudo haber configurado una denegatoria tácita y que el Concejo no está obligado a emitir una ordenanza en un determinado sentido.

Supuesto particular es el que generan las nuevas tecnologías, entre las que se encuentran particularmente las antenas de telecomunicación. Respecto de las mismas existen al menos tres aspectos que se plantean como conflictivos con las empresas: 1) las tasas municipales que pueden gravar las mismas – aspecto sobre el que nos referiremos al tratar la recaudación local; 2) las zonas donde pueden o no instalarse y 3) las condiciones de seguridad que deben cumplir.

Respecto de estos temas, se han planteado en la realidad numerosas hipótesis, donde la más importante ha radicado en el pedido de habilitación de antenas en zonas no reguladas específicamente para tal uso. Contrariamente a lo creído por el común de la gente, siendo el principio básico en la materia el de legalidad, frente a la falta de regulación no puede el Departamento Ejecutivo conceder la autorización; sino solicitar al Departamento Deliberativo se expida. Igualmente la cuestión no está exenta de polémicas, habida cuenta la sospecha generalizada de la población respecto de que las antenas pueden ocasionar graves problemas para la salud. Frente a ello se han dado todo tipo de ordenanzas, aunque toca reconocer, que llevadas ante los Tribunales, éstos se han inclinado por exigir a las empresas de telecomunicaciones pruebas concreta de la inocuidad de las instalaciones y en la duda, directamente se han inclinado por suspender las obras u ordenar el retiro de las ya existentes.¹¹¹

Relacionado con las zonificaciones, se encuentra asimismo la problemática de los permisos y habilitaciones, entendiéndose como tal el ejercicio del poder de policía que realiza el Municipio en forma preventiva, y en virtud de la salvaguarda del interés o necesidad colectiva.

Bajo este punto de vista, en la medida en que esas reglamentaciones sean razonables, las mismas resultan constitucionalmente válidas y no generan derecho a indemnización alguna por parte del vecino que fuera afectado por esas restricciones. Cabe asimismo aclarar que las nuevas ordenanzas se aplican a todas aquellas situaciones no consolidadas; es decir, si existen cambios normativos, no se puede amparar quien no ha adquirido un derecho previo, en la legislación anterior.¹¹²

111 CFApel. La Plata, Sala III, Expte. n° 14.465, Agüero, Norberto y otros c/ Municipalidad de Cañuelas s/ Amparo, 25-X-2007, «Ni el Municipio de Cañuelas, ni la Secretaría de Política Ambiental de la Provincia de Buenos Aires, autorizaron la instalación de la antena, puesto que TELECOM S.A no cumplió con los requisitos y trámite legalmente establecido para efectuarla.» El principio precautorio -de aplicación en el ámbito del derecho ambiental por mandato legislativo- indica que todo daño a la salud o al medio ambiente debe ser evitado o minimizado a través de medidas de carácter preventivo y que la realización de ciertas actividades o empleo de determinadas tecnologías cuyas consecuencias hacia las personas o medio ambiente sean inciertas, pero potencialmente graves, deben ser restringidas hasta que dicha incertidumbre sea resuelta en su mayor parte. Debe distinguirse este principio precautorio del llamado principio de prevención. Este último se dirige a un riesgo conocido que se busca precaver; aquél, a uno grave pero incierto. En materia ambiental lo más razonable y beneficioso es prevenir antes que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al medio ambiente. «Surge en el caso, el inicio de obras tendientes a la instalación de una antena de

El inciso 8) nuevamente y a igual que lo dispuesto por el inciso 28) del artículo anterior, abre un amplio espectro de posibilidades en el actuar concreto del HCD en materia de creación de establecimientos en dos direcciones: (a) social y (b) educacional. Cabe indicar que estas facultades están dentro del marco general de actuación del Municipio que provee el artículo 25. Las posibilidades sin embargo, son por cierto generosas. Es así que varios municipios, se han ocupado de acercar la educación universitaria a sus propios distritos mediante acción de los HCD. Casos concretos en que sea congruente y no prohibida por las leyes provinciales y nacionales.¹¹³ Claro está que se podrá plantear en qué medida se cumple con este recaudo cuando es un particular que se presenta solicitando como acto administrativo del Concejo Deliberante el otorgamiento de una excepción al régimen impositivo. Entendemos que en tanto exención, puede acordársele al solicitante, pero irá de suyo que deberá extenderse a cualquier otra persona en similar situación.

6.3. FACULTADES PRESUPUESTARIAS

Resulta de particular interés en el derecho municipal, el análisis del presupuesto comunal. Es que en el mismo se refleja la actividad económica de la comuna, su estructura de gastos y accionar gubernativo, como así se expresan las potestades y políticas tributarias acordadas a ellas por la organización provincial. De igual manera, ingresar en este capítulo implica necesariamente apuntar a aspectos esenciales que se vinculan con la autonomía o no de los municipios. Es que la mayor o menor posibilidad de decidir de una comuna en esta área se vincula directamente a la posibilidad de definir su destino como ciudad. No puede pensarse en modo alguno en un Municipio autónomo si al momento de implementar su política local depende en la obtención de sus recursos o en la determinación de sus gastos del Gobierno Provincial.¹¹⁴ El análisis del tema posee pues esa arista, pero también otras no menos importantes como aquellas que surgen de una realidad que nos muestra la existencia de cada vez mayores erogaciones en la satisfacción de necesidades comunales y la renuencia o simplemente la imposibilidad de cada vez mayor cantidad de vecinos de abonar dichos costos. No menos interesante es la polémica que presenta la administración eficiente de dichos fondos, lo que ha dado origen a cada vez mayores exigencias de una gerencia profesional¹¹⁵ En medio de estas situaciones, la decisión compete al HCD quien debe asumir los costos políticos de la aprobación de presupuestos, rendiciones de cuentas, como así expedirse sobre incrementos o sanción de nuevas cargas tributarias. Esto dicho en el contexto restrictivo del actuar de los Concejos Deliberantes sobre la materia, por cuanto, nada impide, de acuerdo al texto legal vigente, que sea el propio cuerpo el que asuma la iniciativa de llevar adelante procesos tendientes a implementar nuevas formas de recaudación.

Estas atribuciones en materia económica del HCD se orientan en una gran temática cual es la de sancionar un presupuesto comunal, analizando a tales fines el programa de gobierno que en el mismo se plasma, los gastos que éste supone, como así los medios con los cuales se ha de atender el mismo.

telecomunicaciones en el predio identificado catastralmente como: Circ.1°; Sec.B; Quinta 14; Fracción I; Parcela 1b, de la ciudad de Cañuelas, Provincia de Buenos Aires, en un zona urbana-poblada y en las cercanías de un jardín de infantes incumpliendo con los requisitos necesarios para efectuarla y sin la autorización correspondiente -afirmaciones todas efectuadas con carácter provisional conforme impone el estado procesal de la causa-. Considerando ello a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 de la ley 25675 que establece que frente a la existencia de un peligro de daño grave o irreversible -notas que cabe predicar de la situación fáctica que motiva la demanda- la falta de actualidad en cuanto al daño a la salud que provocarían las emisiones de la antena aún sin instalar, no puede invocarse para postergar la adopción de medidas eficaces, se impone -como lo ha hecho el a quo- el cese de la instalación de la antena de comunicaciones en el Barrio Rucanay.»

112 SCJBA, causa B 57.019, Bulus, Simón A. contra Municipalidad de La Plata. Demanda contencioso administrativa, 14-V-2003. En dicha causa el actor promueve demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de La Plata con la finalidad de que se anule el decreto 955 de fecha 17 de agosto de 1995 y se le otorgue la habilitación

La estructura fiscal de funcionamiento de una comuna se establece a través de un presupuesto de recursos y gastos. El mismo ha sido definido por Villegas como «acto de gobierno mediante el cual se prevén los ingresos y gastos estatales y se autorizan éstos últimos para un período futuro determinado, que generalmente es de un año»¹¹⁶. Refiriéndose al mismo tema, Giuliani Fonrouge en su clásica obra brinda su opinión favorable a la vista del presupuesto como algo más que un simple cálculo numérico, para convertirse en un plan de gobierno que se amplía en el tiempo y en el espacio, convirtiéndose en un instrumento de la gestión administrativa del Estado.¹¹⁷

En efecto, a través del presupuesto el Municipio determina básicamente los gastos o erogaciones que ha de efectuar, poniéndose en ese aspecto un límite que no puede superar y previsional al mismo tiempo los recursos que han de ingresar, cuyo número no puede conocer a ciencia cierta sino tan sólo «previsionar» ya que dependerán en definitiva de los recursos que se generen durante el curso del período fiscal.

Son principios ínsitos al derecho presupuestario y en particular aplicables al ámbito comunal los siguientes: (1) unidad: la totalidad de gastos e ingresos comunales deben ser previstos en un único presupuesto de manera tal de evitarse la posibilidad de ocultar los mismos a través de cuentas especiales o aisladas; (2) universalidad: significa que las partidas no pueden compensarse y que deben figurar tanto los ingresos como egresos expresados en bruto; (3) especialidad: expresa la necesidad de que las autorizaciones de gastos que otorga el HCD lo son por partidas afectadas a un uso determinado, de manera tal de facilitar luego el control sobre las rendiciones de cuenta.

definitiva para la agencia de remises y flete. El actor indica que el 26 de abril de 1994 inició un expediente solicitando la habilitación de una agencia de remises y fletes, cumplimentando los recaudos solicitados que le originaron gastos y erogaciones de su parte sin que el municipio resolviera su petición hasta pasados cinco meses. Tal demora, aduce, implicó que al momento de resolver acerca de la habilitación de referencia se aplicara al caso una normativa nueva la que no permitía la instalación de ese tipo de comercios en la zona en la cual se pretendía instalarlo. La Corte indica que en la especie se trata de un conflicto de intereses entre el particular que pretende realizar una actividad comercial lícita, denunciando la afectación producida por la prohibición municipal y las limitaciones impuestas en razón del interés público. En dicho ámbito, la función administrativa importa una modalidad de obrar de contenido prohibitivo, reglamentaria, reguladora por razones de bien común que pueda afectar la esfera de interés de un ciudadano en especial. Tal como se señaló en la causa B. 50.891, «Domini», «Acuerdos y Sentencias», 1996V802, los actos que se dictan en casos como el de autos, son propios de la Administración policial de contenido preventivo, mediante los cuales se reconoce el cumplimiento de las condiciones impuestas por la reglamentación en razón del interés o la necesidad colectiva. Con una decisión favorable el interesado queda facultado para desplegar cierta actividad. Implica la remoción de un obstáculo legal para dicho ejercicio. Si bien la solicitud de factibilidad se inició con anterioridad al dictado de la mentada Ordenanza, la misma norma especifica que sus alcances se extienden a los expedientes en trámite. La aplicación de la nueva normativa resulta lícita pues, como acontece en el caso, no vulnera derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia ya que no se trata de dejar sin efecto una autorización ya concedida sino de evaluar la factibilidad de otorgarla. Este es, por otra parte, el alcance de la pauta interpretativa que contiene el art. 3º del Código Civil en cuanto admite, como excepción al principio que consagra, que la aplicación retroactiva de un precepto se admita expresamente a condición de no afectar derechos y garantías constitucionales.

113 Similar recaudo se exige en la Jurisprudencia de los Estados Unidos, sobre el particular ver: «Pullman Car & Manufacturing Corp. V. Hamilton», 229 Ala. 184, 155 So. 616 (1934), en igual sentido «City of Houston v. Houston Endowment, Inc.», 428 S.W. 2d. 706 (Tex.Civ. App., 1968)».

114 Al respecto y más allá de numerosas críticas expresadas en el sentido de que los recursos municipales, dependen en gran medida de las coparticipaciones provinciales, a nivel nacional y de acuerdo a información suministrada por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, el 52% de los recursos comunales, es generado en los mismos municipios.

115 Por ello no resulta llamativo que la Universidad Nacional de La Plata a través de su Dirección de Asuntos Municipales, haya incluido en su curso sobre Administración Profesional de Provincias y Municipios, la cuestión mencionada.

116 Villegas, Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, Tomo II, P. 227.

117 Giuliani Fonrouge, Carlos M. Derecho Financiero, Buenos Aires, Depalma, 5ª Edición, Volumen I, p. 145

PROCESO DE APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO.

La LOM a semejanza de las Constituciones y Legislación pertinente nacional y provincial establece un camino a seguir en la aprobación presupuestaria. Específicamente dispone el ordenamiento jurídico municipal de la Pcia. de Buenos Aires, el siguiente recorrido:

1.1. Preparación del Presupuesto: El mismo es facultad exclusiva del departamento Ejecutivo comunal, a quién corresponde la responsabilidad de elaborar el presupuesto comunal. Es así muy claro el artículo 109 de la L.O.M. de la Pcia. de Buenos Aires, al disponer que: «Corresponde al Departamento Ejecutivo proyectar las Ordenanzas impositivas y el presupuesto de gastos y recursos...»; sin embargo, este enunciado tiene una excepción en aquellos casos en que el Departamento Ejecutivo no elevare antes del 31 de octubre el mismo, en cuyo caso, corresponde al Deliberante proyectarlo o sancionarlo, pero sin que su monto pueda exceder del total de la recaudación del año anterior. Cabe hacer en este punto una breve digresión respecto del denominado presupuesto participativo, mecanismo por medio del cual se intenta incluir a los vecinos, normalmente en forma barrial o zonal, en la definición de las necesidades de esas zonas y consecuentemente reflejarlo en el presupuesto de gastos que se prevé para la misma. Sobre el particular, el HTC más allá de ponderar las posibilidades que ofrece tal iniciativa, ha sostenido que no se encuentra actualmente contemplado en la legislación vigente, por lo que no se le podría asignar más que un valor netamente consultivo.¹¹⁸

1.2. Sanción: En términos generales, se acepta mundialmente que compete al Legislativo aprobar y sancionar el presupuesto elaborado por el Departamento Ejecutivo. Dicha solución es igualmente la adoptada a nivel comunal, en el que compete al HCD la sanción del presupuesto. En cuanto a la posibilidad de efectuar modificatorias sobre el proyecto elevado por el Ejecutivo, la respuesta en Provincia de Buenos Aires es positiva, al establecer el artículo 115 L.O.M. que: «Devuelto el proyecto de presupuesto con modificación total o parcial y terminado el periodo de sesiones de prórroga, el Departamento Ejecutivo convocará a sesiones extraordinarias para su consideración...». Claro está que dichas modificaciones están limitadas por el artículo 35 L.O.M., en el sentido en que no podrá aumentar su monto total, ni crear cargos...».

1.3. Ejecución: La ejecución del presupuesto, con la excepción de las partidas propias del HCD compete con exclusividad al Ejecutivo. Es en este sentido terminante la redacción del artículo 117 de la L.O.M. «Corresponde al Departamento Ejecutivo la recaudación de los recursos y la ejecución de los gastos de la Municipalidad con la excepción determinada en el artículo 83, inciso 7.»

1.4. Modificaciones presupuestarias durante su ejecución: Es perfectamente posible que durante la ejecución del presupuesto, éste requiera modificaciones por algunas de las causales previstas en los artículos 119, 120 y 207¹¹⁹ de la L.O.M. En tales supuestos la iniciativa de modificación de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 73, 74 y 75 del Reglamento de Contabilidad Provincial, deben partir siempre del Departamento Ejecutivo y ser aprobados por el HCD.¹²⁰

Es de destacar, que entre las modificaciones presupuestarias particularmente vedadas al HCD se encuentra la disminución de los mecanismos de ingresos municipales. En tal sentido, no pueden ser por ejemplo, reducidas las tasas sino con iniciativa del Departamento Ejecutivo.

¹¹⁸HTC, Municipalidad de Coronel Suárez, Delegación XII, Expte. 4028-3.026/05, 27-VI-2005; «Consulta: Respecto de la viabilidad e implementación del Proyecto de Ordenanza en el cual se crea el Programa de Presupuesto Participativo. Respuesta: Dentro de las presentes actuaciones se acompaña copia del Proyecto de Ordenanza donde en los vistos y considerandos se realza la figura de la participación ciudadana como elemento que garantice y haga más eficiente la gestión municipal, en el marco de un aporte complementario a la democracia representativa. Que, sin dejar de reconocer los fundamentos valiosos expuestos para la elaboración del Proyecto de Presupuesto Participativo, la figura que se pretende instaurar no se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de las Municipalidades. Que la actual

FISCALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA Y ROL DEL HCD

Aprobado el presupuesto y encontrándose éste en curso de ejecución, se imponen dos controles que aseguran que el uso que se brinda a los recursos públicos son adecuados. El primero de dichos controles se produce durante la ejecución, el segundo a «posteriori». Estos controles a su vez, pueden ser de índole legislativo (cuando el contralor queda en el parlamento ejemplo inglés) o jurisdiccional (a través de Organos jurisdiccionales o constitucionales específicos Tribunal de Cuentas). Dentro del ámbito de la Provincia de Buenos Aires y con especial relación a los controles presupuestarios, el mismo está estructurado de la siguiente forma:

CONTROLES ADMINISTRATIVOS

Control Interno

Contaduría Municipal y Tesorería Municipal.

Control Externo

El Honorable Tribunal de Cuentas. Control Legislativo: el Honorable Concejo Deliberante

Tal como exponemos precedentemente, compete a la Contaduría municipal seguir el cumplimiento y ejecución presupuestaria, respondiendo «prima facie» por cualquier irregularidad que ocurra durante dicho proceso.

El HTC, órgano constitucional de la Provincia de Buenos Aires, ejerce con las últimas modificatorias legales un doble control externo y jurisdiccional, durante la ejecución y al finalizar el período respectivo. Es de destacar que este contralor supramunicipal, a nuestro entender violan las autonomías municipales, siendo elogiable el sistema estipulado por la Carta Magna de la provincia de Córdoba que establece el H.T. de Cuentas como cuerpo electivo en cada municipalidad (art. 183 inciso 3 C provincia de Córdoba)

norma en su artículo 109 establece que el Departamento Ejecutivo deberá proyectar la ordenanza del presupuesto de gastos y recursos, siendo éste quien debe tomar las decisiones en cuanto a la elaboración presupuestaria. Que, a su vez, la Ley Orgánica de las Municipalidades faculta ampliamente al HCD a realizar el control y seguimiento presupuestario. Que en virtud del marco normativo existente, la participación ciudadana a través de los vecinos puede ser llevada a cabo desde un punto de vista consultivo, es decir que se conozca la opinión o los diferentes reclamos, sin que ello sea vinculante para el funcionario actuante para la elaboración de los proyectos de presupuesto. Por lo tanto, sobre la base de lo expuesto no serían admisibles los postulados que emanan del proyecto aludido. Por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 2°: «...promoverá el debate y el involucramiento de los vecinos en la elaboración, seguimiento y control de la ejecución del Presupuesto General de Gastos y el Cálculo de Recursos...» Tampoco se cree procedente que en el proceso participativo intervengan los vecinos en la toma de decisiones de todo lo referente a los lineamientos generales, asignación de recursos y gastos, política tributaria y seguimiento de la ejecución presupuestaria.»

119 Básicamente se prevén causales vinculadas a emergencias no previstas, tales como el cumplimiento de sentencias judiciales, epidemias, inundaciones o situaciones similares. También se prevén partidas para organismos descentralizados.

120 SCJBA, causa 68300 Fernández José (Presidente del Concejo Deliberante de Gral. San Martín) s/ conflicto art. 196 de la Const. Provincial, 10-VIII-2005. En esta causa se plantea la nulidad de la Ordenanza sancionada el día 13-VII-2005, relacionada con la ampliación del Cálculo de Recursos para el Ejercicio municipal del año 2.005 –Prórroga 2.004- y Ampliación del Presupuesto de Gastos Ejercicio 2.005 –Prórroga 2.004-, afirmando que en la Sesión Ordinaria nro. 7 del Cuerpo Deliberativo, se hallaban presentes solo 14 Concejales de los 24 que constituyen el organismo, actuando como titular su Vicepresidente y sosteniendo que se violó el art. 104 del Reglamento Interno aprobado por el Decreto HCD nro. 100/2000, en cuyo marco se establece que no podrá considerarse sobre tablas un asunto por el cual se proyecte la sanción de una Ordenanza que signifique modificación al Cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos, como así tampoco sancionarse una Ordenanza del mismo tipo por dicho sistema. Colige que la validez de la disposición impugnada dependía del previo tratamiento y despacho de la Comisión Interna de Hacienda, Presupuesto y Cuentas, detalle que no se cumplimentó. Finalmente, agrega que la normativa en tratamiento, a su vez, vulneró las premisas contenidas en los arts. 29 y 34 del decreto-ley 6769/58 puesto que una vez aprobado el Presupuesto, éste no puede ser modificado sino a instancia del Departamento Ejecutivo, lo cual si bien en apariencia sucedió, la ausencia de firmas e identificación de los responsables resultan demostrativas de su inconsistencia. La Corte se expide en el caso habilitando el Conflicto de Poderes y en lo más destacable, menciona que los supuestos estipulados en el artículo 263 bis de la LOM no son los únicos admisibles por esa vía.

Pero finalmente y en el campo que específicamente nos interesa, por cuanto es facultad privativa del Departamento Deliberativo, se halla el control de dicho cuerpo sobre la ejecución presupuestaria, el que se ejerce a través de la aprobación o no, de la rendición de cuentas¹²¹.

Este control cierra la actuación del Legislativo en el campo presupuestario. Tal como hemos expresado anteriormente, en su momento pronunció la Ordenanza que da lugar al presupuesto, para luego y ejecutado el mismo decidir sobre la corrección en el cumplimiento de su acto legislativo. La duda que se plantea, es si HCD puede fiscalizar la ejecución presupuestaria durante el curso del mismo. Al respecto, entendemos que la L.O.M. no habilita en forma expresa tal posibilidad, sin perjuicio claro está de la posibilidad de solicitar informes y peticionar al Ejecutivo de respuesta a los actos eventualmente cuestionados.

3. EROGACIONES

Como hemos expresado precedentemente, el presupuesto contiene dos aspectos claramente definidos, cuales son la limitación legal (por vía de Ordenanza, L.O.M. y Constitución Provincial) a las erogaciones o gastos y el cálculo de los recursos con los cuales solventarlos. Decimos el «cálculo», por cuanto las Ordenanzas que crean las imposiciones tributarias son autorizadas por el H.C.D. en forma separada y mediante la Ordenanza/s Impositiva/s correspondiente/s.

Gasto público es la erogación que efectúa el Municipio para cumplir con sus funciones. Tradicionalmente, y en la actualidad por la vuelta a principios económicos clásicos, se ha sustentado que el mismo debe ser estricto y limitado a que la comuna pueda solventar sus atribuciones específicas. Sin perjuicio de ello, bajo la doctrina económica inspirada en las teorías keynesianas y de creación del «Welfare State» se entendió que el gasto público debía abarcar también aquellas erogaciones necesarias para dar respuesta a necesidades sociales, entendiéndose de igual modo que el gasto que efectúa la Municipalidad supone una inyección monetaria en el mercado cuyo efecto económico se traduce en crecimiento. Sin perjuicio de lo expuesto, no caben dudas de que los excesos cometidos, durante años en los ejercicios económicos municipales, llevaron a una reacción, que a pesar de admitir gastos sociales, limitan expresamente los contenidos y alcances de los mismos.

Son **inversiones patrimoniales**, aquellas que efectúa la comuna a fines de adquirir bienes o infraestructuras, que han de servir en la prestación de servicios y en la generación e recursos económicos.

4. RECURSOS

Como contrapartida a la facultad de la Comuna de fijar un esquema de gastos, es indudable que le compete la potestad de efectuar un cálculo de los recursos necesarios y de disponer la creación de tributos dentro de los límites legales.

La LOM precisamente comienza el análisis presupuestario desde la facultad del municipio de imponer tributos, una de las formas a través de las cuales se generan los ingresos comunales. Esta facultad de imponer a los vecinos diversas contribuciones, se denomina en el ámbito jurídico, Potestad Tributaria y se vincula estrictamente a la autonomía comunal.¹²²

121 Específicamente sobre el particular dispone el art. 65 de la L.O.M. que «corresponde al Concejo el examen de las cuentas de la administración municipal, en las sesiones especiales que celebrará en el mes de marzo.»

122 No es objeto de esta obra hacer un análisis del origen de las facultades municipales de imponer contribuciones, sin embargo resulta de interés expresar que en reciente fallo la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las facultades comunales en la materia derivan de aquellas atribuidas a las Provincias a las que pertenecen (Arts. 5 y 123 de la C.N.). (Ver: Telias, Sara, Principios Generales: Potestades Tributarias de los Municipios, en *Propuestas Municipales*, Buenos Aires, año 3, n° 32, pag. 26, nota a fallo: «Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús s/ Acción Declarativa»).

En base a lo allí expresado, el artículo 29 LOM establece que aquellas ordenanzas que impongan nuevos tributos o impliquen el incremento de los que se perciben deben ser aprobados, conforme manda la Constitución Provincial por vía de la Asamblea de Mayores Contribuyentes y Concejales¹²³. En todos estos casos lo que hace el HCD es preparar un anteproyecto de Ordenanza u Ordenanza Preparatoria que una vez aprobada por el mismo organiquedará a consideración de la Asamblea conjunta con los mayores contribuyentes.

Los tributos que puede crear o imponer el HCD de acuerdo al capítulo VI «Recursos Municipales», artículo 226 LOM son: «impuestos, tasas, derechos, licencias, contribuciones, retribuciones de servicios y rentas». Son estas las materias sobre las cuales se construye la recaudación propia municipal. De acuerdo a lo hasta aquí dicho, podríamos continuar con las enunciaciones. Sin embargo, entendemos que a fines explicativos resulta de importancia establecer una enumeración sencilla de los recursos comunales y aclarar que el concepto «impuesto» mencionado por la norma está tomada en un sentido amplio de «contribución» por cuanto la atribución de imponer los mismos es propia de la Nación y de la Provincia.¹²⁴

4.1. CLASIFICACIÓN.

Los recursos municipales pueden ser clasificados de diversa manera. Sin embargo, a los efectos de esta presentación hemos de simplificar su conceptualización, asumiendo las siguientes categorías:

4.1. Recursos corrientes

a) Tasas: las tasas son la fuente principal de ingreso de los municipios¹²⁵. La misma consiste en una prestación dineraria impuesta al usuario de servicios públicos comunales divisibles. De acuerdo a lo expresado debe existir el pago por un servicio, que en forma actual o potencial el vecino ha de recibir. En este punto es importante expresar, que tradicionalmente se ha dicho que debe haber un correlato entre lo que se paga y lo que se percibe. Sin embargo, a estar a los sucesivos pronunciamientos judiciales, debemos entender: (1) Las tasas ingresan a rentas generales, razón por la que no existe proporcionalidad directa entre los pagos y servicios que se prestan¹²⁶; (2) Que las tasas son afectadas, en consecuencia a la operación y servicio municipal; (3) Que eventualmente puede ni siquiera percibirse actualmente el servicio, ya que la Excma. Suprema Corte de Justicia ha admitido que el beneficiario «potencial» del mismo está igualmente obligado al pago.¹²⁷

123 Sobre la viabilidad y conveniencia de mantener la figura del Mayor Contribuyente, compartimos la idea expresada por Zucherino, Ricardo Miguel, *Ley Orgánica Municipal Comentada*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1997; toda vez que la misma resulta un resabio de naturaleza plutocrática en al que se da preponderancia e igual voto a quién ha sido elegido popularmente (concejal) que aquél cuyo único mérito es tener mayor contidad de bienes o ingresos por los cuales tributa.

124 El voto mayoritario de la CSJN, 14-X-1992 en «Municipalidad de Rosario c- Provincia de Santa Fe s- Inconstitucionalidad y Cobro de Australes» sostuvo que el artículo 107 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe ha establecido los ingresos que corresponden a los municipios, precisando que éstos son organizados por la ley sobre la base de ciertos requisitos, entre los que se incluyen un gobierno dotado de facultades propias, sin otras injerencias sobre su condición o sus actos que las establecidas por la Constitución y la ley con las atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los intereses locales, a cuyo efecto la ley los proveerá de recursos financieros suficientes. Asimismo, dicha Carta Fundamental prescribe que con la finalidad aludida, los municipios pueden crear, recaudar y disponer libremente de recursos propios, provenientes de las tasas y demás contribuciones que establezcan en su jurisdicción, asegurándoseles participación en los gravámenes directos o indirectos que recaude la Provincia, con un mínimo del 50% del producido del impuesto inmobiliario, según un sistema de coparticipación. En tales condiciones, los preceptos legales que regulan lo concerniente a las fuentes de ingresos de los municipios, cuya incompatibilidad con la Constitución Nacional invoca la demandante, aparecen emitidas por la Legislatura Local con base en una norma habilitante contenida en la Constitución de la Provincia, la cual, empero, no ha merecido ninguna tacha de inconstitucionalidad por la actora, circunstancia que añade otro obstáculo a la admisibilidad de su pretensión.

125 La caracterización de la tasa tiene importancia pues los municipios la utilizan en forma preponderante en la esfera de su competencia, cubriendo la mayor parte de sus erogaciones. Es indiscutible la facultad de los gobiernos municipales de crear tasas dentro de la órbita de su competencia, o al menos no constituía una cuestión controvertida,

RECURSOS CORRIENTES	TASAS
Recursos de Capital (Voluntario y Forzoso)	Contribuciones especiales de mejoras Rentas Patrimoniales Precios Públicos Multas, Intereses Moratorias y Punitorios Crédito Público Venta de Activos Reembolsos de Préstamos

bajo el régimen instituido por la vieja Constitución, pues dicha atribución nace como expresión misma del carácter autónomo reconocido a los municipios en los artículos 216, 220 inc. 2 - primera parte- e inc. 7 y cc. de la Constitución Provincial derogada. Santiago del Estero, STJSE, causa, 100235 S, C.O.T.T.I. LTDA. c/ Municipalidad de la Capital s/ Recurso de amparo, 21-XII-1998

126 Al respecto ha expresado reiteradamente la Suprema Corte de Justicia Provincial que «...no existe norma constitucional o legal que obligue a que las tasas exhiban proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, pues mediante lo que se percibe no debe atenderse únicamente a los gastos de la oficina que lo presta, ya que tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines dependen de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben incidir en las particulares en una medida cuya determinación es cuestión propia de la política financiera», SCJBA, «Casa Blanco S.C.A. c/ Municipalidad de General Pueyrredón s/ Demanda de Inconstitucionalidad», AYS Tomo 1989-I 730, 18-IV-89; en igual sentido Marina del Sur S.A. c/ Municipalidad de General Alvarado s/ Demanda contencioso administrativa, AYS Tomo 1989-II Pág. 167; también ver: SCBA, B 50259 S, Consorcio de Propietarios Mayling Club de Campo c/ Municipalidad de Pilar s/ Demanda contencioso administrativa, 28-III-1995, JUBA. Tratándose de tasas no existe norma constitucional o legal que oblique a que las mismas exhiban proporcionalidad entre el costo del gastos de la oficina que los presten, ya que tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines, depende de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben incidir en las financiera. SCBA, Ac 59662 S, Juez NEGRI (SD) Jardín de La Paz S.A. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento s/ Repetición e inconstitucionalidad de ordenanza tarifaria, 21-4-98. «Las tasas son servicios que el Estado organiza en función del interés público y no del particular, y que básicamente teniendo en cuenta la naturaleza del servicio, se atiende a circunstancias de seguridad colectiva, salud pública, de higiene del trabajo, certeza del derecho; constituyendo una relación obligatoria y no voluntaria o facultativa, no siendo posible rehusarse a su satisfacción una vez organizado el servicio respectivo, aunque éste no sea utilizado individualmente. La tasa es de una actividad que afecta especialmente al obligado.» Jurisprudencia del Chaco: S1CACC, 1000 22321 RSD-4-96, Juez LLUGDAR, MARIA GRACIELA (SD), Supermercado La Chispa S.R.L. c/ Municipalidad de Resistencia s/ Acción declarativa.

LAS TASAS Y SUS PROBLEMAS ESPECIALES

1.Introducción a la problemática

Quién haya estudiado la distinción entre impuestos y tasas, verá enormes dificultades para encuadrar tales teorizaciones en la práctica actual¹²⁸. Con algunas contadas excepciones¹²⁹, la categoría tasa se encuentra en crisis. La jurisprudencia se ha tornado oscilante para fijar un el límite entre Municipalidades que deben financiar sus necesidades económicas generando muchas veces tasas y empresas que manifiestan en numerosos casos a través de sus más altos ejecutivos, un completo desconocimiento por las autonomías municipales. El punto de equilibrio debe buscarse entre la postura: Todo lo que está o se produce dentro del territorio comunal es gravable y el deseo abierto de que estas contiendas pudieran solucionarse con una única ley uniforme en todo el país. Equidistancia que podría ser obtenida por vía de concertación entre distintos órdenes estatales – ideal como articulación que respete cada jurisdicción – o bien por medio de imposición general sea ésta a través del Congreso Nacional o Provincial, avalado a su vez por una Corte Federal que interpretara en ese sentido tales facultades impositivas.

Se encuentran así en contradicción dos posiciones. 1) Desde la óptica municipal, esas entidades se encuentran con una sucesiva transferencia de competencias nacionales y provinciales hacia ellas, fenómeno que se aceleró en la década de 1990 y que no se vio acompañado por una correlativa asignación de recursos para hacerle frente. Adicionalmente, al estar más cerca del ciudadano, la autoridad municipal halla un mayor grado de exposición ante la opinión pública, lo que le obliga a dar respuesta pero sin querer aparecer, en la medida de lo posible, ante el vecino como quién lo acorrala intentando percibir contribuciones.

En este esquema además, no es menos cierto que discursos facilistas han puesto en cabeza de las empresas diversos males. La identificación de las grandes compañías de servicios privatizadas, con los males atribuidos a la mencionada década; un imaginario colectivo que atribuye a aquellas la obtención de grandes ganancias – particularmente las multinacionales -, generando una empatía general que avala moralmente el gravar casi sin límites a las mismas. Con un plus, el funcionario comunal sabe que no son votantes locales y que no habrá prácticamente consecuencias políticas. Las consecuencias económicas son mayormente ignoradas. Pensar en que esas gabelas tienen mesmedad para desalentar una actividad industrial o comercial, cuando esta se encuentra ya arraigada, no se convierte sino en un torpe elemento de presión por parte de algún gerente en ocasionales discusiones. Las inversiones ya realizadas difícilmente sean desplazadas por un mayor importe en las tasas. Ambos actores lo saben. Como contrapartida las empresas individualmente, si disponen de tal capacidad comercial propia, o por medio de sus Cámaras, presionan a Legisladores Nacionales y Provinciales para lograr exenciones locales para sus productos. Por cierto, siempre será más fácil negociar con 24 jurisdicciones que con 2.200.

En esa tensión entre municipios muchas veces ávidos de recaudar al menor costo político posible y empresas poco propensas a reconocer a esas autoridades facultad alguna, más siquiera analizar la alternativa de realizar inversiones locales que se compadezcan con el concepto de responsabilidad empresarial; se comienza a conformar un entramado de desentendidos, donde todos de una manera u otra pierden. Particularmente el vecino, por cuanto más allá de cualquier compromiso y/o promesa, los mayores costos empresariales serán inexorablemente trasladados al precio; con un aditamento de no menor trascendencia: Cuando una municipalidad se desmadra en sus facultades, sus tasas son cargadas a la cuenta que paga otro vecino ubicado fuera de ese territorio. La competencia entre Municipalidades sobre tal base, no será sino un círculo nefasto: ¿Por qué permitir que los vecinos de una localidad subvencionen otras y no aplicar la misma tasa en el territorio propio?

Pero todo lo dicho anteriormente no sería sino una mera generalidad, de no ser ilustrada con el ejemplo que proveen algunas tasas que se han convertido en los últimos tiempos en eje de acendrados debates, la mayor parte de los cuales no ha sido aún dirimida definitivamente por resolución judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y en este punto convendría detenerse aún brevemente. Es que resulta particularmente notorio como una muestra generalizada de desconcierto y vicios en la administración local, el hecho de que las tasas sean copiadas sin ponderación alguna de las vicisitudes que ellas pueden acarrear. Esto así por cuanto las ingeniosas elucubraciones de algún asesor – muchas veces externo – respecto de una tasa, serán normalmente «copiadas» por otros municipios, ni bien se toma conocimiento de ella; sin siquiera saber si ha pasado airoosamente la prueba de su escrutinio judicial. Conclusión: si la tasa estuvo mal establecida, juicios millonarios de repetición que deberán ser afrontados – dada la periodicidad republicana en los cargos de los funcionarios municipales – por futuras administraciones.

2. El concepto de tasa municipal y su crisis

Pero antes de ingresar a casos emblemáticos de las nuevas discusiones jurisprudenciales y doctrinarias, no puede dejar de repasarse el primer problema existente que se origina en la crisis del concepto de tasa. En el estudio de manual o conceptual universitario, resultaba clara la distinción entre impuestos, tasas, contribuciones, precios, etc. Si algo distinguía a las primeras de las segundas, radicaba no sólo en el carácter subjetivo de quién emanaban: Nación o Provincia, en aquél caso, también las Municipalidades en el postrer; sino esencialmente por el hecho objetivo de que el impuesto gravara a un universo de contribuyentes sobre la base de un hecho imponible, ingresando su producido a rentas generales para ser afectados al funcionamiento integral de la organización del Estado; mientras que la tasa implicara «una contraprestación pecuniaria establecida de modo coactivo – no voluntario –, por un servicio brindado por la administración; su presupuesto de hecho consiste en una situación que determina, o se relaciona, necesariamente, con el desenvolvimiento de una cierta actividad de un ente público relativa, en forma individualizada a la persona obligada a su pago, el contribuyente»¹³⁰

Pero como ocurre en nuestro derecho con dos nociones que también se entremezclan en esta cuestión: Autonomía y autarquía municipal; las necesidades y la realidad que se filtra a través de los fallos judiciales han extendido los conceptos haciendo los mismos poco inteligibles como categorías conceptuales válidas para imponer límites.

Hoy tal como diagnostica Heredia¹³¹, se ha ido diluyendo el concepto de tasa y resulta casi imposible diferenciarla de un impuesto. La tentación inmediata es afirmar un argumento por vía de los hechos consumados: si los municipios generan impuestos en lugar de tasas es porque pueden. Pero esto ya implicaría adentrarse en lo que sigue, el camino a la distorsión de las tasas.

128 Llega esto a punto tal que en autos Empresa de Transportes de Pasajeros Navarro Hnos. Srl s. Acción de inconstitucionalidad de la ordenanza nro. 068/90 de la Municipalidad de Tirol, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante la afirmación del superior tribunal de Chaco, respecto de descartar la importancia de «distinguir las diferencias entre las nociones de impuesto y de tasa, ya que ambas modalidades de gravámenes deberían respetar los principios de legalidad, igualdad y razonabilidad, los que se habían satisfecho en el sub examine. Especialmente, el a quo destacó que no era necesario que el quantum de la tasa guardase una equivalencia estricta con el servicio público al que se destinaba...» manifiesta no compartir tal opinión. CSJN, Fallos 319:2211, 10-X-1996.

129 Puede destacarse en ese sentido la justicia tucumana, al declarar la inconstitucionalidad del «artículo 120 del Código Tributario de la Municipalidad de San Miguel de Tucumán, modificado mediante ordenanza 3032/01, toda vez que la descripción del hecho imponible es contrario a lo dispuesto por el artículo 114 de la Constitución Provincial, pues la prestación efectiva del servicio a que la tasa refiere debe ser individualizada y la excesiva latitud de la descripción de la actividad gravada, no permite identificar debidamente las prestaciones cuya manutención impone» Cámara de Apelaciones en lo Cont. Adm. de Tucumán, Sala II, De la Cruz María c. Municipalidad de San Miguel de Tucumán, LLNOA 2005, junio, P. 818.

Para ver brevemente esta evolución qué mejor que referirse a tasas que establecidas desde tiempos inmemoriales, no deberían generar controversia alguna respecto de su encuadramiento conceptual.

2.1. LAS TASAS DE RED VIAL Y DE ALUMBRADO, BARRIDO Y LIMPIEZA

Estas tasas que gravan a propietarios de parcelas ubicadas en espacios rurales en el caso a) y a aquellos que se encuentran en el ejido urbano en el supuesto b), han sido típicos supuestos en donde no existía discusión alguna: Se recibía un servicio de la municipalidad – mantenimiento de la vía pública – y se pagaba un importe que guardaba cierta proporcionalidad con el costo de dicha prestación.

Pero hete aquí que esto se pone en contienda cuando, o bien no se recibe el servicio o bien cuando el mismo a todas luces supone abonar un importe muy superior al que razonablemente – inclusive podría decirse a simple vista – se correspondería con la contraprestación recibida.

Sin embargo diversos fallos han ido justificando la distorsión del concepto de tasa, desde el hecho de justificar la imposición sobre aquél que no recibe el servicio, pero que estaría incluido en planes futuros¹³², al de no ordenar el cumplimiento efectivo o al menos una correlación más o menos proporcional con el servicio¹³³, para avalar la idea de que se deben abonar con las tasas también los gastos de administración¹³⁴. El camino para avanzar en la equiparación de tasa e impuesto, estaba iniciado¹³⁵.

2.2. La tasa mutante y el riesgo de su contagio: higiene y seguridad.

Nadie debe haber pensado los mecanismos arbitrales del Pacto Fiscal a fines de resolver cuestiones generadas por y con los municipios. La realidad nuevamente se ha mostrado sustancialmente más compleja y rica que la teoría. Planteada la desviación que se fue produciendo en el concepto de tasa, la misma se fue haciendo más gravosa en un viejo concepto de imposición comunal: La tasa de seguridad e higiene. ¿Qué es lo que cambió en este caso? Lo que se modificó fue la base tributaria. De una tasa que solía calcularse sobre la base metros lineales de frente o cantidad de empleados o consumo eléctrico de los locales; se pasó a considerar como base tributaria a los ingresos brutos del establecimiento. ¿Qué separa tal gravamen del ingreso bruto? Nada, excepto la idea de que tan sólo se alcanzan los importes que se generan por la actividad desarrollada en el territorio de ese municipio. Pero en la medida en que algunos fallos avalan la tesis de que si la actividad es ejecutada en un solo municipio y el contribuyente no logra acreditar pagar similar tasa en otro, puede ser alcanzado por la totalidad de la alícuota provincial máxima permitida, implica en la realidad una extensión

130 RODRIGUEZ, María José, La inherencia de la potestad tributaria municipal. Alcance y fuentes efectivamente disponibles por los Municipios, Revista de Derecho Público, 2004-2, Derecho Municipal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, P. 103.

131 HEREDIA, José Raúl, El poder tributario de los Municipios, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.

132 «El pago de una tasa presupone la prestación efectiva o potencial de una actividad de interés público», SCJBA, 16-V-1989, Marina del Sur S.A. c. Municipalidad de General Alvarado s. Demanda contenciosa administrativa, S. B 49.848.

133 También en el afianzamiento de este camino entran a jugar factores procesales, tal como quién tiene sobre sí la carga de la prueba de la falta de proporcionalidad de las tasas, la que reiteradamente se ha puesto en cabeza del contribuyente. Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, Moreno Norma c. Municipalidad de Rosario, Litoral 2006 (mayo) P. 527, entre otros.

134 Ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: «...no existe norma constitucional o legal que obligue a que las tasas exhiban proporcionalidad entre el costo del servicio y el monto del gravamen, pues mediante lo que se percibe no debe atenderse únicamente a los gastos de la oficina que la presta, ya que tanto la existencia de ésta como el cumplimiento de sus fines dependen de la total organización municipal, cuyas erogaciones generales deben incidir en las particulares en una medida cuya determinación es cuestión propia de la política financiera», SCJBA, Casa Blanco SCA c. Municipalidad de General Pueyrredón s. Demanda de Inconstitucionalidad, AYS T 1989-I p. 730, 18-IV-1989. En igual sentido: Marina del Sur S.A. c. Municipalidad de General Alvarado s. Demanda contenciosa administrativa, AYS 1989 – II, P. 167, SCJBA, causa B 50259, Consorcio de propietarios de Mailing Club c. Municipalidad de Pilar s. Demanda contenciosa administrativa, Base datos JUBA.

de ese criterio territorial¹³⁶. No es extraña entonces la pregunta que suelen hacerse muchas veces los empresarios entre asombrados y sorprendidos respecto de qué servicio se brinda a cambio, mientras se han visto casos en los que éstos intentaban recordar cuántas veces en la vida del establecimiento se les había efectuado una inspección. La ecuación actual en modo alguno puede compadecerse con el concepto histórico de tasa.

Si añadimos que como parte de los sucesivos compromisos provinciales para alentar la inversión productiva se ha renunciado a percibir parte de los ingresos brutos, resulta aún más difícil para los empresarios entender cómo ese concepto es ahora percibido por vía de otro nombre por los municipios. El controvertido caso del denominado impuesto de emergencia que legisló la Municipalidad de Tucumán recientemente, alerta como pocos respecto de la situación creada¹³⁷

2.2. La tasa mutante y el riesgo de su contagio: higiene y seguridad.

Nadie debe haber pensado los mecanismos arbitrales del Pacto Fiscal a fines de resolver cuestiones generadas por y con los municipios. La realidad nuevamente se ha mostrado sustancialmente más compleja y rica que la teoría. Planteada la desviación que se fue produciendo en el concepto de tasa, la misma se fue haciendo más gravosa en un viejo concepto de imposición comunal: La tasa de seguridad e higiene. ¿Qué es lo que cambió en este caso? Lo que se modificó fue la base tributaria. De una tasa que solía calcularse sobre la base metros lineales de frente o cantidad de empleados o consumo eléctrico de los locales; se pasó a considerar como base tributaria a los ingresos brutos del establecimiento. ¿Qué separa tal gravamen del ingreso bruto? Nada, excepto la idea de que tan sólo se alcanzan los importes que se generan por la actividad desarrollada en el territorio de ese municipio. Pero en la medida en que algunos fallos avalan la tesis de que si la actividad es ejecutada en un solo municipio y el contribuyente no logra acreditar pagar similar tasa en otro, puede ser alcanzado por la totalidad de la alícuota provincial máxima permitida, implica en la realidad una extensión de ese criterio territorial¹³⁶. No es extraña entonces la pregunta que suelen hacerse muchas veces los empresarios entre asombrados y sorprendidos respecto de qué servicio se brinda a cambio, mientras se han visto casos en los que éstos intentaban recordar cuántas veces en la vida del establecimiento se les había efectuado una inspección. La ecuación actual en modo alguno puede compadecerse con el concepto histórico de tasa.

Si añadimos que como parte de los sucesivos compromisos provinciales para alentar la inversión productiva se ha renunciado a percibir parte de los ingresos brutos, resulta aún más difícil para los empresarios entender cómo ese concepto es ahora percibido por vía de otro nombre por los municipios. El controvertido caso del denominado impuesto de emergencia que legisló la Municipalidad de Tucumán recientemente, alerta como pocos respecto de la situación creada¹³⁷

136 Podemos añadir que algunas leyes Orgánicas Municipales tornan aún más difícil establecer límites, así por ejemplo el artículo 226 de la LOM de la Provincia de Buenos Aires dice que son recursos municipales los «impuestos, tasas, derechos, licencias, contribuciones, retribuciones de servicios y rentas» 4 «Se ajusta a derecho la resolución dictada por la Subsecretaría de Recursos de la Municipalidad de Río Cuarto en cuanto determinó sobre base presunta, utilizando el parámetro referido a empresas vendedoras del ramo, la obligación del contribuyente respecto de la «Contribución que incide sobre el comercio, la industria y las empresas de servicios», por la venta de productos medicinales en el ejido municipal, pues el procedimiento seguido encuentra respaldo en lo dispuesto por el Cód. Tributario Municipal mientras que el recurrente no acreditó que en la deuda atribuida se computaron ingresos y gastos atribuidos a otra jurisdicción en violación del art. 35 del Convenio Multilateral y a la ley 23.548 de Coparticipación de Impuestos», CCiv.Com. y Contenciosoadministrativo Río Cuarto, 1ª nom., Chemotécnica S.A. c. Municipalidad de Río Cuarto, LLC 2004 (octubre) P. 964.

137Colombres, Federico, El Tributo de Emergencia Municipal (TEM) a la luz de la ley de Coparticipación Federal, Será Justicia, San Miguel de Tucumán, 12/12/06 – Año 1 Nro. 8, P. 1.

139 El Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 1 de San Martín ha declarado inconstitucional la tasa de abasto que cobraba la municipalidad de Morón.

3. TASAS NOVEDOSAS Y SU DISCUSIÓN. EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.

3.1. TASAS DE OCUPACIÓN DE VÍA PÚBLICA Y SU RELACIÓN CON SERVICIOS REGULADOS FEDERAL Y PROVINCIALMENTE. SU CONSTITUCIONALIDAD.

Una de las consecuencias directas de los procesos de privatización radicó en el hecho de que las Municipalidades avanzaran sobre la vieja prohibición que establecía el célebre fallo Ferrocarriles del Sur c. Municipalidad de la Plata, comenzando a gravar servicios y obras ejecutadas por concesionarios del Estado, que son personas jurídicas privadas.

Cabe sin embargo aclarar que es difícil llegar en estos casos a establecer reglas generales dada la superposición de distintos regímenes jurídicos; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado un criterio que resulta particularmente importante: la Nación tiene potestad de establecer exenciones a impuestos y tasas provinciales y municipales; sin embargo, esa facultad resulta por ser conferida por las provincias en su favor, de carácter e interpretación excepcional. Ello implica en los hechos que la exención debe ser expresa. Esto explica por qué se ha admitido que no resulten aplicables a las prestadoras algunas tasas en materia eléctrica o de telecomunicaciones, pero sí lo sean en materia de transporte de gas.

Algunos causas judiciales son ilustrativas de lo anteriormente afirmado:

A) CSJN, Municipalidad de Avellaneda c. Gas del Estado, 26-X-1999.

En esta causa la Municipalidad de Avellaneda desconoce un convenio celebrado en 1969 por su Intendente Municipal por el cual éste asumía el compromiso de no percibir tasa alguna por ocupación de espacios públicos contra Gas del Estado, sobre la base de invocar la Ley 22016 que derogaba privilegios generales y especiales dados a favor de empresas públicas.

La CSJN rechaza la ejecución con base en la existencia de un Convenio que nunca fue denunciado o rescindido, firmado por la propia Intendencia y en vigencia al momento del debate. En su considerando 7) de la sentencia afirma: «Que el criterio precedentemente expuesto resulta concordante con la uniforme aplicación efectuada por el Tribunal de la ley 22.016, ya que lo hizo en casos en que resultaron invalidadas en virtud de ella, exenciones o privilegios otorgados a entes estatales no por convenios como el invocado en el sub examine ni por normas locales sino a través justamente, de «leyes nacionales».

Algunos causas judiciales son ilustrativas de lo anteriormente afirmado:

A) CSJN, Municipalidad de Avellaneda c. Gas del Estado, 26-X-1999.

En esta causa la Municipalidad de Avellaneda desconoce un convenio celebrado en 1969 por su Intendente Municipal por el cual éste asumía el compromiso de no percibir tasa alguna por ocupación de espacios públicos contra Gas del Estado, sobre la base de invocar la Ley 22016 que derogaba privilegios generales y especiales dados a favor de empresas públicas.

La CSJN rechaza la ejecución con base en la existencia de un Convenio que nunca fue denunciado o rescindido, firmado por la propia Intendencia y en vigencia al momento del debate. En su considerando 7) de la sentencia afirma: «Que el criterio precedentemente expuesto resulta concordante con la uniforme aplicación efectuada por el Tribunal de la ley 22.016, ya que lo hizo en casos en que resultaron invalidadas en virtud de ella, exenciones o privilegios otorgados a entes estatales no por convenios como el invocado en el sub examine ni por normas locales sino a través justamente, de «leyes nacionales».

B) Causa: EDENOR c. Municipalidad de La Matanza.

Así como en las causas «Municipalidad de Zapala c. Telefónica de Argentina», «Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Luján», «Telefónica de Argentina c. Municipalidad de Esquel», «Telefónica Argentina c. Municipalidad de General Roca», «Telefónica Argentina c. Municipalidad de Pilar» y «Telefónica Argentina c. Municipalidad de Chascomús», la CSJN sostuvo que existe potestad municipal de crear tasas retributivas de servicios o cánones por ocupación de la vía pública, siempre y cuando ello no impida u obstaculice la prestación de

un servicio público nacional. Si bien una cuestión esta será una cuestión de hecho a determinar en cada caso, bien sirve de límite conceptual al ejercicio de facultades tributarias locales.

C) Causa CSJN, EDENOR c. Municipalidad de General Rodriguez, 05-X- 1999.

La Corte en este caso sostuvo que la jurisdicción nacional sobre el servicio público interconectado de generación, transporte y distribución interjurisdiccional de electricidad resulta compatible con el ejercicio del poder de policía y de la potestad fiscal de las provincias y de sus municipios, a menos que exista una exención acordada en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 18. En el caso concluyó que el pago de la empresa Edenor realiza del 6% de las entradas brutas recaudadas por la venta de energía eléctrica en cada uno de los municipios de la Provincia de Buenos Aires comprendidos en el ámbito de la concesión, en concepto de dominio público municipal, no exime a dicha empresa de abonar tasa retributiva de servicios o mejoras en orden local, entre las que se encuentran la tasa de inspección de seguridad e higiene fijada por el municipio.

D) Causa SCMendoza, Obras Sanitarias de Mendoza c. Municipalidad de Tunuyán, 15-VI-2006.

Reclamo de Obras Sanitarias contra la Municipalidad de Tunuyán, solicitando la inconstitucionalidad de: 1) tasa de seguridad e higiene y 2) tasa por el uso de subsuelo.

Respecto del segundo concepto, la Corte dice luego de definir el dominio público que: «... de estas nociones deduzco, que en principio, no existe ningún impedimento legal para que el Municipio cobre un tributo por el uso del subsuelo de un inmueble del dominio público comunal. Este tributo está expresamente autorizado por el art. 113 inc. 2 de la LOM que enumera entre las entradas ordinarias del municipio el uso transitorio o permanente de los subsuelos, calzadas y veredas, sin perjudicar las necesidades públicas. En efecto, aunque a través de ese uso se preste un servicio público y por lo tanto exista un beneficio indirecto para los usuarios del servicio, se trata de un uso otorgado a una empresa privada, que lucra a través de ese uso...» Cabe destacar que más allá del resultante que podría desprenderse de una primera lectura, el Tribunal no reconoce potestad tributaria original a la Municipalidad.

3.2. TASAS DE ABASTO O INTRODUCTORIAS. EL DEBATE ACTUAL

Numerosos municipios del cono urbano bonaerense, primero, luego del resto de la Provincia y de otras jurisdicciones, han ido modificando el viejo criterio existente para percibir lo que se solía denominar como tasa de control bromatológico. Es que esa vieja imposición, muchas veces más propia de un auténtico precio, lo único que hacía era fijar un monto por cada producto que era remitido a laboratorio para su análisis. Normalmente la percepción no sólo era de un bajo importe, sino que además no suponía mayores trastornos de logística para el contribuyente

Este criterio sin embargo, fue progresivamente modificado, imponiéndose una suma única por producto y afectando al total de unidades introducidas. Adicionalmente se ordenó a cada distribuidor que antes de ingresar a su destino final pasara por cabinas especiales para declarar e integrar la tasa, con un incremento notable en los costos logísticos. Cabe además indicar que al convertir al comprador del insumo en agente de retención, también se generan a su cargo erogaciones adicionales. El impacto de este cambio no ha sido menor. Algunos cálculos señalan que en algunos productos, el incremento del precio a nivel local puede alcanzar hasta el 8% del mismo¹. Tal modificación –que algunos localizan en la Municipalidad de Gral. Rodríguez, Provincia de Buenos Aires - provocó tres de las cuestiones que han sido mencionadas en la introducción:

1) comenzó a ser cuestionada administrativa y judicialmente, 2) fue copiada – y lo es aún – automáticamente por otras comunas y 3) fue trasladada al precio.

La jurisprudencia no ha sido conclusiva aún, toda vez que tan sólo se han admitido algunas medidas cautelares y/o en casos donde existía una auténtica colisión con leyes federales como la de promoción de la vitivinicultura, se dictaron decisiones favorables al contribuyente. En esos fallos los argumentos centrales esgrimidos en pos del cuestionamiento de la tasa han sido

- El establecimiento de aduanas interiores se encuentra prohibido constitucionalmente, existiendo jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que veda tal práctica.
- La violación del Pacto Federal y de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos por gravar la mera circulación de bienes, no responder a servicios efectivamente prestados y en determinados casos, exceder holgadamente el costo de prestación del supuesto servicio.
- La colisión de este tributo con las normas que regulan la facultad de contralor de sustancias alimenticias.
- La violación de las disposiciones del Código Alimentario Nacional que establecen que los alimentos autorizados por organismos competentes son de libre circulación en todo el territorio nacional.
- El control sobre la circulación de bienes por parte de provincias y, eventualmente, municipios, procede sólo en forma limitada y previo convenio -en algunos casos- con la Nación.
- La aplicación de tasas no uniformes en el territorio nacional, se opone a las prescripciones del Decreto 815/99 del Poder Ejecutivo Nacional.
- El cobro por la supuesta «visación» de certificados de origen nacional o de otras: jurisdicciones resulta prohibido por el Decreto 815/99.
- Estas tasas se oponen a la ley nacional que regula el transporte de cargas automotor (ley nacional N° 24.653).
- La violación de las disposiciones contenidas en la ley nacional N° 24.307, en cuanto ratifica el Decreto 2284/91 de desregulación del comercio interior.
- Tal cual se apuntó respecto de los «derechos de publicidad y propaganda», el planteo judicial de los agravios relativos a la «tasa de abasto» no puede realizarse de manera ligera sino de manera técnicamente correcta pues, en el pasado, errores de naturaleza meramente procesal llevaron a:
 - Rechazos de las pretensiones de los contribuyentes por parte de los tribunales por razones de competencia.
 - La innecesaria y costosa postergación en el tiempo de la solución de los conflictos • la caída de medidas cautelares que frenaban las potestades ejecutorias de los municipios sobre las cuentas de las empresas.

3.3. TASAS DE PUBLICIDAD EN LOCALES INTERNOS

Otra tasa que se ha incorporado al universo de las rutilantes creaciones locales, es el que grava la publicidad que se realiza en el interior de locales habilitados para venta al público.

En este caso se ha llegado a extremos tales como intentar imponer el uso de remeras con logos o lapiceras de laboratorios utilizadas por farmacéuticos.

Es un dato de la realidad que detrás de esta tasa se encuentran estudios contables y jurídicos que han vendido y siguen vendiendo el know how y el mecanismo de esta imposición a los municipios. Ello debiera asegurar mayor estudio de la cuestión; pero si alguna tasa parece discutible en cuanto al hecho imponible gravado y la finalidad perseguida, es esta. Habilitado el local y pagos los derechos correspondientes, normalmente ya gravado el comercio por su publicidad proyectada en el espacio público, explicar cuál es el criterio con el que se cobra este adicional, con el agravante de colocar al expendedor y al productor en condición de responsables solidarios, parece francamente imposible. El sujeto gravado no paga por la concesión de alguna ventaja, como sería la ocupación de un espacio público, siendo lo gravado los anuncios o la mera identificación de mercaderías o servicios dentro de locales comerciales.

No hay espacio público, sino de propiedad privada abierto al público. Conceptos distintos, por cuanto aquí el sujeto gravado en modo alguno aprovecha de un bien del común. Nuevamente, más de cincuenta municipios de la Prov. de Bs. As., de Córdoba, E. Ríos, San Luis y Mendoza ya lo han incorporado a su legislación tributaria sin haber pasado por filtros judiciales previos¹³⁹.

3.4. EL PARTICULAR CONCEPTO DE «ESTABLECIMIENTO» CUANDO SE TRATA DE VIAJANTES DE COMERCIO, EN EL CASO DE TASAS DE SEGURIDAD E HIGIENE

Como si la problemática no fuera per se compleja, algunas Municipalidades de la Provincia de Córdoba por vía de ampliar el concepto de «local o establecimiento» para alcanzar directamente la actividad, tal el caso de los viajantes de comercio, han generado un dilema jurídico adicional. De hecho en el Chaco y Misiones varias municipalidades se encuentran estudiando gravar las actividades desarrolladas por parte de comercializadores de algodón en sus comunas.

El planteo de la Municipalidad es que para percibir tasa por seguridad e higiene, no resulta necesario que exista un local, por cuanto lo que se alcanza con la alícuota es la «actividad». Las empresas afectadas sostienen que tal situación asimila la tasa al impuesto a los ingresos brutos.

El debate judicial ya ha tenido diversas instancias, siendo adversa a las empresas en el ámbito de la Provincia de Córdoba, incluido su Superior Tribunal. A guisa de ejemplo, podemos citar el fallo de la Cámara de Apelaciones de Río Cuarto, en Boehringer Ingelheim c. Municipalidad de Río Cuarto, 14-VI-2005. La demandante tiene su administración y planta industrial en Capital Federal, realizando la venta dos visitadores médicos en la Provincia de Córdoba, uno de los cuales viaja a Río Cuarto. La Municipalidad le aplica la contribución sobre Comercio, Industrias y Actividades Lícitas.

La actora argumenta la violación del principio de legalidad, por no estar prevista la actividad y por no existir servicio posible alguno por parte del Municipio, por cuánto ¿qué se fiscaliza o supervisa, sino es un local? También se indica que no hay una actividad comercial, por cuanto lo único que realiza el viajante es una promoción de los productos, pero estos son vendidos y la logística proviene de Buenos Aires. Se sostiene la violación de la cláusula de comercio de la Constitución Nacional y que en realidad al no existir tales vinculaciones se ha establecido un impuesto y no una tasa, lo que se encuentra en pugna con la Ley 23.548 y con el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento.

La Municipalidad sostuvo que la base territorial no resulta necesaria para gravar una actividad, tal como surge del dictamen que emitiera la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral, respecto del planteo del Laboratorio Bagó. Que la inexistencia de base territorial no significa que la Municipalidad no preste servicios indispensables para que el actor pueda realizar su actividad en dicho ámbito territorial.

Pero si estas son las razones de las partes, cobra importancia la línea seguida por la Sentencia de la Cámara, donde surgen alguna novedades:

1. La primera sostiene que la clasificación clásica entre impuestos y tasas no es unánimemente aceptada, puerta para avanzar en la dirección extintiva de las tasas en su concepción clásica.
2. Que se perdieron los perfiles nítidos al adoptarse nuevos mecanismos tributarios, aptos a su vez, para satisfacer demandas muy distintas respecto de las municipalidades. La necesidad municipal aparece justificando la imposición.
3. No existe entre las categorías diferencias sustanciales, sino instrumentales.
4. El argumento sustancial que se basa en la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, en la Carta de Córdoba y que se expresa en la tesitura del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que dispuso que «Los municipios tienen expresa habilitación constitucional para establecer impuestos.»
5. Finalmente justifica su decisión favorable a la constitucionalidad y legalidad de la tasa aplicada por Río Cuarto que la divisibilidad de la prestación no resulta necesaria, bastando

en consecuencia con que exista una actividad de interés público y general prestada por el Estado. La totalidad de los servicios públicos se estructuran tomando en consideración el interés general y no el beneficio particular del sujeto obligado.

Los argumentos que hemos glosado precedentemente abren el debate. La bendición de la Justicia Cordobesa, no confirmada hasta aquí por la Corte Nacional y con contiendas abiertas por ante la propia Justicia Federal localizada en esa Provincia, abren todavía un fuerte interrogante respecto del destino final de esta imposición.

3.5. TASA ECOLÓGICA

En este universo de contribuciones, no se puede dejar de mencionar a la denominada tasa ecológica. La idea en términos generales no resultaría demasiado novedosa. Se grava al sujeto que genera mayor contaminación a efectos:

1) de disuadirlo en la actividad y/o a manejar con mayor eficiencia las consecuencias negativas de su actividad o 2) se invierte parte de esas sumas en intentar mejorar el medio ambiente.

Pero esto que así planteado pareciera un sano intento por salvaguardar la ecología, no deja de plantear algunas dudas: 1) en qué medida no se constituye en el pago de un precio que habilita, en lugar de desalentar la polución, 2) en qué grado no se superpone a contribuciones nacionales

3.6. UN PLUS; EL INTENTO DE COBRO RETROACTIVO

Pero como si todos estos inconvenientes y numerosas contiendas, algunas de ellas de incierto futuro – lo cual ya de por sí, nos referimos a la incertidumbre, constituyen todo un dato económico – no fueran per se suficiente para afectar actividades comerciales e industriales, se suma el escaso tino de intentar aplicar muchos de estos cambios conceptuales con efectos retroactivos. Todo un dislate.

Si en algún punto, es posible entrever que las intenciones municipales recaudatorias habrán de fracasar en su intento, es precisamente en dicha nota de aplicación temporal con pretensión de pasado. Difícilmente los jueces avalen tal proceder.

4. BREVE CONSIDERACIÓN RESPECTO DEL PODER TRIBUTARIO MUNICIPAL (artículo 123 de la CN)

Descriptas estas condiciones de la realidad, aún dentro del limitado marco de este trabajo, deben realizarse algunas apreciaciones referidas al quid de las facultades tributarias municipales. El debate no está en modo alguno desconectado de aquél básico al derecho municipal: autonomía – autarquía. Para los primeros si la comuna carece de facultades para gravar sujetos y actividades dentro de su jurisdicción, no hay autonomía posible; para los segundos, las facultades tributarias locales son delegadas por las provincias, por lo que las primeras no pueden exceder a las de esta última. Por añadidura propia de cualquier delegación, implica el correlativo poder del delegante de avocar la misma y retomar su ejercicio.

En el marco de esta debate, la Corte Suprema de Justicia ha ido dictando fallos que consolidan la idea de que la potestad tributaria municipal es la que la Provincia indica que sea, o lo que es más concreto, que dichas facultades son derivadas. En pocas palabras puede en el marco del debate

doctrinario compartirse o no que ello deba ser así y si ello respeta o no la autonomía prevista en el artículo 123 de la Constitución Reformada, pero no se puede dejar de señalar que la jurisprudencia marcha en una dirección unívoca. Ello permite que los altos tribunales de las Provincias de Buenos Aires¹⁴⁰ y Mendoza – ambas no menos cierto, el ejemplo más acentrado de autarquía comunal – puedan sostener que el único titular de facultades tributarias es la Provincia, mientras que las de Chubut o Córdoba, puedan sostener lo contrario; todo ello dentro del ámbito de su derecho local.

La única manera de deslindar este conflicto radica en determinar si la imposición alcanza exclusivamente contribuciones locales, si lo hace sobre la base de la actividad cumplida en ese territorio y si guarda algún grado de relación con la actividad y la finalidad misma de ese municipio, todo ello en un marco de concertación con las otras jurisdicciones. En resumidas cuentas, reconociendo la facultad municipal de poder establecer imposiciones locales para el cumplimiento de sus finalidades orgánicas y de hacerlo sin ingerencias provinciales o nacionales, de la misma manera, no puede la comuna avanzar sobre potestades de aquellas en sus propias órbitas. En este sentido, la idea sostenida por Eduardo Baistrocchi de impedir la superposición de imposiciones resulta compartible¹⁴¹.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES.

En términos de acercar algunas conclusiones, se ha producido una verdadera distorsión en el concepto de tasa municipal, la que hoy carece de las características propias que permitían distinguirla del impuesto. Las razones para que ello haya ocurrido pueden ser múltiples, pero destaca la originada en las necesidades municipales de recursos. Recursos que comenzaron a percibirse socavando las distinciones jurídicas, dándole nombre de tasas a percepciones impositivas que por sus hechos imponibles, bases de cálculo, categorías imponibles, son impuestos.

Pero que tal estado de cosas acaezca en la realidad, no debe hacer olvidar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, no ha descartado la utilidad de tal distinción y que en ningún caso cualquiera fuera la modalidad de la recaudación, ella debe prescindir de la legalidad, legitimidad y particularmente de razonabilidad. Por ello no se pueden avalar auténticos disparates. Si la tasa de «publicidad interna» es inconstitucional, tanto lo es para las comunas, como para cualquier otro poder estatal al que se le ocurriera gravar tal cosa, por cuanto no se ve cuál es el hecho imponible. ¿Por qué no gravar entonces el respirar o el toser? No hay diferencias conceptuales claras. Pero por el mismo motivo, si el municipio intenta percibir parte de la ganancia que se obtiene por la actividad en su territorio, sirviendo su soporte y el de su comunidad para la misma, por qué no considerar válido el cobro de impuestos que permitan la restitución en servicios para ese mismo colectivo. Cómo no reconocer cierta razonabilidad a este planteo, cuando mientras los Municipios del interior bonaerense se debaten sobre cómo financiar obras de red vial que permitan sacar la producción de sus campos, en algunos casos las retenciones agropecuarias que no se redistribuyen siquiera a las provincias de las que provienen, implican en muchos casos duplicar el presupuesto anual de la comuna (casos de Tres Arroyos, Junin, entre otras). La sana solución nuevamente es alentar mecanismos que permitan coordinar las políticas recaudatorias adecuadas y redistribuciones y asignaciones correctas de recursos a cada nivel de Gobierno, conforme a las responsabilidades que cada uno de ellos dinámicamente asume.

a) La necesidad de tener presente al contribuyente.

Ahora bien, el riesgo que implica cualquier consideración abstracta y teórica es olvidar al

140 La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha dicho frente a la impugnación del pago de alumbrado limpieza y conservación de la vía pública que: «Ante el carácter originario de la potestad tributaria provincial, su potestad eximitoria deviene naturalmente de aquélla en el caso, por la ley provincial 5920 de la Provincia de Buenos Aires, se eximió a la Caja de previsión Social para Ingenieros del pago de cualquier tributo provincial o municipal -, por ello es lógico colegir que la Provincia de Buenos Aires puede establecer exenciones de tributos comunales a favor de las personas públicas no estatales cuya creación ha dispuesto» agregando Negri en su voto: «Esta misma postura ha sido reiteradamente sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos, 304:1186; 320:619 entre otras), que ha reconocido el carácter originario e indefinido de los poderes de las provincias, expresando a su vez que las prerrogativas municipales derivan de las correspondientes a las provincias a las que pertenecen» SCJBA, Caja de Previsión Social para Profesionales de la Ingeniería de la Provincia de Buenos Aires c. Municipalidad de La Plata, 01-IV-2004, LLBA 2004, P. 840.

141 Baistrocchi, Eduardo, La autonomía de los municipios de provincias: sus posibles consecuencias tributarias (segunda parte), La Ley 1996-D, P. 1197.

contribuyente, que siempre resulta ser el mismo, cualquiera sea la esfera de acción estatal. Es decir, se contribuye el propio municipio, pero también se lo hace con los impuestos provinciales y los que aplica la Nación. La falta de coordinación entre estos niveles, la superposición de bases tributarias y de impuestos, con prescindencia del hábil juego de palabras que pueda realizarse en el bautismo de cada una de dichas contribuciones, no evitan señalar la necesidad de que la cuestión sea objeto de concienzudo debate y correcta delineación de las potestades que competen a cada nivel integrante de la organización federal del Estado. Por el momento, las exacerbadas vaguedades, sólo tienen una víctima directa en el contribuyente y una indirecta en el recaudador: Este esquema alienta indudablemente la discusión y la evasión. Es de esperar que el cuadro se modifique hacia el futuro.

b) Contribuciones especiales de mejoras: La contribución especial por mejoras, es la imposición que se efectúa sobre aquellos cuyas propiedades habrán de ver aumentado su valor a consecuencia de una Obra Pública Municipal¹⁴². A diferencia de la tasa, no grava en forma indiscriminada a los sujetos pasivos, sino que se patentiza en aquellos que en forma directa han de recibir a consecuencia del accionar municipal un concreto beneficio. Claro está, que sin embargo las nuevas tendencias se inclinan por considerar que es conveniente acudir a mecanismos compartidos mediante los cuales se financian parte de las obras con rentas generales y parte con las contribuciones. La razón para este proceder está justificada en razones de equidad. Así por ejemplo, la pavimentación de una cuadra tiene una incidencia directa sobre el propietario del inmueble frentista, pero no caben dudas de que también mejoran su valuación fiscal las propiedades más cercanas y no es mero cierto que cualquiera que utilice su automóvil y transite por dicha red vial, también recibirá un beneficio.

c) Precios Públicos: Son aquellas tarifas o precios que percibe el Municipio por el uso de determinadas instalaciones o prestación de servicios municipales. Ejemplo de ello, son por ejemplo el alquiler de estadios o teatros municipales. Límites legales a la facultad de tributación: Consecuente con la facultad que se reconoce al Municipio de poder gravar con diversos tributos, aparecen límites constitucionales y legales en cuanto a la forma en que se ejerce tal poder, como los fijados por los artículos 226 inciso 31), 227 y 228 de la L.O.M.¹⁴³. El principio general que se estipula es la necesaria razonabilidad en cuanto al origen del tributo y el destino que se acuerda a lo con él percibido¹⁴⁴. Es así que el artículo 228, señala: «La percepción de impuestos municipales es legítima en virtud de la satisfacción de las necesidades colectivas que con ella se procura.»

Límites económicos y principios de tributación que deben respetarse: Pero si hemos expresado la existencia de limitaciones legales en cuanto a la razonabilidad del tributo, no menos cierto es la existencia de ciertos principios que se han elaborado doctrinariamente y que correctamente respetados logran establecer una convivencia pacífica y armoniosa con un contribuyente que cada vez quiere pagar menos o directamente no pagar. Entre otros cánones, se han expresado los siguientes: (1) Certeza, en tanto quién debe tributar tiene que conocer qué, cuándo y dónde ha de abonar sus contribuciones; (2) Equidad, ya que la carga tributaria debe aplicarse con criterio igualitario atendiendo a la posición de cada contribuyente y a sus posibilidades económicas reales; (3) Eficacia recaudatoria, el mecanismo debe ser idóneo para obtener la mayor recaudación posible, con los menores costos adicionales tanto para el vecino como para el Municipio¹⁴⁵ (4) Flexibilidad, el recurso debe adecuarse a la realidad económica cambiante, de manera tal de no perpetuar o agravar situaciones adversas en el medio o no perder oportunidades recaudatorias que modificaciones en el mercado puedan originar; (5) Neutralidad, la contribución debe permitir el mayor ingreso dinerario posible, pero sin que implique efectos colaterales graves, tales como desalentar o impedir ciertas actividades, ocasionando pérdidas para la comuna en lugar de ingresos¹⁴⁶

Exenciones tributarias: Si bien en razón de su ubicación en el texto de la ley Orgánica Municipal, el tratamiento debería ser efectuado al analizar el presupuesto, entendemos que su

¹⁴² La Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha sido clara al definir la contribución de mejoras como «la obligación pecuniaria impuesta por el Estado con carácter único a los propietarios de determinados

vinculación inescindible con las facultades tributarias del Municipio, nos obligan a incluirlas en este punto. Decimos esto por cuanto siendo potestad propia del Estado Municipal la imposición de contribuciones, es correlato necesario la posibilidad de ejercer ese mismo poder creando exenciones tributarias. El artículo 40 L.O.M. autoriza indudablemente a utilizar la política impositiva del municipio como ámbito adecuado para premiar o fomentar el desarrollo de ciertas actividades o comercios. Este tema tiene mucha importancia en un mundo globalizado en el cual son cada vez más importantes las necesidades de ponerse en condición de competir con mayor suceso con aquellas ciudades y localidades vecinas que pueden atraer inversiones. El fenómeno tiene dos aristas, la primera crear mayor actividad económica en la ciudad, lo que implica indirectamente beneficios para la propia población y recaudación de tributos conexos; como así supone una mayor base de contribuyentes futuros, habida cuenta de que las exenciones suelen tener un coto temporal.

Este tipo de políticas se denominan en el derecho anglosajón bajo el nombre genérico de «medidas tendientes a inducir negocios privados» y que adoptan básicamente cuatro ejes: (1) donaciones o concesiones de uso de bienes municipales en favor de nuevas empresas; (2) promociones y publicidad destinada a convencer eventuales inversores sobre la conveniencia de hacerlo en una determinada ciudad; (3) construcciones o desarrollos efectuados por la Municipalidad y que luego serán transferidas a los particulares y (4) exenciones totales o parciales en el pago de impuestos.»¹⁴⁷

Un supuesto particular, es no el de exención; sino el de condonación, facultad que corresponde al HCD, sin perjuicio de que la iniciativa está a cargo del Ejecutivo, tal como resolviera el HTC, «Sobre el proyecto de ordenanza de condonación de obligaciones tributarias municipales, multas y accesorios, cuyas acciones de cobro se encuentren prescriptas a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 13536. Sobre el mismo desea saber si es procedente darle validez al proyecto presentado por este bloque y las facultades que posee el H. Concejo Deliberante para la aprobación del mismo. Asimismo, desean saber si es factible la aprobación de una condonación genérica o bien resulta necesario que el área de recaudación realice un detalle por partidas, cuotas y servicios que se condonan.

Respuesta: La Ley 13536, en su artículo 1°, faculta a los municipios bonaerenses a condonar las deudas que mantengan los contribuyentes por obligaciones tributarias municipales, mul-

inmuebles que se fija hasta la concurrencia sustancial del máximo de la plusvalía que experimentan dichos inmuebles, con motivo de una obra pública de uso común», Tecni-Gas SRL c/ SCBA. 3-X-1989, A.Y.S. Tomo 1989-III, P. 607.

143 Vinculado a este tema es el tipo de sanción que pueden prever las ordenanzas impositivas comunales y si su incumplimiento puede dar origen a la aplicación por parte de Tribunales Penales de las sanciones previstas por las Leyes Criminales en la materia. Al respecto Obarrio, María y O'Connor, llegan a esa conclusión en su artículo Aplicación de la Ley Penal Tributaria: ámbito nacional, provincial y municipal, LL 1996-A, Secc. Doctrina 1388.

144 Toda tasa municipal referida, en su monto, al principio de capacidad contributiva, según el valor del inmueble, significa apartamiento al principio constitucional de que las Comunas están facultadas, únicamente, para crear servicios y establecer las tasas en retribución de los mismos. Las tasas del registro o inscripción de actos jurídicos en el caso venta de inmuebles- cuando aluden a la capacidad económica de los contratantes, exteriorizada por el valor económico del contrato, tienen el carácter de impuestos.

145 La aplicación de este principio, no sólo debe estar contemplado a nivel de la Ordenanza que crea los recursos, sino asimismo de la eficiencia de la administración comunal para llevar adelante las tareas recaudatorias. Al respecto resulta aleccionadora la experiencia vivida en el ámbito de la Capital Federal durante 1994, en la cual la Municipalidad se demuestra ejecutando a mansalva, mediante agentes fiscales contratados a tales efectos, créditos inexistentes, cabiendo la prueba al ejecutado de que los mismos habían sido pagos. Sobre el particular, es interesante la lectura de Spisso Rodolfo, Desorganización y abuso de la administración fiscal municipal, LL 1994-E. 146Vgr.: en una playa de estacionamiento tradicionalmente gratis, donde estacionan doscientos automóviles diarios, decidimos incrementar los ingresos municipales mediante el establecimiento de una tarifa de diez pesos. Ante dicha modificatoria, el resultado no será necesariamente que los 200 autos seguirán concurriendo pagando dicho importe. Supongamos que la noticia es tan mal tomada por los vecinos que de los doscientos tan sólo 10 estacionen en el futuro. Dada esa nueva realidad no sólo la municipalidad habrá dejado de percibir lo que pensó que iba a obtener, sino que además 190 usuarios perderán parte de su bienestar que era dejar el auto en dicha playa.

147 Osborne M. Reynolds Jr., «Local Governments Law», P. 331.

148 HTC, Municipalidad de Tres Arroyos, Delegación IX, Expte. 5300-308/07, 17-V-2007.

tas y accesorios, cuyas acciones se encuentren prescriptas a la fecha de entrada en vigencia de la misma. Por su parte, el artículo 4° de la ley contempla que el Poder Ejecutivo debía dictar las normas reglamentarias necesarias para la efectiva instrumentación del procedimiento en un plazo de 60 días de la entrada en vigencia de la ley; pasado ese tiempo la misma no ha sido aún reglamentada.

Este Organismo, mediante el dictado de la Resolución 400 dispuso incluir dentro de la condonación a aquellas deudas tributarias municipales cuyas acciones de cobro se encuentren prescriptas hasta el 31 de diciembre de 2006. Dentro de este marco regulatorio y sin dejar de lado de que la condonación debe estar aprobada por el H. Concejo Deliberante, se considera que el proyecto debe surgir del seno del Departamento Ejecutivo, en virtud de ser éste el encargado de administrar los recursos y el que se verá afectado con sus modificaciones tanto en el Cálculo de Recursos como en el Presupuesto de Gastos. Al respecto, se comparten en su plenitud los fundamentos expuestos por la Delegación Zona IX de este H. Tribunal de Cuentas con asiento en Bahía Blanca. También se considera necesario que intervengan las oficinas de Rentas y Contaduría para establecer los términos en los cuales debe redactarse la ordenanza, a cuyos efectos deberá confeccionarse un detalle de los deudores indicando las partidas, las cuotas y el servicio de la deuda a condonar. Se acompaña copia de la consulta de la Municipalidad de Junín, iniciada por Expediente 4059-554/07, que permite esclarecer aspectos sobre la contabilización en los casos que se apruebe la condonación de las tasas en los términos de la Ley 13536.»¹⁴⁸ En sentido similar se expidió el mismo órgano respecto de la Municipalidad de Ayacucho, donde como dato saliente se afirma la potestad del HCD de expedirse respecto de planes de moratorias impositivas.¹⁴⁹

PROCEDIMIENTO DELIBERATIVO EN LA CREACIÓN DE RECURSOS

La sanción de Ordenanzas Impositivas o de autorización de gastos especiales estipula el artículo 32 LOM debe seguir un procedimiento especial en la medida en que se requiere la votación nominal y la aprobación por mayoría absoluta del total de miembros integrantes del cuerpo. Es indudable que ese requisito no sólo dota al acto de mayores garantías, sino que asimismo resulta esencial a los efectos de poder determinar eventuales responsabilidades administrativas y contables de los integrantes del cuerpo.

MAYORES CONTRIBUYENTES

Un problema no menor que genera el arcaico mecanismo de los mayores contribuyentes en

149 HTC, Municipalidad de Ayacucho, Delegación XIV, Expte. 4005-428/07, 3-IV/2007: «Consulta: Si es procedente condonar deudas para aquellos contribuyentes que se encuentren en la etapa de juicio de apremio. Respuesta: La doctrina de este Organismo, hasta la sanción de la Ley 13536, solamente había aceptado en el marco de las facultades concedidas a los Concejos Deliberantes por el artículo 56 de la LOM, condonar deudas ante pedidos expresos de contribuyentes debidamente fundados en razones socioeconómicas, teniendo idéntico criterio cuando estos beneficios sean solicitados por organizaciones de carácter social. La Ley 13536 en su artículo 1° faculta a los municipios bonaerenses a disponer la condonación de las deudas que mantengan los contribuyentes por obligaciones tributarias, cuyas acciones de cobro se encuentren prescriptas. Dado que la iniciación de acciones judiciales en término hace caer la posibilidad de solicitar la prescripción de la deuda, ante la instancia de juicios de apremio no es procedente el beneficio de la ley mencionada para los contribuyentes demandados. Se debe dejar en claro que este criterio está respaldado en función de lo establecido por la Ley 13536, cuyo decreto reglamentario no se ha sancionado hasta el presente. Se destaca esto porque el artículo 4° del citado texto legal fijó el término de 60 días de la entrada en vigencia de la ley para su reglamentación, circunstancia que al no producirse impide considerar otras interpretaciones que puedan brindar una solución distinta al tema planteado. También se debe aclarar que si bien la municipalidad no puede dictar norma donde se condone capital, la doctrina de este Organismo ha dictaminado que el H. Concejo Deliberante está facultado mediante ordenanza que prevea un plan de facilidades de pagos o moratoria, a condonar intereses, multas, recargos, etc., la que debe ser de carácter general y podrá abarcar a las deudas en gestión judicial. Para este último caso deben convenirse las costas y gastos del juicio con las pautas establecidas en la consulta de General Rodríguez iniciadas por Expediente 4050-37391/05.»

materia de votaciones tributarias, radica tanto en la conformación de la lista, como en los distintos períodos de cese de los mismos con relación a los concejales, respecto de los cuales y como principio, deben guardar similitud en la propuesta por las fuerzas políticas.

Respecto de la conformación de las listas, dice el artículo 94 de la LOM que pueden proponerse concejales iguales al doble de cada fuerza política y que para el caso de que no se alcance ese número, corresponde al Departamento Ejecutivo completar el mismo para elevarlo al HCD. Lo que no expone la LOM es qué sucede, para el caso de superarse ese número, suplentes incluidos. En tal caso, pareciera que el Departamento Ejecutivo debe elevar la lista con el número total de mayores inscriptos, en el orden que los mismos se anotaron, dando prioridad, salvo el caso de impugnación a aquellos que primero se anotaron; puesto que tal como ha mencionado la Corte Suprema en el caso *Ejkmedjian c. Sofovich*, el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho es una guía de interpretación legal.

Con relación a la duración de los períodos de los mayores contribuyentes, la cuestión ha sido planteada concretamente, en cuanto a si como consecuencia de haber tomado posesión de sus cargos los nuevos concejales, se debe respetar la nómina de aquellos constituidos antes al día 10 de diciembre – fecha de ingreso de la nueva composición política del Cuerpo -. El HTC, respondió que siendo que el artículo 94 de la Ley orgánica de las Municipalidades en su inciso 5) prevé que «... cada grupo político representado en el Concejo propondrá en sesión citada al efecto, un número de mayores contribuyentes, tomados de la nómina aprobada por el Cuerpo, igual al doble de los Concejales que integran dicho grupo político...», estableciendo a continuación que «... elegirá de cada lista un número igual al de Concejales que integran el respectivo grupo político proponente...».

Del texto extractado de la citada normativa se infiere que la composición política del H. Concejo Deliberante es determinante para conformar la integración de los Mayores Contribuyentes, principio que no respeta lo determinado en el inciso 7) del citado artículo en cuanto a la vigencia de la lista « 30 de abril de cada año », que era concordante con la fecha de renovación de autoridades vigentes con anterioridad al 10 de diciembre del año 1983, que era el 1° de mayo de cada año.

Lo señalado en los párrafos anteriores fue lo que tuvo en cuenta la Secretaría de Asuntos Jurídicos de este H. Tribunal de Cuentas ante una inquietud de características similares que fuera respondido en las actuaciones correspondientes al Expte. 5300-2659/99, Municipalidad de Brandsen, al informar que si bien no puede variarse el listado de los actuales Mayores Contribuyentes hasta el 1° de mayo del año en curso, nada obsta a que se proceda a la adecuación de la integración de la Asamblea a los fines de que cada uno de los Bloques Políticos tenga la representación correspondiente a su actual composición numérica.

«A mayor abundamiento, al solo efecto de demostrar hacia dónde se dirige la corriente doctrinaria, se aclara que el proyecto consensuado para la sanción de una nueva Ley Orgánica para las municipalidades, que propicia el Ministerio de Gobierno reparando la actual incoherencia legal, no prevé fecha alguna para la vigencia de la designación de los mayores contribuyentes y mantiene incólume el principio señalado ut supra al establecer que «La asamblea será integrada respetando la representación política del Concejo...».¹⁵⁰

CÓMPUTO DE VOTOS EN ASAMBLEA CONJUNTA

Respecto de cómo computar los votos cuando se trata de una Asamblea conjunta de concejales y mayores contribuyentes, es decir si en forma conjunta o separada, se solicitó en su momento opinión a la AGG, la que se expidió diciendo: «Al respecto, cabe destacar que conforme surge de los términos en que ha sido redactada la consulta, este Departamento Deliberativo está compuesto por 20 Concejales. Asimismo -y siempre a estar a los elementos de juicio acumulados- a la Asamblea en cuestión concurrieron 19 concejales y 18 mayores

150 HTC, Municipalidad de Saladillo, Delegación XIII, Expte. 5300-5179/05, 22-XII-2005

151 AGG, Compendio de dictámenes, Pp. 59-60.

contribuyentes, siendo el resultado de la votación, el siguiente: 19 votos favorables al despacho del Bloque de la Alianza y 18 votos favorables al despacho del Bloque Justicialista.

Luego de producida dicha votación, esa Presidencia dio por aprobado el proyecto. Ante esta situación, el Bloque cuestiona la aprobación de la ordenanza en la forma que ha sido referenciada, en el entendimiento de que no se ha obtenido la mayoría absoluta de votos requerida por el artículo 193 inc. 2 de la Constitución Provincial.

En consecuencia, concretamente se consulta si la mayoría absoluta prevista por el artículo 193 inc. 2 de la Constitución se refiere a la totalidad de los miembros de la Asamblea, o solamente a los presentes en la pertinente sesión. Cabe –liminarmente- formular algunas consideraciones generales respecto a la definición de conceptos contenidos en la legislación vigente, que resultan de aplicación a cualquier tipo de cuerpo colegiado, a saber:

- 1) Quórum: Es el número de concurrentes indispensables para que una asamblea o cuerpo colegiado pueda sesionar válidamente.
- 2) Mayoría: Significa la cantidad de votos necesarios para producir una resolución.
- 3) Mayoría Absoluta: Es la que no puede ser superada por otra porción de votos, o sea más del cincuenta (50%) de los votos en juego.
- 4) Mayoría Simple: Es la más numerosa entre varias minorías.
- 5) Mayoría Especial: Es la que en determinados supuestos exige la legislación o normas estatutarias (v. gr. 2/3, 3/4, etc.).

Que la «mayoría absoluta de votos» a la que refiere el artículo 193 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, debe computarse con relación a la totalidad de los miembros de la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes. Ello así, toda vez que cuando la ley ha querido referirse exclusivamente a la mayoría de votos de los Concejales presentes, lo ha dicho en forma expresa (v. gr. artículo 34, segundo párrafo, del Decreto -Ley 6769/58).

Sobre el particular, calificada doctrina constitucional adopta idéntica posición. Así, Germán Bidart Campos («Tratado Elemental de Derecho Constitucional», T. II, pág. 87), al analizar el tema del quórum en el Congreso afirma que «...la Constitución exige directamente un quórum de votos sobre el total de los miembros (entendiéndose que exige el total en forma implícita cuando no agrega al sustantivo «miembros» el adjetivo «presentes»)», citando como ejemplo el artículo 30 de la Carta Magna, en cuyo caso se exige el mismo quórum de asistencia y de votos. En el mismo sentido se pronuncia el Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, en la obra: «Derecho Público», dirigida por Jorge Sarmiento García, E.C.A. pág. 311. Como corolario de todo lo expuestos, esta Asesoría General de Gobierno es de opinión que la mayoría absoluta de votos prevista por el artículo 193 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, se configura con la mitad más uno de los votos de la totalidad de los miembros de la Asamblea de Concejales y Mayores Contribuyentes a que esa disposición alude.»¹⁵¹

5.3. RECURSOS DE CAPITAL

Por su importancia hemos de centrarnos en una de las fuentes principales de obtención de recursos de capital cual es el crédito público, que ha sido definido como la capacidad política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo.

A nivel municipal, es la aptitud de un municipio para contraer deuda pública, a través de entidades financieras y bancarias (como por ejemplo, podemos citar al Banco Provincia de Buenos Aires) o mediante la emisión y colocación pública de bonos o títulos municipales (operatoria recientemente habilitada mediante resolución del Honorable Tribunal de Cuentas).

Sobre este particular no es nuestra intención extendernos en demasía, pero si consideramos necesario hacer breve referencia a las siguientes discusiones que se vinculan al tema. La primera de ellas es cuál es el límite de este recurso. La respuesta que ha dado la teoría clásica económica, es que su uso debe estar estrictamente restringido a cuestiones excepcionales (por ejemplo una inundación, un tomado u otra catástrofe en el Partido), en tal caso la comuna se vería facultada a tomar los créditos necesarios para paliar tal necesidad.

Posteriormente y principalmente durante los últimos años se desarrolló la idea, de que no

sólo para casos tan extremos, sino como una herramienta más de gestión económica financiera era posible que el Municipio tomara empréstitos. El crédito como tal y en la medida en que compromete a generaciones futuras, debe convenientemente ser utilizado en la concreción de obras de estructura que beneficiarán a las mismas. Es así que el artículo 46 L.O.M. determina que el uso que debe acordarse al crédito es para: 1) Obras de mejoramiento e interés pública, 2) Casos de fuerza mayor o fortuitos y 3) consolidación de deudas.

PROCEDIMIENTO DE SANCIÓN

Debido a las especiales características que asume el tomar un crédito, la L.O.M. conjuntamente con el Reglamento de Contabilidad de la Provincia de Buenos Aires exige el seguimiento de los siguientes pasos tendientes a lograr que la situación sea adecuadamente ponderada y no se menosprecien riesgos. (1) En primer término la comisión interna competente del HCD se expedirá sobre la posibilidad del gasto; (2) Luego se sanciona la ordenanza preparatoria que contiene las características esenciales del préstamo a tomarse, es decir: (a) monto del empréstito, (b) destino que se dará a los fondos, (c) tipo de interés, amortización y servicio anual, (d) recursos que se afectarán al pago; (3) En tercer término se remiten al Honorable Tribunal de Cuentas informes sobre: (a) recaudación ordinaria anterior, (b) Importe de las tasas retributivas de servicios públicos, fondos para caminos y otros recursos afectados y (c) monto de la deuda consolidada que la comuna ya tenga contraída; (4) El H.T.Cuentas, tiene a partir de allí 21 días para expedirse sobre la legalidad de la operación y la capacidad financiera de endeudamiento de la comuna. (5) Obtenida la aprobación se puede proceder a sancionar la Ordenanza definitiva.

ENAJENACIÓN DE BIENES O SU GRAVAMEN O LOCACIÓN DE BIENES

Es facultad privativa del HCD de acuerdo a lo dispuesto por el art. 55 de la LOM, requiriéndose asimismo cuando se enajenan o gravan edificios municipales, autorización de la Legislatura Provincial. Esta venta de activos plantea un problema legal en cuanto a la clasificación de los bienes municipales en aquellos de carácter público y privado.

Entre los primeros de acuerdo a la tendencia predominante no es posible proceder a establecer gravámenes toda vez que los mismos implicarían el desmedro de lo que doctrinariamente se consideran bienes inalcanzables por parte de tales derechos privados. Sin embargo, coincidimos con la opinión del Dr. Sebastián Di Capua¹⁵², en el sentido de que ante la claridad de la norma autorizando en los Municipios Bonaerenses tal posibilidad no cabe dar otra interpretación legal.

Con relación al arrendamiento de espacio público, ante la consulta que realizara la Municipalidad de Vicente López, el HTC dispuso: «Consulta:Cuál es el camino a seguir para la regularización de la tenencia de las máquinas expendedoras de gaseosas, cafetería y de snack en el Centro Recreativo de la 3ra Edad y la posibilidad de incorporar el mismo al resto de los campos deportivos municipales. Respuesta: Viendo que de acuerdo a los elementos e información presentados en las presentes actuaciones no permite encuadrar el caso dentro de una de las figuras contractuales conocidas del derecho administrativo, merece darle al presente un enfoque especial, ya que la modalidad «contrato de comodato» que se quiere instaurar estaría desvirtuada en este caso con la participación del municipio en un porcentaje del expendio de las máquinas y dado que la explotación de la misma permanece en manos del propietario. Se entiende para este caso particular que la figura jurídica más conveniente es la del contrato de arrendamiento en los términos del artículo 55 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, donde el Municipio arrienda un espacio público o privado para la instalación de las máquinas expendedoras de gaseosas, cafetería, etc. y como contraprestación recibe un porcentaje del producido de las máquinas o un importe fijo en concepto de alquiler en cualquiera de las formas ofrecidas por la empresa, según obra a fs. 8. Con respecto al contrato en sí, se deberán incluir cláusulas que deslignen a la Municipalidad de toda responsabilidad por los riesgos que puedan ocasionar el uso y explotación de las máquinas expendedoras.

Secretaría de Asuntos Jurídicos: Se hace hincapié en la necesidad de contar con algún seguro que contemple la posibilidad de que la utilización de dichas máquinas pudieran ocasionar algún daño con motivo de alguna deficiencia en las mismas o en su defecto que el titular de las máquinas en cuestión se responsabilice de los mismos, deslindando ésta respecto del municipio.»¹⁵³

Referido a la explotación en particular de predios, en distinta situación jurídica resulta de interés el siguiente caso sujeto a consulta al HTC, allí se indagaba sobre 1) Fracción de campo cedido por una sola cosecha (período 2003/2004) al «Centro de Día Arco Iris» que continuaba siendo explotado por particulares en fecha posterior al año 2004, considerándose que debieron de haber mediado nuevas autorizaciones anuales por el HCD de acuerdo al artículo 56 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, o sea con el voto de los dos tercios del total de los miembros del Concejo, respecto 2) de una fracción de Campo Cedido a una empresa (15 has) y un remanente de 5 has que no fueron acordadas, para hacerlo debía mediar una nueva autorización del HCD bajo los términos del artículo 55 de la LOM y 3) finalmente para la ampliación de un contrato de arrendamiento celebrado en forma directa con la Facultad de Ciencias Agrarias de Balcarce, dependiente de la Universidad Nacional de Mar del Plata, y que había vencido. En tal caso de no haber mediado autorización al Ejecutivo, la decisión nuevamente correspondería al HCD bajo el artículo 55 de la LOM.¹⁵⁴

Otro caso radica en la concesión de bienes de dominio del Municipio para su explotación por particulares en cuyo caso el HCD debe autorizar la operación bajo el artículo 55 de la LOM y aplicar el régimen jurídico la Ley 9.533/80. Así se ha expresado frente a la consulta de «Si es factible realizar una Concesión de Uso de un inmueble perteneciente a la Comuna, en los términos de la Ley 9.533/80, exceptuándose de los requisitos fijados en el artículo 28 inciso b) y el inciso c) de la misma, por considerar que la explotación implica un beneficio económico y productivo para la comunidad. También se plantea la inquietud de las mayorías necesarias para realizar dicha operación. Respuesta: El artículo 28 de la ley mencionada establece en su inciso b) que «..el término de la tenencia de la concesión de uso no podrá exceder de cinco años...» y el c): «...El canon anual a cuyo pago estará obligado el tenedor se fijará en el acto administrativo respectivo y no podrá ser inferior al diez por ciento de la valuación fiscal vigente en cada uno de los años concesionados...». Lo que pretenden las autoridades municipales es hacer uso de las excepciones previstas en el artículo 29, la que dispone que el artículo anterior no será de aplicación cuando se trate de inmuebles que por su naturaleza especial o uso al cual serán destinados, se justifique exceptuarlos de tal disposición. En función de esto último, si se demuestra que la radicación en el predio municipal de la sociedad anónima dedicada a la incubación de pollos, conlleva a la creación de fuentes de trabajo y al desarrollo zonal, se entiende que encuadra dentro de la excepción del artículo 29. Lo que no se considera factible, es lo pretendido respecto de que el uso del predio municipal sea por el término de 20 años, «con carácter irrevocable». Al respecto, la Ley 9533/80 no prevé ninguna disposición que no haga aplicable el inciso a) del artículo 28. El mismo reza: «La tenencia será siempre precaria y como consecuencia el acto revocable en cualquier tiempo por decisión de la autoridad competente».¹⁵⁵

Con respecto a las mayorías con que debe aprobarse dicha concesión de uso, se deberá respetar la fijada en el artículo 55 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (mayoría absoluta del total de sus miembros).

Un supuesto bastante particular aparecido en los últimos años, es la constitución de fideicomisos destinados a financiar obra pública. La aplicación del artículo 55 LOM deviene de la desafectación de los bienes municipales del patrimonio general de la misma, para ser incorporados a un patrimonio especial de afectación, como constituye el fideicomiso.

Sobre este tema el Honorable Tribunal de Cuentas ha dicho que «La constitución de fideicomisos financieros para llevar adelante proyectos de obra e inversión es una modalidad que encuadra en la operatoria prevista por la Ley 24441, al cual el municipio puede recurrir por cuanto constituye un procedimiento destinado a otorgar garantías a los proveedores, facultad que le otorga el artículo 55 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, al prever que

el municipio puede transmitir y gravar los bienes municipales siendo la cesión fiduciaria la transferencia de la propiedad de un bien por un determinado período con el objeto, en este caso, de garantizar el pago a los proveedores. Es un mecanismo utilizado frecuentemente, por ejemplo en las operaciones contratadas a través del Fondo Fiduciario para el Desarrollo del Plan de Infraestructura Provincial para la instalación de gas natural en localidades pequeñas de los partidos bonaerenses, entre otros.»¹⁵⁶ En sentido similar se expresó respecto de la factibilidad de constituir un Fondo de Garantía y Administración cuyo agente fiduciario sería BAPRO Mandatos y Negocios S.A., para que en representación del Municipio opere una cuenta corriente con las autorizaciones y supervisión de la Comuna, siendo facultad del Departamento Ejecutivo disponer a quién, cuándo y en qué montos serán librados los fondos de dicha cuenta, señalando que en forma genérica, cabe señalar que ceder fiduciariamente determinados derechos de cobro y la designación en carácter de beneficiarios del producto de los bienes fideicomitidos a los proveedores, es una modalidad que encuadra en la operatoria prevista por la Ley 24.441, habiendo entendido la doctrina de este H. Tribunal de Cuentas que el municipio puede recurrir a ella por cuanto constituye un procedimiento destinado a otorgar garantías a los proveedores, facultad que le otorga el artículo 55 de la Ley Orgánica de las Municipalidades al prever que el municipio puede transmitir y gravar los bienes municipales, siendo la cesión fiduciaria la transferencia de la propiedad de un bien, en este caso específico el cobro de un canon por un determinado período con el objeto, en este caso, de garantizar el pago a los proveedores. No obstante lo expresado precedentemente, del análisis de las presentes actuaciones se considera conveniente formular las siguientes consideraciones: «En el artículo 3° de la ordenanza mediante la cual se aprueba la constitución de un «Fondo Fiduciario de Garantía y Administración», al definirse los beneficiarios se incluye al «Órgano de Fiscalización Externo»; visto que en el artículo 12° se prevé efectuar una licitación privada para el control externo y seguimiento e inspección técnica de la ejecución de las obras correspondientes a la Refuncionalización del Frente Marítimo de Miramar», se considera necesario que se aclare si en ambos casos se trata de los mismos profesionales o cuando se define a los beneficiarios del fideicomiso se está previendo la existencia de un control específico del fideicomiso en sí mismo. La citada aclaración se efectúa como consecuencia de que cuando entre los gastos factibles a ser reembolsados por el fideicomiso han existido honorarios de auditores; la doctrina de este Organismo ha entendido que los mismos solamente podrán ser asumidos excepcionalmente cuando razones debidamente fundadas lo justifiquen, en virtud de que el control de lo actuado debe realizarlo la Comuna con base en la rendición de cuentas que debe practicar el fiduciario...»¹⁵⁷

CONSTITUCIÓN DE FORMAS ASOCIATIVAS, SERVICIOS Y OBRA PÚBLICA

Originariamente habíamos pensado en seguir el lineamiento de la LOM y ubicar este tema dentro del presupuesto. Dada la importancia y complejidad de la temática, nos inclinamos por brindarle un tratamiento propio, agrupando aquí el tratamiento de las disposiciones contenidas en el derogado artículo 43 de la LOM – hoy reemplazado por la Ley 13.588 -, en forma conjunta con la Ley 12.929 que permite la constitución de sociedades anónimas y los artículos 52 y 53, referidos a servicios y obras públicas, en conjunto con la Ordenanza General ¹⁶⁵, toda vez que ese plexo normativo se encuentra íntimamente vinculado y refiere básicamente a los distintos regímenes jurídicos bajo los cuales las Municipalidades llevan adelante gran parte de su cometido.

152 Di Capua, Sebastián, Régimen Jurídico Municipal de la Provincia de Buenos Aires, Pilar, Carlos Vicino Editor - Ediciones Centro Norte, 1997, P. 56.

153 HTC, Municipalidad de Vicente López, Delegación VII, Expte. 4119-6965/05, 21-IV-2006.

154 HTC, Municipalidad de Balcarce, Delegación X, Expte. 5300-236/06, 19-IV-2006.

155 HTC, Municipalidad de General Belgrano, Delegación XIV, Expte. 5300-4.660/05, 23-IX-2005. 156 HTC, Municipalidad de Bahía Blanca, Delegación IX, Expte. 5300-1391/08, 11-VI-2008.

Particularmente interesante es lo atinente a la evolución que han tenido los incipientes consorcios municipales hasta convertirse hoy en una herramienta de suma utilidad en la gestión local, y que con su marcha forzaron el dictado por parte de la Provincia de Buenos Aires, no sólo de una ley específica en la materia, sino además una legislación especial en materia de sociedades anónimas. En algunos municipios, los viejos esquemas asociativos con cooperativas, se transformaron en sociedades constituidas por los primeros, con amplia capacidad de actuación, llevando adelante la prestación de servicios públicos locales, que van desde la provisión de gas a la de telefonía local. Veremos algunos ejemplos sobre el particular, y particularmente el rol que se asigna en la materia a los HCD, por cuanto dentro de su capítulo en la LOM se hallan normadas estas cuestiones.

CONSORCIOS MUNICIPALES Y OTRAS FORMAS ASOCIATIVAS

Cuando hablamos de consorcios municipales, creemos necesario destacar que básicamente hacemos alusión a dos situaciones diversas; por un lado a las entidades que se constituyen entre distintas Municipalidades – como herramienta de regionalismo o intermunicipalismo – y eventualmente con participación de sociedades privadas y por otro, los consorcios vecinales que permite como modalidad de ejecución de obra pública la Ordenanza General ¹⁶⁵.

Nos referiremos a ambos supuestos por separado

El consorcio municipal aparece como una novedad en el artículo 43 de la LOM y más recientemente, debido a su utilización asidua, particularmente en la constitución de los corredores productivos; se les brindó una regulación más completa por medio de la ley 13.580 (B.O 13-12-06), donde se define a los «Consortios de gestión y desarrollo los constituidos por varios Municipios entre sí, o entre uno o más Municipios con la Nación, la provincia de Buenos Aires, una o varias personas de existencia ideal de carácter privado o público que se encuentren ubicados dentro del ámbito territorial de la provincia de Buenos

Aires, o con personas físicas o entes estatales descentralizados. La constitución y funcionamiento se regirá por las disposiciones de la presente ley, sus estatutos orgánicos, las normas generales y especiales vigentes y las normas que las modifiquen o sustituyan. Los Consortios tendrán personería propia y plena capacidad jurídica.» Respecto de sus objetivos, son precisados en el artículo 2 al disponer que son los siguientes: «1) Propiciar la radicación de pequeñas y medianas empresas, microempresas, pequeñas y medianas unidades productivas e industriales en sus respectivas regiones, 2) Propender al logro de una mayor competitividad y a un crecimiento armónico que lleven al equilibrio de las distintas propuestas productivas e industriales regionales que se instalen, 3) Facilitar a los productores y demás actores del sistema la información y/o capacitación necesaria para llevar a cabo con éxito los proyectos productivos, posibilitándoles el acceso a mercados internos y externos para la venta de sus productos, 4) Fomentar el desarrollo de las distintas explotaciones productivas e industriales, respetando de manera prioritaria el medio ambiente, 5) Fomentar y arbitrar los medios que permitan a los productores un fácil acceso a nuevas tecnologías y su uso idóneo para alcanzar los niveles de costos y excelencias que exigen los mercados nacionales e internacionales, 6) Propender a una fluida comunicación entre áreas afines de los municipios integrantes, para intercambiar experiencias, información, desarrollar programas comunes, entre otras cuestiones, 7) Fomentar la asociación de productores e industriales bajo las formas jurídicas que se consideren convenientes para gestionar y promover la comercialización de productos, bienes y servicios, 8) Generar un compromiso solidario entre los integrantes del Consorcio tendiente a producir un crecimiento armónico, que evite la concentración de riqueza y población en algunos distritos en detrimento de otros, sin que esto implique el cercenamiento de las autonomías municipales, ni su derecho a implementar sus propias políticas de desarrollo, 9) Impulsar la constitución de un Foro de Concejales en cada consorcio que permita unificar criterios, para una legislación común, en aquellos aspectos que le sea posible de acuerdo a su región» Nótese que todos estos objetivos, no sólo propenden a lograr fines económicos, sino de integración regional concreta. No sólo

se busca aunar esfuerzos, sino también y fundamentalmente, lograr cohesión entre los gobiernos comunales. El dato del fuero de concejales, no es menor, la cooperación en materia legislativa entre las distintas municipalidades, no sólo asegura un marco de seguridad jurídica propicio para las finalidades de promoción y desarrollo económico que propone la ley mencionada; sino básicamente permite que limando las posibles diferencias y asperezas entre comunas, se evite la usual intervención provincial – contraria a la autonomía municipal – para dirimir cualquier conflicto.

Claro está que la constitución de estos entes carecería de cualquier sentido, sino se les permitiera simultáneamente dotarlos de instrumentos de financiamiento. Por ello es que la ley en su artículo 4, permite que tomen créditos de organismos oficiales o privados, internacionales, nacionales o provinciales, que se asocien con la actividad privada y que puedan realizar compras en general. En este último sentido, los denominados pooles de compras de maquinaria o insumos, permite dado su mayor volumen o utilización común por los municipios integrantes, abaratar notablemente los costos operativos.

Ahora bien, para la constitución de estos consorcios de gestión y desarrollo, se deben dictar sus propios estatutos precisando: que se constituye a los fines de la ley, su funcionamiento, la participación que corresponda a cada Municipio integrante, el destino de sus bienes en caso de disolución y los derechos y obligaciones de aquellos integrantes del consorcio que se alejen del mismo o que ingresen a un consorcio ya constituido, debiéndose someter al dictamen de la AGG de la Provincia. Asimismo se debe constituir un Consejo de Administración con funciones de órgano de gobierno y administración del Consorcio de Gestión y Desarrollo.

La función de representación del Consorcio podrá atribuirse a uno o más miembros del Consejo de Administración con los alcances y modalidades que establezcan los respectivos estatutos.

La ley toma aquí lo expresado con anterioridad por la AGG que había expuesto: «Expediente N° 4113-6/00, En cuanto a la cuestión de fondo, este Organismo Asesor, tiene dicho en los expedientes números 2113-802/6 y 2113-1328/98, que no existe en nuestro derecho positivo regímenes orgánicos sobre consorcios.

Por las razones apuntadas, para el nacimiento del ente se debe redactar su carta orgánica o estatuto y someterlo a la aprobación de los futuros integrantes del consorcio, dejando aclarado en el mismo que la representación municipal en los órganos directivos será del cincuenta y uno por ciento (51%) y que las utilidades líquidas de los ejercicios serán invertidos en el mejoramiento de la prestación de los servicios (conforme artículo 43 de la Ley Orgánica de las Municipalidades).

Además, para su formación, el Departamento Ejecutivo debe contar con la autorización previa del Honorable Concejo Deliberante, tal como lo impone el artículo 41 del Decreto-Ley N° 6769/58.

Por todo lo hasta aquí expuesto, deberá la comuna consultante proceder en la forma señalada precedentemente, fijando en el estatuto del consorcio a crear la distribución de los órganos directivos de representación municipal y previendo la forma de contabilizar los fondos del consorcio, en cuanto al tipo de administración que deberá llevarse y las autoridades que se designarán.»¹⁵⁸ Cabe indicar que la voluntad de integrarse o de apartarse del consorcio por parte del Municipio, debe ser siempre decidida por el HCD a través de una ordenanza. AGG, Expediente 4059-2838/01, «El artículo 43 del Decreto-Ley 6769/58 texto según Ley N° 12.288 contempla -en su primer párrafo- la formación de consorcios entre varios Municipios, ó entre una o más Municipalidades con la Nación o la Provincia u otras Provincias «... para la concreción y/o promoción de emprendimientos de interés común. En dichos consorcios podrán participar personas de carácter privado, físicas o de existencia ideal, que pertenezcan al ámbito territorial del o de los entes estatales que los integren... ». De acuerdo a los términos de la norma transcrita y a los objetivos que se diseñan para la constitución de la «Agencia de Desarrollo Productivo» cabe interpretar que no existiría impedimento legal alguno para instrumentar -mediante el régimen que se implementa para la formación de

consorcios en el marco del Decreto-Ley 6769/58- la creación de la citada Agencia elaborándose el pertinente estatuto que deberá establecer el objeto, derechos y obligaciones de las partes que lo integran y demás disposiciones referidas a los aspectos que hacen a su actividad y al cumplimiento de las metas trazadas. Este Organismo Asesor, se ha expedido en forma reiterada (exptes. 2113-802/96, 2113- 1328/98, 2770-5788/99, 5300-2508/99, entre otros), sobre la interpretación del artículo 43 del mencionado decreto-ley, criterio que en lo pertinente ha dejado sentado que los consorcios se regirán por las disposiciones de la Ley Orgánica de las Municipalidades, sus estatutos orgánicos, la normativa local general y ‘los principios específicos de la actividad que constituya su objeto», consagrando de tal modo la regulación legal específica. Por otra parte, se ha señalado que para la formación de este tipo de organización jurídica, el Departamento Ejecutivo debe contar con la autorización previa del Honorable Concejo Deliberante tal como lo prescribe el artículo 41 del Decreto Ley 6769/58.»

Una pregunta interesante radica en saber si los consorcios municipales podrían brindar servicios en otra municipalidad en competencia con el sector privado; a nuestro entender, lamentablemente el HTC se ha expedido en contra. Decimos lamentablemente, por cuanto, habiéndose insistido tanto en la eficiencia del sector público, cuando éste logra brindar servicios tan o más eficientes que los que presta el sector privado, a precios más barato, pudiendo competir en buenas condiciones no se entiende el por qué de ese criterio. Por cierto, si el fundamento es que no puede lucrar, ello no significa que no pueda obtener dinero – tan necesario en las actuales circunstancias económicas de la Administración, sino que lo debe utilizar para bien público.

En el dictamen en comentario, se dijo ante la consulta de si la comuna podía presentarse en una licitación como contratista de obra, que «la Ley Orgánica de las Municipalidades (art. 25) marca los conceptos en que pueden versar las ordenanzas, no previendo lo comercial de la Comuna. El art. 43 de la Ley Orgánica de las Municipalidades le permite su actuación en consorcios con entes públicos o vecinos, con el fin de realizar obras públicas que competan al bien común que los conforman.- Por motivos impositivos, previsionales, de riesgo empresario, etc. se trata en forma negativa la presentación.- Los Corredores productivos no deben tomarse en consideración para avalar el presente.»¹⁵⁹

Adicionalmente por vía interpretativa, también se limitaron los consorcios entre Municipalidades y Cooperativas, habiéndose resuelto ante la consulta de la Municipalidad de Rojas, que intentaba celebrar un convenio con la Coop. De Luz y Fuerza de la misma localidad para ejecutar obras, que el artículo 43 no preveía tal supuesto,¹⁶⁰ aunque sí la conformación de una cooperativa conjunta por vía del aporte de capital previsto en el artículo 44 de la LOM. Finalmente un caso particular por vincular a ambas instituciones, se generó en la Municipalidad de Tigre con motivo de la construcción del camino Bancalari – Benavides. A efectos de realizar el mismo se integró un consorcio vecinal, con la particularidad de que los vecinos, no se trataban de personas físicas, sino de distintos barrios cerrados o emprendimientos inmobiliarios privados, cada uno de los cuales hacía su aporte económico para la ejecución del camino, recuperando el invertido a su vez, de sus propios vecinos. Ese consorcio que venía operando en una combinación con el artículo 43, se ve profundamente alterado con la sanción de la Ley 13.580, que modifica el esquema legal y obliga a la reconversión de los consorcios operativos dentro de los 180 días de su sanción.

Llevada la consulta a si el cambio producido en la Ley Orgánica Municipal, por medio de la Ley 13.580 que derogara el artículo 43 de la misma, reemplazándolo por una nueva reglamentación de los consorcios autorizados por ella, implican un cambio en el régimen jurídico existente y aprobado por los órganos competentes de la Municipalidad de Tigre para la realización del Proyecto Benavidez, el HTC dice: «El análisis transitará sobre dos bases, una la que proveía la mencionada disposición normativa y la segunda, la que se origina en las previsiones normativas de la Ordenanza General N 165, sobre la que se estructura la realización de la obra pública, que solventada por los vecinos – reunidos por medio de sus emprendimientos privados que los nuclear – se ejecutará previa licitación pública y cumpli-

miento de todos los recaudos formales y de fondo previstos en dichas normas y en las de contabilidad y obras públicas de la Provincia de Buenos Aires.

Referente a la modificación de la Ley Orgánica Municipal, tal como surge de los propios motivos que expone el Proyecto de Ley que finalmente fuera aprobado por ambas Cámaras con observaciones menores al texto contenidas en su Decreto Nro. De promulgación, la intención perseguida, lejos de aminorar la importancia de los consorcios productivos y de desarrollo fue fortalecerlos. Ello se condice con una regulación más extensa, detallada y propia de generar un régimen jurídico autosuficiente. Ahora bien, de la misma norma surge que ella en modo alguno implica dejar sin efecto el régimen anterior. Lo expresado se condice asimismo con su disposición transitoria, en la que establece un sistema de adaptación de los consorcios existentes al nuevo régimen. Y esta nueva regulación, no introduce modificaciones sustanciales, por cuanto las dos de importancia dadas por la constitución del órgano consultivo y de la fiscalización sino ya establecidas, resultan de fácil adaptación.

Cabe asimismo adicionar que no existe reglamentación de la norma, lo que termina por hacer a la misma por el momento inaplicable.

Pero si todo ello no fuera per se motivo suficiente para entender que no se ha producido en el caso que toca dictaminar un cambio que afecte la estructura propuesta, no deja de ser un dato de trascendencia el hecho de que la Ordenanza General 165 que prevé la creación de consorcios de vecinos a efectos de realizar obra pública, no haya sufrido modificación alguna.

Este dato no es menor, por cuanto lo que constituye el objeto mismo del consorcio que se analiza, es precisamente la ejecución de una obra pública que financiada por los propios vecinos, representados en la nueva figura que los nuclea que son los barrios privados, núcleos urbanos, etc, en los cuales se agrupan, puedan ejecutar una vía de acceso que no sólo beneficia a los mismos, sino a todos los vecinos de la comunidad de Tigre.

Que en conclusión podemos indicar:

1. Que el Consorcio previsto y aprobado por la Ordenanza de la Municipalidad de Tigre, tiene como objeto la ejecución de una obra pública bajo los términos de la Ordenanza General Nro. ¹⁶⁵.
2. Que dicha Ordenanza General Nro. 165, es actual y vigente, no habiendo sido modificada por la Ley 13.588.
3. Que la derogación del artículo 43 de la Ley Orgánica Municipal por medio de la mencionada Ley 13.588, lejos de suponer dejar sin efecto el régimen jurídico que el primero introducía, implica reconocer la importancia adquirida por el instituto, dotándolo de un sistema legal propio que se independiza de ser un mero artículo de una ley General.
4. Que por ello, la ulterioridad de su planteo, la falta de reglamentación adecuada y el hecho de que los requisitos nuevos que impondría, no sólo son similares a los ya previstos en el consorcio en estudio, sino que además son fácilmente cumplibles en el caso, nos llevan a concluir que la nueva legislación en modo alguno empece al mantenimiento del consorcio en su actual composición, integración y facultades estatutarias.
5. Huelga finalmente destacar como dato de importancia, que no se encuentra comprometida en esta estructura fondos municipales y que se salvaguardan todas sus facultades tutelares en materia de poder de policía.

SOCIEDADES ANÓNIMAS CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA MUNICIPAL

Durante muchos años las Municipalidades intentaron frente a la obligatoria asunción de ser-

158 AGG, Compendio de Dictámenes, P- 209.

159 HTC, Municipalidad de Trenque Lauquen, Delegación XV, Expte. 4115-101/95, 19-X-1995.

160 HTC, Municipalidad de Rojas, Delegación XVI, Expte. 5300-972/92, 11-II-1993.

vicios públicos que se les impusieron en la década de 1990, nuevas formas de gestión. Entre ellas, destaca la conformación de unidades de gestión que con patrimonio separado del general del ente comunal pudieran administrar y prestar servicios específicos que escapaban a la generalidad es sus obligaciones en la materia.

Entre las primeras en asumir esa responsabilidad y cambio, se ubicó la Municipalidad de Junín, que frente a la necesidad de extender el servicio de gas, genera en 1992 el ente descentralizado Gas Junín. En 1994, mediante Ley provincial – y previa aprobación por Ordenanza Municipal – único medio legal por entonces permitido, se crea la Sociedad Anónima Gas Junín constituida en un 90% por la Municipalidad, un 5% por el Sindicato Municipal y un 5% por la Asociación Mutual de Empleados Municipales. En 2004, se ampliaron los servicios prestados y se modificó el Estatuto. Ya con el nuevo régimen jurídico, el Grupo Servicios Junín S.A., no sólo brinda gas natural, sino que además cobra tasas sanitarias y por resolución 26/06 de la Secretaría de Comunicaciones tiene licencia para transmisión de voz y datos, brindando banda ancha y telefonía.¹⁶¹ Otro caso citable, es el traído por la Ley 12831, que autorizara por el artículo 1º, la creación de una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria que tendrá por objeto planificar, proyectar y ejecutar por sí o por terceros el desarrollo integral de la ribera, la playa y sus adyacencias en las costas del Río de la Plata correspondientes al Municipio de San Isidro mediante un plan de desarrollo urbano de la ribera y puerto de San Isidro. San Fernando siguió el mismo ejemplo.

Frente a la presión generada por estos emprendimientos, la Ley 12.929, promulgada mediante el Decreto 1967, actualizó el sistema provincial, modificando la LOM, en el Capítulo II -Dep. Deliberativo- I Competencia Atribuciones y Deberes d) el punto 3 Sociedades: «3) Las Municipalidades podrán constituir sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria en los términos y con los alcances de los artículos 308 y siguientes de la Ley 19.550, a tal fin el Departamento Ejecutivo tendrá la iniciativa remitiendo al Honorable Concejo Deliberante para su aprobación la ordenanza respectiva la que determinará: a) El objeto principal de la sociedad y el capital social. b) La autorización al departamento ejecutivo para efectuar aportes de capital. c) Establecer los diversos tipos de acciones con voto simple o plural con derechos preferentes a dividendos de conformidad con la legislación vigente. d) Determinar el procedimiento a través del cual se invitará al capital privado a participar aportando el capital.

e) Todo proceso de transferencia inmobiliario y/o de capital accionario al sector privado sólo podrá iniciarse mediante procedimiento de valuación que preserve el patrimonio público.»

Ahora bien, el régimen nacional estipula en el Art. 308 que «Quedan comprendidas en esta sección las sociedades anónimas que se sustituyan cuando el Estado nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto, o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarios en forma individual o conjunta de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital social y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.»

El fin perseguido es brindar una alternativa a la participación mixta del Estado y los particulares, dejando la voluntad social básicamente en manos del Estado. El artículo 309, permite la inclusión posterior de sociedades que reúnan estos requisitos con posterioridad. Es decir que la constitución de esta sociedad puede ser originaria o por «transformación». En otra disposición de importancia para el HCD, dice el artículo 313, que cuando el contrato de constitución de estas sociedades se expresa propósito de mantener la prevalencia del Estado nacional, Estados provinciales, o demás entes enunciados en el art. B, cualquier enajenación de acciones que importe la pérdida la situación mayoritaria deberá ser autorizada por ley. Es decir que corresponderá al HCD cualquier decisión en la materia. Va de suyo que las modificaciones estatutarias también deben ser aprobadas por el HCD.

Finalmente como una garantía adicional, el art. 314 dispone que sociedad no puede ser declarada en quiebra. La liquidación será cumplida por la autoridad administrativa que designe

161 Ver, www.junin.gov.ar; www.gruposerviciosjunin.com.ar o www.acerca.com.ar

el Estado.

Respecto de esta cuestión no se han elevado aún demasiadas consultas al HTC, pero en la opinión rendida se ha preguntado sobre la posibilidad de constituir una Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria con el solo objeto de construir y poner en funcionamiento un nosocomio que luego será transferido a la estructura del Organismo Descentralizado Municipal.

El HTC ha respondido que a «partir de la sanción de la Ley 12.929, las Comunas tienen la facultad de constituir esta clase de sociedades; no obstante ello, en el caso puntualmente consultado, si bien se reconoce que la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos y el Banco Provincia son las entidades que van a tomar la decisión final que resuelva los aspectos que se plantean a renglón seguido, esta Secretaría considera prudente plantear las siguientes consideraciones: El artículo 1º de la Ley 19.550 de Sociedades define que «Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas», definición en la cual no se encuadra el objeto de la que se pretende crear, dado que el artículo tercero del proyecto de estatuto prevé como objeto social la construcción de un Hospital.

Otro de los aspectos que le merece reserva a esta Secretaría, es la factibilidad de obtener un préstamo para la construcción de una obra de la magnitud de la prevista, en virtud de su escaso capital social (\$ 12.000) y su acotada duración (5 años). Con respecto a la inscripción de la Sociedad, atento el domicilio de la misma, debe efectuarse en el Organismo provincial y no en el nacional como se prevé como alternativa en el proyecto.»

Otro supuesto particular supone la posibilidad de que una Municipalidad decida constituir una asociación civil, aspecto sobre el que se ha pronunciado afirmativamente el HTC. En este caso, se exige nuevamente la definición de un estatuto aprobado por el HCD y un control de cuentas adecuado.¹⁶² Respecto de la posibilidad de que constituyan Fundaciones, la doctrina del organismo de contralor, en opinión que compartimos, ha sido negativa.¹⁶³ Así nos expedimos, no sólo por la ausencia de autorización expresa, sino que a igual que las fundaciones se persiguen fines sociales que se cumplen en el caso municipal, no sólo en la totalidad de su gestión, sino que además tiene medios financieros como es el caso de los subsidios.

SERVICIOS PÚBLICOS

El artículo 52 de la L.O.M. atribuye al Honorable Concejo Deliberante la responsabilidad de

162 HTC, Municipalidad de general Pueyrredón, Delegación X, Expte. 4049-21672/06, 07-III-2006, donde se consulta sobre la posibilidad de que Mar del Plata constituya una Asociación Civil Sin Fines de Lucro denominada «Desarrollo Estratégico Mar del Plata». Se admite su constitución y se exige respecto a las rendiciones de cuentas de la entidad propuesta, se considere a los aportes como una inversión indirecta de fondos, razón por la cual debe ser objeto de rendición bajo la modalidad prevista por el artículo 134 del Reglamento de Contabilidad, en forma similar a las comisiones especiales previstas por el artículo 178º inciso 3) de la Ley Orgánica Municipal.

163 HTC, Municipalidad de Campana, Delegación XVII, Expte. 4016-6.964/99, 02-VI-2003 y Municipalidad de General San Martín, Delegación VII, Expte. 4051-14728-I/98, 23-XI-2000.

164 Las facultades acordadas en la materia al Honorable Concejo Deliberante, no sólo resultan claramente delineadas en el ámbito de la L.O.M., sino que además se han visto confirmadas por el decisorio de la Excma Suprema Corte de Justicia de la ftovincia de Buenos Aires del 12 de octubre de 1993, en autos «Concejo Deliberante de la Municipalidad de Lobos c/ Dto. Ejec. de la Municipalidad de Lobos s/ Conflicto Ley Orgánica Municipal» B 55379 I (Base de Datos JUBA), donde se confirma que corresponde al Concejo Deliberante la prestación de cualquier servicio público tendiente a satisfacer necesidades colectivas de carácter local.

165 Sobre el particular ver las expresiones de Sarmiento García, Jorge H. y otros, Los Servicios Públicos: Régimen Jurídico Actual, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 1 – 2.

166Frug, Gerald, The Choice Between Privatization and Publicazation, 14 Current Municipal Problems, Harvard, 1987.

167Entre otros que comparten esas críticas en la filosofía política de los Estados Unidos, se encuentran John Donahue, The Privatization Decisión: Public Ends. Private Means (1989) y James Ramsey, Selling The New York City Subway: Wild-Eved radicalism or The Only Feasible Solution? En S. Hanke, Prospects for Privatization (1987)

disponer la prestación de servicios públicos municipales.^{164A} tales efectos luego de hacer una extensa consideración de supuestos particulares de dichos servicios -barrido, riego, limpieza, alumbrado, agua, obras sanitarias y desagües pluviales, inspecciones, registro de guías y transporte-, extiende esas facultades a todos aquellos servicios que respondan a necesidades colectivas locales y que no corresponda a la Provincia o Nación en su provisión o reglamentación -ejemplo de ello son los servicios telefónicos, energía eléctrica, entre otros. Sin perjuicio de esa última aclaración, la misma L.O.M. deja abierta la posibilidad de que el Municipio se convierta en cogestor de servicios nacionales o provinciales, mediante acuerdos con dichos niveles gubernamentales.

DEFINICIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

No pretendemos adentrarnos en la discusión sobre qué se entiende por servicio público, por cuanto ingresaríamos necesariamente en un terreno álgido, el que incluye a un grupo importante de autores jurídicos inclusive opositores a la propia noción de servicio, para ellos todo debería ser reducido al campo de las «funciones» estadales⁸⁵. Sin embargo y aún luego de las dificultades que en este campo del derecho ha ocasionado las privatizaciones, alterando algunas concepciones, aún hoy tiene sentido la definición de Villegas Basavilbaso, para quién es servicio público: «toda la actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de necesidades colectivas, por un procedimiento de derecho público»¹⁶⁶

CONCEPCIONES MODERNAS SOBRE EL ROL ESTATAL Y EL ART.53 DE LA LOM

No queremos hacer una extensa consideración acerca del cambio producido durante los últimos años en el rol estatal en la provisión de servicios, pero si acercaremos algunas reflexiones sobre un debate que se ha abierto en todo el mundo sobre la utilidad y límites del proceso. Así por ejemplo, Gerald Frug,¹⁶⁶ llega por vía del absurdo a concluir que prácticamente la totalidad ya no sólo de los servicios, sino de la gestión comunal puede ser privatizada. Es así que primero se puede iniciar el proceso cediendo las propiedades

comunales, luego los servicios clásicos de recolección de residuos, educación, salud, inclusive la justicia comunal a través de mediadores, para más tarde inclusive privatizar los aparatos de recaudación, de contratación, etc. Sin embargo, reflexiona si ello es tan así, es decir: si la privatización provee de tamaña eficiencia, por qué en términos generales nadie está dispuesto a seguir la totalidad del camino tal como por ejemplo lo ha hecho WoodLake en California, cuyos 60.000 habitantes sólo cuentan con 8 empleados comunales. Es claro que la privatización no sólo implica pasar a manos privadas la prestación de servicios, sino que además supone reconocer que nosotros, el pueblo en general, nos reconocemos incapaces o impotentes de poder decidir y afrontar los problemas locales. Es en ese sentido que este autor como tantos otros,¹⁶⁷ precisamente confronta la idea de exclusión del público de la gerencia o manejo de servicios públicos comunales. Nada hay distinto en transferir la administración de manos públicas a privadas, si una burocracia reemplaza a otra. El cambio debe entonces provenir de obtener una mayor y más directa participación del vecino en la forma en que se gerencian los servicios que se perciben. Lo dicho no es completamente irracional, si pensamos que ello ya se está pensando a nivel de la función policial, donde el Defensor de la Seguridad, implica al menos una participación primigenia de la ciudadanía en el centro de como se presta ese servicio o en algunas ciudades donde intervienen en tramos de la prestación de servicios sociedades de fomento o cooperativas creadas a dichos efectos. Por ello no resulta imposible pensar en que se pueda seguir ese camino para controlar y decidir en los otros servicios que percibe el vecino.

Respecto de su posibilidad de prestación, también ha precisado el organismo de contralor que los artículos 52 y 53 de la LOM establecen que pueden realizarse por ejecución directa del Departamento Ejecutivo o por terceros (previa autorización del Concejo Deliberante). Cuando lo lleven a cabo estos últimos, para la ejecución de los mencionados servicios existen

dos alternativas posibles: una, siguiendo los lineamientos del artículo 210 del Reglamento de Contabilidad, contratación con empresas no dependientes del municipio, la que se ajustará a lo dispuesto en los artículos 151 a 156 de la LOM; la otra, cumpliendo con lo normado sobre concesión con empresas privadas (artículo 211 del Reglamento), de acuerdo a lo prescripto en los artículos 53 «in fine» y 230 a 239 de la misma ley.⁴

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ART. 53 LOM

Hemos expresado someramente y en el marco de esta obra, la importancia que en los últimos tiempos han generado los procesos privatizadores, en los cuales también se trasunta un debate vinculado al rol del Estado y de los Municipios en la prestación de servicios. En tal sentido el artículo 53 de la LOM asigna a cada Concejo Deliberante de la Provincia de Buenos Aires, la llave para definir en qué forma y por quiénes se han de prestar los distintos servicios comunales. Es que únicamente tal institución puede autorizar la prestación de tales servicios

en forma directa por parte del Departamento Ejecutivo o disponer que se efectúe a través de organismos descentralizados, consorcios, cooperativas o acogimientos.

El mismo art. 53 LOM abre la posibilidad de acudir en todos esos casos a empresas privadas. Sin embargo en tal caso, el legislador provincial, estipuló dos recaudos a seguirse: (1) mayoría absoluta de miembros al momento de decidir y (2) arreglo al Capítulo VII, al momento de efectivizar la decisión y transferir a manos particulares las prestaciones de servicios.

El artículo 53 es medianamente claro en su redacción; sin embargo, existe una pregunta que surge jurídicamente de su texto, el que dice en las partes que nos interesan:

«El Concejo autorizará la prestación de los servicios públicos de ejecución directa del Departamento Ejecutivo, o mediante organismos descentralizados, consorcios, cooperativas, convenios o acogimientos...» «Por mayoría absoluta del total de sus miembros el Concejo podrá otorgar concesiones a empresas privadas para la prestación de servicios públicos con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII».

Público y todo lo concerniente al consumo, obras y su mantenimiento, a través de las Cooperativas de Obras de Servicios mediante contratos de concesiones. Con base en los artículos 52 y 53 de la LOM, el HCD puede disponer la prestación de los servicios públicos tendientes a satisfacer necesidades colectivas de carácter local - siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación -, entre otras alternativas, por cooperativas; también a través de las mismas, de acuerdo al artículo 60 de la citada norma, pueden ejecutarse obras públicas y en base a lo dispuesto en el art. 132 inc. c) adjudicarlas en forma directa, cumplimentado el requisito establecido en su párrafo final.

Al respecto se entiende que la prestación de los citados servicios y obras mediante la modalidad prevista no puede otorgarse celebrando un contrato de concesión en los términos de los artículos 230 y sgtes. de la Ley Orgánica de las Municipalidades.¹⁶⁹

En un sentido similar también se pregunta al HTC170 respecto de la posibilidad de acordar la concesión del servicio sanitario (cloacas) a la Cooperativa de Usuarios de Electricidad y de Consumo de Castelli Ltda., que prestaba hasta entonces el servicio de agua corriente.

El HTC fija allí los mecanismos de concesión y participación del HCD en el proceso expresando que «La prestación de los servicios públicos mencionados en los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de las Municipalidades pueden realizarse por ejecución directa del Departamento Ejecutivo o por terceros. Cuando lo lleven a cabo estos últimos, para la ejecución de los mencionados servicios existen dos alternativas posibles: una, siguiendo los lineamientos del artículo 210 del Reglamento de Contabilidad, contratación con empresas no dependientes del Municipio, la que se ajustará a lo dispuesto en los artículos 151 a 156 de la Ley Orgánica de las Municipalidades; la otra, cumpliendo con lo normado sobre concesión con empresas privadas (artículo 211 del Reglamento, de acuerdo con los artículos 230 a 239 del mismo).

Para ambos casos, previo al llamado a licitación, el H. Concejo Deliberante debe autorizar la partida presupuestaria correspondiente; cuando se trate de contratación en los términos de los artículos 151 a 156 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, la adjudicación la realizará

el Departamento Ejecutivo; si se trata de una concesión en los términos de los artículos 230 y concordantes de la misma norma, la adjudicación recae en el Departamento Deliberativo. Cuando la contratación supere el tope permitido para realizarla en forma directa, deberá efectuarse por concurso o licitación, según corresponda. Con respecto a la excepción prevista en el artículo 232 de la norma mencionada, solamente se

La cuestión es a qué consorcios y cooperativas se refiere la primera parte del artículo. Es decir ¿Constituyen las mismas una categoría aparte de las empresas privadas que menciona el segundo párrafo cuando requiere para ellas un régimen especial de mayorías?

Entendemos que la única interpretación posible, es entender que los consorcios y cooperativas mencionadas por el primer párrafo del artículo 53 LOM, no son todas, sino tan sólo aquellas conformadas por la propia municipalidad o con participación de ella en consuno con lo expresado en los artículos 43,44 y 45 de la LOM. En efecto, de acuerdo a la primera norma citada, las Municipalidades, mediante aprobación del HCD están habilitadas a conformar consorcios intermunicipales o con la Provincia, la Nación o los vecinos. Asimismo el artículo 44 LOM permite que se conformen cooperativas con aportes de capitales municipales y de los usuarios del servicio para explotar esos mismos servicios públicos.

En consecuencia queda claro que en aquellos casos en los cuales el Gobierno Municipal directa o indirectamente forma parte de la entidad que presta el servicio, el mismo no requiere el seguimiento del procedimiento estipulado en el Capítulo VII de la LOM, el que sí debe respetarse en el caso de proceder a privatizar el prestador del servicio, cualquiera sea la forma jurídica de la misma: empresario unipersonal, Sociedad Anónima, Sociedad de Responsabilidad Limitada o Cooperativa, entre otras.

La cuestión ha sido elevada en consulta al HTC, brindando valiosas interpretaciones doctrinarias. Así por ejemplo al consultársele sobre la viabilidad de un proyecto de ordenanza que permitiera la prestación del Servicio de Alumbrado Público y todo lo concerniente al consumo, obras y su mantenimiento, a través de las Cooperativas de Obras de Servicios mediante contratos de concesiones. Con base en los artículos 52 y 53 de la LOM, el HCD puede disponer la prestación de los servicios públicos tendientes a satisfacer necesidades colectivas de carácter local - siempre que su ejecución no se encuentre a cargo de la Provincia o de la Nación -, entre otras alternativas, por cooperativas; también a través de las mismas, de acuerdo al artículo 60 de la citada norma, pueden ejecutarse obras públicas y en base a lo dispuesto en el art. 132 inc. c) adjudicarlas en forma directa, cumplimentado el requisito establecido en su párrafo final.

Al respecto se entiende que la prestación de los citados servicios y obras mediante la modalidad prevista no puede otorgarse celebrando un contrato de concesión en los términos de los artículos 230 y sgtes. de la Ley Orgánica de las Municipalidades.¹⁶⁹

En un sentido similar también se pregunta al HTC¹⁷⁰ respecto de la posibilidad de acordar la concesión del servicio sanitario (cloacas) a la Cooperativa de Usuarios de Electricidad y de Consumo de Castelli Ltda., que prestaba hasta entonces el servicio de agua corriente.

El HTC fija allí los mecanismos de concesión y participación del HCD en el proceso expresando que «La prestación de los servicios públicos mencionados en los artículos 52 y 53 de la Ley Orgánica de las Municipalidades pueden realizarse por ejecución directa del Departamento Ejecutivo o por terceros. Cuando lo lleven a cabo estos últimos, para la ejecución de los mencionados servicios existen dos alternativas posibles: una, siguiendo los lineamientos del artículo 210 del Reglamento de Contabilidad, contratación con empresas no dependientes del Municipio, la que se ajustará a lo dispuesto en los artículos 151 a 156 de la Ley Orgánica de las Municipalidades; la otra, cumpliendo con lo normado sobre concesión con empresas privadas (artículo 211 del Reglamento, de acuerdo con los artículos 230 a 239 del mismo).

Para ambos casos, previo al llamado a licitación, el H. Concejo Deliberante debe autorizar la partida presupuestaria correspondiente; cuando se trate de contratación en los términos de los artículos 151 a 156 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, la adjudicación la realizará el Departamento Ejecutivo; si se trata de una concesión en los términos de los artículos 230 y

concordantes de la misma norma, la adjudicación recae en el Departamento Deliberativo. Cuando la contratación supere el tope permitido para realizarla en forma directa, deberá efectuarse por concurso o licitación, según corresponda. Con respecto a la excepción prevista en el artículo 232 de la norma mencionada, solamente se podrá contratar en forma directa a una cooperativa cuando se demuestre que sus tarifas son pagadas exclusivamente por los socios. Se deja constancia que en la presente respuesta se informa genéricamente, detallando distintas alternativas para contratar el servicio público en cuestión como consecuencia de que de la nota de elevación no surge con claridad si es intención de la Comuna adjudicar la prestación del servicio a la Cooperativa u otorgarle la explotación del mismo en los términos del Capítulo VII de la Ley Orgánica de las Municipalidades.»

No menor en importancia es la cuestión del rol que le cabe al HCD al decidirse sobre la contratación y modalidad de ejecución de un determinado contrato. En decisión que compartimos, en el caso particular de la recolección de residuos, el HTC ha dicho: «En la contratación del servicio de recolección de residuos, barrido y limpieza de calles del distrito, a saber: si conforme a los antecedentes de la contratación de la prestación de los servicios vigente y plexo normativo referenciado, las prórrogas dispuestas por decreto del departamento Ejecutivo, debieron haber sido efectuadas sancionando una ordenanza, y si en virtud de lo dispuesto por el Pliego de Bases y Condiciones de la nueva contratación en trámite, puede el Departamento Ejecutivo disponer la adjudicación mediante decreto, sin necesidad de dar intervención al H. Concejo Deliberante. Respuesta: Comenzando el análisis por la segunda de las inquietudes traídas a consulta, se advierte que el artículo 31 del Pliego de Bases y Condiciones aprobado por el H. Concejo Deliberante, establece que la adjudicación se dispondrá mediante el correspondiente acto administrativo y se notificará al adjudicatario por medio fehaciente. En forma concordante con la conclusión arribada por el señor Intendente en la nota de elevación sobre el alcance que debe dársele al citado artículo a los efectos de determinar el instrumento mediante el cual dispondrá la adjudicación, se entiende que los Concejos Deliberantes tienen por naturaleza funciones legislativas - salvo determinadas excepciones puntualmente previstas en la Ley Orgánica de las Municipalidades -, lo cual se conceptúa como una actividad que se materializa en reglas generales, abstractas e impersonales, pautas bajo cuya órbita debe interpretarse el artículo en cuestión, es decir que al referirse al «acto administrativo» debe interpretarse que se está haciendo referencia a un decreto emanado por el titular del Departamento Ejecutivo. Ello en cuanto a la interpretación que se efectúa del referenciado artículo previsto en el pliego, lo cual es concordante con la normativa vigente, que establece genéricamente que es precisamente el titular del Departamento Ejecutivo el que tiene la atribución y el deber de administrar la Comuna y la ejecución de las ordenanzas (artículo 107 de la Ley Orgánica Municipal); en cuanto al tema en análisis, concretamente el artículo 154 de la citada norma legal establece que el Intendente y el Presidente del Concejo, cada cual en su esfera - léase jurisdicción presupuestaria -, son las únicas autoridades facultadas para decidir adjudicaciones de adquisiciones y contrataciones regladas mediante los artículos 151/157 de la ley. Para disipar toda duda sobre el tema en análisis, el artículo 210 del Reglamento de Contabilidad prevé que la prestación de servicios públicos mediante contrataciones con empresas no dependientes del municipio, los trámites del caso se ajustarán a lo dispuesto por los artículos citados en el párrafo anterior.»

Distinta es la conclusión cuando las Comunas hayan tomado la decisión de encuadrar la prestación de servicios públicos en lo dispuesto en la última parte del artículo 53 de la Ley Orgánica de las Municipalidades - con arreglo a lo establecido en el capítulo VII -, en cuyo supuesto la adjudicación y eventuales prórrogas deben otorgarse mediante una ordenanza.¹⁷¹

OBRAS PÚBLICAS

Se encuentra asimismo dentro de la competencia del HCD disponer las Obras Públicas a realizarse. Es claro que en la medida en que se encuentran afectados fondos públicos para la realización de las mismas, es el órgano legislativo el que debe autorizar la realización de las mismas. A esos fines el artículo 59 expresa un listado de aquellas que se constituyen obras públicas municipales, categorizando como tales a las concernientes a establecimientos e instituciones municipales, las de ornato, salubridad, vivienda y urbanismos, las de servicios públicos e infraestructura urbana.

169HTC, Municipalidad de La Costa, Delegación XIV, Expte 5300-2.043/03, 20-III-2003.
170 HTC, Municipalidad de Castelli, Ddelegación XIV, Expte. 4023-112/05, 14-VI-2005.
171 Municipalidad de Quilmes, Delegación II, Expte. 5300-4.176/05, 14-III-2005.

CAPITULO IV

1. ORGANIZACIÓN INTERNA DEL HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE

Dentro de las facultades que competen al HCD, establecen los artículos 75, 76, 79, 80, 83 y 84 LOM, el plexo de normas que sirven al cuerpo para establecer su organización interna y funcionar como cuerpo. Es así que el artículo 75 LOM faculta al Cuerpo a dictar su propia reglamentación en base a la cual y de acuerdo al marco que brinda la propia ley, éste ha de funcionar.

En este contexto, la propia organización interna es dejada, con ciertas líneas directrices dadas por la propia ley Orgánica en manos del Concejo Deliberante. Dicha reglamentación interna en la medida en que cumpla con recaudos básicos de razonabilidad y subordinación a la pirámide normativa que supone la propia ley Orgánica Municipal, deviene obligatoria en su cumplimiento para los concejales y empleados.

Abrir este capítulo supone generar una crítica inicial a la poca importancia que se le ha dado a la organización interna de los concejos deliberantes. En efecto, tal como si la misma fuera considerada un aspecto menor de la actividad que desempeña el cuerpo, poco y nada en lo que se ha hecho por dotar los concejos deliberantes de una sistemática moderna. A este y otros aspectos que hacen al funcionamiento de la maquinaria administrativa del HCD nos vamos a referir en este capítulo.

2. AUTORIDADES DEL HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE

2.1. El Presidente del HCD

El artículo 83, brinda un parámetro general en cuanto a la forma en que se ha de organizar internamente el HCD, al establecer un cargo puntual de presidente del cuerpo y fijar en el mismo texto, ciertas atribuciones y deberes básicos que le alcanzan.

2.1.1. Funciones.

Estas diversas funciones las hemos expresado en el cuadro sinóptico que sigue:

A. Protocolares.

- (1) es quién representa al HCD en actos públicos
- (2) refrenda los actos del Concejo (art.83, inc.6°)

B. Deliberativas.

- (1) Convoca a los miembros del concejo (art.83 inc. 1 ° LOM)
- (2)Dirige la discusión (art.83 inc.2° LOM)
- (3) Decidir en caso de paridad con doble voto (art.83 inc.3°LOM).

C. Administrativas.

- (1) Nombra personal, (art.83 inc.9° LOM).
- (2)Aplica medidas disciplinarias y cesantea personal (art.83 inc.9°LOM).
- (3)Dispone de las dependencias del concejo (art.89 inc.10°LOM).
- (4) Dirige la tramitación de los asuntos.(art.89 inc.4° LOM)

D. Presupuestarias.

- (1) Dispone de las Partidas de Gastos e Inversiones del HCD (art.83 inc.7° L.O.M y art.225 Reglamento de Contabilidad).
- (2) Ejerce acciones de cobro contra los concejales por el pago de multas (art.83 inc.8°).

FACULTADES PROTOCOLARES

Es indudable, que más allá de lo resuelto la propia LOM sobre el particular, es el Presidente del Concejo Deliberante quién en la realidad asume la representación conspicua del Cuerpo en actos oficiales. Esta atribución, es normalmente respaldada por los reglamentos orgánicos que acuerdan tal facultad al mismo.

FACULTADES EN EL CAMPO DELIBERATIVO

Desde este punto de vista, la labor del Presidente consiste en primer término en ordenar las convocatorias al cuerpo y la citación de los concejales, las que normalmente se instrumentan por medio de la Secretaría del Honorable Concejo Deliberante. Ahora bien, durante la tramitación de las sesiones corresponde al Presidente dirigir los debates, haciendo cumplir las formas expresadas en la LOM y reglamentos internos. Su labor en este sentido, se asemeja a la de un referee o ampire que sostiene las reglas de la discusión. En cuanto a su posibilidad de participar en el debate, la Ley Orgánica Municipal en su artículo 83 inciso 2º) como así la mayor parte de los reglamentos internos que lo repiten y reglamentan, autorizan tal práctica con la condición de que el Presidente abandone la presidencia, la que debe ser temporariamente asumida por el Vicepresidente del Concejo y ocupe una banca. La medida está inspirada en la razonable necesidad de distinguir entre ambas posiciones. Finalmente y en cuanto al valor de su voto, es igual al de cualquier concejal exceptuando el caso de empate, en el que siguiéndose una inveterada costumbre de los cuerpos colegiados, le es asignando doble voto.

FACULTADES ADMINISTRATIVAS

Es de destacar como nota que amplía lo antes expresado, el hecho de que el presidente del cuerpo es la máxima autoridad en materia administrativa, por las decisiones que en cuanto a la administración se dictan en el HCD, de manera tal que sus resoluciones definitivas abren la instancia contencioso-administrativa.

Dentro de estas facultades de administración se haya la potestad del Presidente de disponer sobre el uso de las instalaciones e inmuebles municipales. Un caso muy interesante se ha planteado en la Municipalidad de Marcos Paz, toda vez que el Departamento Ejecutivo dispuso la descentralización funcional del HCD y a tales efectos inició por sí, la construcción de nuevas dependencias sin que fuera autorizado por el Presidente del HCD, pero imputando los gastos a las partidas de éste. La resolución de HTC dispone que si bien corresponde al Departamento Ejecutivo decidir sobre los bienes inmuebles municipales, es facultad exclusiva del Presidente del cuerpo, la de disponer sobre su ejecución presupuestaria.¹⁷²

2.1.2. DESIGNACIÓN DEL PRESIDENTE DEL CUERPO.

El artículo 19 LOM establece que la elección del Presidente debe hacerse al momento de efectuarse la sesión preparatoria (remisión al art. 18 de la LOM). Sin perjuicio de ello, y en base a lo que dispone en el artículo 74 L.O.M. la designación tanto del Presidente, como del vicepresidente y del Secretario es revocable en cualquier tiempo con el sólo voto de la mayoría.

La única exigencia radica en la necesidad de convocatoria a ese sólo efecto. Sin perjuicio de lo antes expuesto y sobre la base normativa que acuerda el artículo 74 LOM, es de estilo que cada Concejo Deliberante proceda a revalidar conjuntamente con las elecciones de los miembros de cada comisión que se efectúa todos los inicios de períodos (artículo 76 de la LOM), a las propias autoridades mencionadas.

Un supuesto posible radica en el cese del Presidente del cuerpo por cualquier motivo. En tal caso como ha dicho la AGG, en dictamen de diciembre de 2002 (Arts. 77 y 84) «En todos los casos, los vicepresidentes reemplazarán por su orden al Presidente del Concejo... En caso de vacante en la Presidencia o Vicepresidencia, no será necesaria nueva elección, salvo que faltaren todos los miembros de la mesa directiva.»

Una recta inteligencia de la normativa transcrita nos lleva a concluir que de ninguna manera ésta obliga a proceder a una nueva elección del cargo vacante, quedando la resolución de

la cuestión en el ámbito de decisión del propio Concejo, y pudiendo la misma preverse en el respectivo reglamento interno (Art. 77 del cuerpo legal citado); con la salvedad establecida para el supuesto de vacancia total en cuyo caso sí está obligado a una nueva elección de los miembros de la mesa directiva. En consecuencia, esta Asesoría General de Gobierno entiende que ante la renuncia del Presidente del Concejo corresponde el reemplazo por el Vicepresidente primero, quién asume las funciones inherentes al cargo, sin que el Cuerpo se encuentre obligado a proceder a una nueva elección.

2.1.3. SUS EFECTOS INTERNOS Y EXTERNOS

El hecho de ocupar el cargo de presidente del cuerpo, acuerda al concejal que así es elegido una serie de atribuciones y facultades organizativas y administrativas que le son propias y que lo distinguen en ese aspecto del resto de los concejales. Sin embargo, tal diferencia no se proyecta hacia fuera de la institución, puesto que es obvio que en ningún momento pierde por el hecho de ser elegido de entre los miembros del concejo para tal responsabilidad, el carácter propio e ínsito de concejal. Ello supone que con vistas a otros efectos jurídicos que no son los específicamente contemplados como facultades propias del Presidente, su situación no se diferencia de la de cualquier otro concejal. En este sentido ha dicho el máximo tribunal provincial que: «Esta Suprema Corte ha sostenido expresamente el criterio con que debe interpretarse la expresión «concejal» contenida en el art. 264 de la Ley Orgánica Municipal, excluyendo de la legitimación exigida por esa norma para promover conflicto al Presidente del Concejo Deliberante, en la inteligencia de que la situación estable que el legislador pretende tutelar no se compadece con el ejercicio de una función que dimana de la simple decisión mayoritaria del cuerpo.»¹⁷³

2.2. SECRETARIO

El secretario del cuerpo, posee características especiales por cuanto el mismo es una autoridad del Concejo, sin ser concejal. Sus funciones, que normalmente se encuentra sumariadas en el campo de los distintos reglamentos internos, consisten básicamente en: refrendar los documentos y notas emanadas del concejo, organizar y autenticar los Diarios de Sesiones, llevar los libros de actas, como así conservar los libros y expedientes del concejo, ordenar la publicidad y notificar las ordenes del día a los concejales, como así estar en la administración diaria del cuerpo. De lo dicho surge pues, que el Secretario del cuerpo es una figura esencial en dos aspectos: como actuario en la emisión de documentos producidos por el concejo deliberante y como administrador del cuerpo, al que brinda, principalmente a través del Presidente, asistencia permanente en el manejo de las cuestiones diarias.

172 HTC, Marcos Paz, Delegación XI, Exte. 5300-3.816/04, 10-XI-2004, «Por iniciativa del Departamento Ejecutivo se comenzaron a realizar construcciones y reparaciones en un inmueble de la localidad para la futura sede el Concejo, sin ser consultada, ni comunicada esta decisión al Departamento Deliberativo, imputando los gastos ocasionados por tales erogaciones a las partidas de éste. Ante ello desea saber si lo actuado es procedente. Respuesta: Aquí se presentan dos aspectos sobre la misma consulta: el primero hace referencia a cuál de los dos Departamentos que conforman la Municipalidad le corresponde la iniciativa de descentralizar el H. Concejo Deliberante cuando se le deba asignar un nuevo edificio para su funcionamiento. De las normas legales vigentes no surge expresamente quien posee esta facultad, es por ello que se debe apelar a la interpretación de aquellos postulados que se relacionen con el tema en cuestión. En principio se entiende que si bien es una decisión que puede partir del acuerdo mutuo entre ambos poderes, ante la inexistencia de éste, es el Departamento Ejecutivo es el que posee la disposición del uso de los bienes inmuebles de la Municipalidad, por lo tanto corresponde a éste tal decisión. Existe una única excepción a ello que se encuentra normado en el último párrafo del artículo 68 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, que le otorga al H. Concejo Deliberante la facultad de funcionar o realizar sus sesiones en otra localidad, fuera de la cabecera del partido, para ello deberá dictar una disposición que así lo autorice; esto lo puede realizar en forma transitoria, ya que el mencionado artículo impone que la sede de dicho cuerpo debe funcionar en la cabecera del partido.

Con relación al alcance que se le debe dar al artículo 83 inciso 10) de la misma: «Disponer de las dependencias del H. Concejo Deliberante», esta Secretaría entiende que el mismo hace referencia al uso interno de sus oficinas, una vez instalada la sede donde sesiona el Cuerpo Deliberativo. El segundo aspecto se relaciona con el manejo presupuestario propiamente dicho. Tanto la Ley Orgánica de las Municipalidades como el Reglamento de Contabilidad ponen de manifiesto una división sobre las responsabilidades del manejo del presupuesto de los dos poderes.

3. PERSONAL DEL HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE

Uno de los aspectos que hace necesariamente a la organización de cualquier administración, está dado por los recursos humanos, en palabras sencillas por su personal. En este sentido el régimen de la LOM originario establecía en el artículo 63 inciso 4) la facultad del HCD de: «organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad, escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos para cada categoría e incompatibilidades». Este sistema ha sido modificado profundamente por la ley 11.757, al privar de esta potestad a las Municipalidades y al trasladar respecto del personal y en los aspectos no regulados por ella, las decisiones al Departamento Ejecutivo Municipal.

En tal sentido tuvo oportunidad de expedirse la SCJBA, al decidir que el «Estatuto para el Personal de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires», B.O.P. del 2-II-1996, introdujo modificaciones sustanciales en punto a las atribuciones de los departamentos que integran los municipios bonaerenses en relación a la organización y regulación de la carrera administrativa de sus agentes.

En efecto: esa ley (art. 106) derogó expresamente el inc. 4º del art. 63 del dec. ley 6769/ 1958, que confería al Concejo Deliberante la atribución de «organizar la carrera administrativa...» y, a su vez, fijó en cabeza del Departamento Ejecutivo la facultad de determinar por vía reglamentaria el «escalafón y las nóminas salariales para el personal de la administración municipal» (art. 104), como así también la de «...instituir con carácter permanente o transitorio, general o sectorial, otras bonificaciones» (art. 14 inc. «p»). Además, la ley 11.853, al modificar el art. 19 inc. «a» de la ley 11.757, estableció claramente que el sueldo del agente municipal será «el que determine el Departamento Ejecutivo», cuando en la redacción originaria se disponía que el sueldo sería el «que se determine por ordenanza».

De tal modo, resulta indudable que el legislador ha colocado en manos del Departamento Ejecutivo lo atinente a la determinación y conformación de la remuneración de los agentes municipales; en particular, en cuanto se refiere a las bonificaciones que lo integran. De ello se deriva, según mi opinión, que como los artículos en cuestión, por un lado, han dispuesto el pago de una suma fija en concepto de «adicional por refrigerio» a todos los agentes municipales y, por otro, han de algún modo determinado el monto que debe abonarse al personal por una guardia médica, el Concejo ha ejercido en este caso atribuciones que las normas aplicables confieren al Intendente municipal, pues si es éste quien puede «instituir» bonificaciones con carácter permanente o transitorio, general o sectorial y quien «determina» el sueldo, es forzoso concluir que el Departamento Deliberativo no puede disponer el pago de una suma fija a todos los agentes de la comuna ni fijar el quantum que debe pagarse al personal que cumple guardias médicas.»^{174 175}

Ahora bien, subsiste el artículo 83 inciso 9º) que ubica en el Presidente del Concejo Deliberante la aplicación del régimen, nombramiento, remoción y sanciones dentro del cuerpo.¹⁷⁶

Sobre el particular queda en claro que actualmente deben compatibilizarse las disposiciones de la ley 11.757 en materia de designación, remoción, sanciones, etc, con las potestades brindadas al Presidente del Concejo, respecto de los empleados del HCD. Sobre el particular

El artículo 118 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que: «El presupuesto anual constituye el límite de las autorizaciones conferidas al Intendente y al Presidente del Concejo en materia de gastos...»

El artículo 83 inciso 7) de la Ley Orgánica de las Municipalidades dentro de las atribuciones que le concede al Presidente del H. Concejo establece: «Disponer de las partidas de gastos asignadas al Concejo ...» El artículo 225 del Reglamento de Contabilidad dispone que: «Es atribución del Presidente disponer los gastos e inversiones que autoricen las partidas asignadas al Concejo. Para su liquidación y pago enviará los comprobantes al Departamento Ejecutivo con toda la documentación complementaria». Todo ello permite concluir que si bien el H. Concejo Deliberante no cuenta con una oficina de compras, todas las decisiones que se tomen respecto a las erogaciones de sus gastos deben ser solicitadas y aprobados por el personal habilitado de su dependencia; razón por la cual las imputaciones efectuadas por el Departamento Ejecutivo dentro del Presupuesto de gastos del H. Concejo Deliberante, son improcedentes.

173 SCJBA, causa B 536231, Ochipinti, Jorge Anunciado c/ Concejo Deliberante de Esteban Etcheverría s/ Conflicto de Poderes art. 187 Constitución Provincial, 15-II-1991.

se ha dicho que «El alcance del art. 83 inc. 9 de la Ley Orgánica de las Municipalidades que autoriza al Presidente del Concejo Deliberante para nombrar, aplicar medidas disciplinarias y dejar cesantes a los empleados del Concejo con arreglo de la leyes y ordenanzas sobre estabilidad del personal, debe relacionarse con el carácter operativo de la cláusula constitucional que consagra la estabilidad de los empleados públicos (art. 14 bis, Const. Nac.), de modo tal que ella debe entenderse en el sentido que, aun en ausencia de disposiciones expresas que regulen el tema en el ámbito de la comuna, los empleados a los que alude el precepto se encuentran amparados en aquel derecho.»¹⁷⁷

De igual forma un régimen que ignore, por omisión o contradicción los principios de carrera administrativa, selección por idoneidad e igualdad remuneratoria, estará condenado a seguir igual suerte. Es así que la Excma. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha dicho por ejemplo que «El ingreso directo a un cargo jerárquico sin haber realizado carrera administrativa, en un régimen normativo donde se establece que el ingreso a la función pública debe realizarse en el cargo inferior de dicha carrera y, que el personal permanente tiene derecho a igualdad de oportunidades para la cobertura de cada uno de los niveles y jerarquías previstas sobre la base de calificaciones y antecedentes, torna irregular el acto de designación en la condición apuntada.»¹⁷⁸

Sin embargo, la misma Suprema Corte de Justicia ha entendido que la exigencia en tal sentido no es terminante y que es posible admitir algunas excepciones en el tránsito de la carrera administrativa, tal como ascender dos o más cargos si no existe prohibición absoluta sobre ello.¹⁷⁹

De igual manera a estarse a los pronunciamientos del Excmo. Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires, existen serias limitaciones, aún en ausencia de reglamentación expresa a traslados inconsultos del personal que puedan implicar cualquier tipo de menoscabo sobre el trabajador. Ello ha sido pronunciado en causa «Vera, Laura E. el Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa», SCBA, B 50863 S 11-6-91.

nombramiento y Remoción: De acuerdo a lo que hemos expresado el sistema de nombramiento depende en primer término de la ley 11757. Serán siempre exigibles el respeto de los principios de idoneidad, igualdad en la elección y carrera administrativa. En cuanto a las sanciones también será necesario, habida cuenta de la estabilidad propia de la que goza el empleado público acudir a la realización de los sumarios correspondientes con adecuada protección y derecho al debido proceso adjetivo por parte del mismo.¹⁸⁰

175 SCJBA, causa B. 67.596, «Intendente municipal de General San Martín contra Concejo Deliberante de General San Martín. Conflicto art. 196 de la Constitución de la Provincia», 7-VII-2004.

176 Ver también SCJBA, causa B. 64.183, «Intendente Municipal de Morón», res. del 21-VIII-2002

177 AGG, Expte. 4108-24757/99, (Art. 83 inc. 9). «Cabe puntualizar que el nombramiento de los empleados del Concejo es atribución exclusiva de la señora Presidente (conf. art. 83 inc. 9 del Decreto Ley 6769/58 y art. 6 de la Ley N° 11.757), quien, como autoridad municipal competente, goza de amplias facultades para la designación de personas en los cargos públicos bajo su dependencia (conf. doctrina SCBA, causa B-53.373, de fecha 10.08.1993). Consecuentemente, el reclamante carece de derecho para peticionar su nombramiento en forma retroactiva, toda vez que -por lo dicho- ninguna disposición establece o «reglamenta una situación subjetiva que el particular invoque como configurada en su favor y que obligue a la autoridad administrativa a su cumplimiento sin ponderación discrecional» (conf. SCBA, causa B-50.225, de fecha 22-11-1988, A. y S. 1988-IV-393). Por último, se estima conveniente destacar que al tratarse el tema de autos de una cuestión eminentemente jurídica no correspondería hacer lugar a la peticionada intervención del H. Tribunal de Cuentas, ya que a este compete: «examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desaprobarlas.»

178 SCJBA, B 49724 S, Requejo, Héctor Elías c/ Municipalidad de Almirante Brown s/ Demanda Contencioso Administrativa, 16-VI-87, A.Y S. Tomo 1987-11 P. 421 - LL Tomo 1987-D Pg. 73. En igual sentido puede verse: SCJBA, causa B 49764 S, Serrantes, Néstor Javier c/ Municipalidad de San Isidro s/ Demanda Contencioso Administrativa, 05-IV-88, A.Y S. Tomo 1988-1 P. 564 y SCJBA, causa B 49742, Chillik, Mónica G. c/ Municipalidad de San Isidro s/ Demanda Contencioso administrativa, A.Y S. Tomo 1988-III P. 339.

4. ORGANIZACIÓN INTERNA. BUROCRACIA. ADMINISTRACIÓN E INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍA

Pareciera que el peso de las labores administrativas son propias del Departamento Ejecutivo, sin embargo para sorpresa de aquellos que son designados presidentes de Cuerpos deliberativos, no son pocas las asignaturas que en ese campo les determina la Ley orgánica Municipal. Tal actividad, la de organización del funcionamiento regular del HCD es dejada en manos de la presidencia y como decíamos anteriormente, para revelación de quién asumirá esa posición las labores no son pocas. Es cierto que normalmente quién es designado Presidente posee experiencia legislativa previa, circunstancia que si bien le permitirá suplir con conocimientos empíricos las deficiencias de formación que pueda poseer como administrador, no deja de ser insuficiente para afrontar el reto mencionado. Por comenzar, quién es designado en tal posición, se encontrará con la organización preexistente la que normalmente no cambiará hasta que no sea comprendida acabadamente, razón por lo que es común caer en la propia inercia y costumbre de trabajo, normalmente encarnada por el Secretario del Cuerpo. En la mayoría de los casos, esta realidad se patentizará en la supervivencia del sistema anterior sin revisiones, ni avances. Es indudable que frente a ciertos casos de corrupción que se han registrado en municipios del conurbano bonaerense, es necesario extremar los medios para que la implementación de una adecuada administración en el HCD evite tales vicios. En cuanto a la forma en que se estructura la organización, es decir cantidad de empleados, organigramas, etcétera, no hay uniformidad al respecto, mientras que algunos municipios han avanzado en la actualización de los mecanismos necesarios para administrar el personal del concejo deliberante, muchos otros han omitido la adopción de medidas adecuadas en esa dirección.

4.1. ¿ES POSIBLE INCORPORAR UN ADMINISTRADOR PROFESIONAL?

Indudablemente toda la problemática señalada de índole administrativa y que la L.O.M. ha hecho recaer sobre un funcionario político electo popularmente como es el caso de un concejal en carácter de Presidente, o sobre el Secretario cuya actividad se orienta esencial-

179 Es así lo resuelto en SCJBA, causa B 51325 S, Ibarra, Mará Emilia, c/ Municipalidad de Bragado s/ Demanda contencioso administrativa, 20-XII-89, A.Y S. Tomo 1989-IV, P. 761.

180 Se ha resuelto en este sentido que la revisión judicial respecto de actos disciplinarios de la Administración es restrictiva, por lo cual es indispensable que quién acciona contra los mismos acompañe y demuestre mediante las probanzas adecuadas la existencia de arbitrariedad en el ejercicio de la potestad administrativa. En idéntica forma y en relación a la atribución exclusiva del órgano para decidir sobre la calificación de las pruebas, se expresó en este mismo fallo, que es el órgano administrativo quién exclusivamente se encuentra habilitado para calificar pruebas y hechos, como así para evaluar la gravedad de la falta y en consecuencia disponer la medida disciplinaria correspondiente. SCBA, B 48366 S, Re, Luis Héctor c/ Municipalidad de Berisso s/ Demanda contencioso administrativa, 24-IV-84, D.J.B.A. Tomo 126,84 Pag. 35 - ED Tomo 110 Pg. 682. Ver también: SCJBA, causa B 48987 S, Linares Flores, Jenaro Vicente c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda Contencioso Administrativa, 14-XII-1984, Base de Datos JUBA, y SCJBA, B 48985 S, Morales, Ignacio Carlos José c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso Administrativa, 20-XI-1985, A.YS. Tomo 1985-III Pg. 531; SCBA, B 49127 S, Giarruso de Echeverría Susana c/ Municipalidad de Pinamar s/ Demanda Contencioso Administrativa, 13- X-1987, A.Y S. Tomo IV 1987, Pg. 299 y SCBA, causa B 48892 S, Montes Luis Eduardo el Municipalidad de Bartolom, Mitre s/ Demanda contencioso administrativa, 3-XII-1985, A.YS. Tomo 1985-HI Pg. 619. En sentido similar se ha expedido en cuanto a la innecesariedad de sumarios previos en la aplicación de sanciones inferiores a quince días de suspensión, gozando el acto disciplinario de presunción de legitimidad. A contrario sensu en el mismo fallo se dice que cuando el acto administrativo emanado de una autoridad municipal carece de antecedentes, o existe falta de coherencia entre las causas determinantes de la sanción y la misma, torna en ilegítimo el acto disciplinario. Ver SCJBA, causa B 49109, Klygo, Enrique Antonio, c/ Municipalidad de Quilmes. s/ Demanda Contencioso Administrativa, S, 24-VII-1984,,DJBATomo 00127 84 P g. 00012 - ED Tomo 113 Pg. 107. De igual manera cabe advertir que cuando el régimen prevé el seguimiento de un procedimiento sumarial, es particularmente exigible a quién toma la decisión administrativa -en el caso el Presidente del Cuerpo- el seguimiento del mismo y la necesidad de atenerse a las pruebas producidas y hechos configurados, caso contrario la sanción se convierte en una medida carente de fundamentos e ilegítima. Por cierto, el seguimiento de ese procedimiento no es un recaudo meramente formal, sino que del mismo deben surgir o no los motivos de la medida a adoptarse. «Moyano, Víctor Zanón c/ Municipalidad de Bahía Blanca s/ Demanda Contencioso Administrativa», SCBA, B 48840 S 31-8-84, DJBATomo 128, 84.

mente al control de libro de actas y funcionamiento de las sesiones, plantea la duda de la eficiencia administrativa que se alcanza.

Ante tal dilema y frente a la exigencia legal de mantener los presupuestos de los HCD por debajo del límite del 3% del total comunal, entendemos se obliga a extremar aquellos mecanismos que sirvan para profesionalizar la labor que se desempeña en los Cuerpos Legislativos. Por ello, la idea de contar con un administrador profesional, al menos en aquellos municipios que tienen una nómina considerable de personal, es no solamente de conveniencia, sino, en los tiempos que corren de extrema necesidad.¹⁸¹

4.2. INCORPORACIÓN DE TECNOLOGÍAS

Profundamente conectado con las deficiencias en la administración se encuentran las limitaciones en la incorporación de tecnologías adecuadas, tanto para registrar los movimientos administrativos del HCD, como así para llevar adelante las específicas funciones normativas que le competen. No deja de ser llamativa la delegación que la mayoría de los HCD hacen en los Departamentos Ejecutivos en el control del presupuesto, liquidación de salarios, entre otras. Ello indudablemente obedece a la carencia de sistemas propios que le permitan cumplimentar sus labores.

Es indudable que más allá de la eventual adquisición de programas informáticos parciales, como por ejemplo bases de datos para conservar y recuperar por número o voces (tesoros) las Ordenanzas aprobadas por el HCD, poco o nada ha sido efectuado en tal sentido. La informatización requiere tal como hemos expresado previamente, la necesidad de ocurrir a un relevamiento de las realidades y funciones cumplidas por el Cuerpo, para luego proceder a plasmar dichas actividades en el propio sistema. Decimos esto por cuanto un sistema informático desprovisto o elaborado en base a un diagnóstico inexistente o deficitario, lejos de implicar una ventaja seguramente importará tanto como un desastre, ya que potencializa y acelera procesos equivocados, haciéndolos en consecuencia más ineficientes.

181Respecto de la modalidad de contratación el HTC acepta ocasionalmente y como excepción acudir en usencia de personal dentro de la municipalidad con especialización, a la modalidad de Locación de Obra. Entendemos que el criterio del Tribunal resulta en muchos sentidos arcaico, por cuanto so pretexto de controlar la forma en que se contrata, priva en muchos casos a las Administraciones de recurrir a un sistema más ágil y puntual de dar respuesta adecuada a las complejidades actuales. No se logra entender de qué manera se cumple con elementales pautas de eficiencia y eficacia en el gasto público, cuando el supuesto ahorro que se impone a las municipalidades en la contratación de expertos, luego rebota en errores groseros, muchas veces infinitamente más costosos que el servicio que no se permitió adquirir en el mercado. Ver, HTC, Municipalidad de Roque Pérez, Delegación: XIII, Expte. 4096-1793/07, 18-IV-2007, «Consulta: Sobre la posibilidad de contratación de una Licenciada en Trabajo Social bajo el régimen de locación de obra. Se informa que dicha profesional pertenece a la planta permanente del Patronato de Liberados de la Provincia de Buenos Aires, por lo que se solicita opinión acerca de si es procedente dicha contratación.

Respuesta: En principio, cabe mencionar que el artículo 53 de la Constitución Provincial no permite la acumulación de dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional. Esta incompatibilidad, indudablemente, está referida a que una misma persona perciba más de una remuneración por cargos en relación de dependencia con el Estado en cualquiera de sus jurisdicciones, incluida la municipal. Al respecto, se observa que según la experiencia laboral detallada, la profesional desarrolla en la actualidad otras actividades tanto en el ámbito municipal como en el provincial, situaciones que deberán ser analizadas convenientemente. Con respecto a la contratación de profesionales bajo la modalidad de locación de obra, la doctrina de este Organismo lo ha admitido con carácter excepcional, cumpliéndose ciertas condiciones, siempre y cuando

en la comuna no existan cargos ocupados con la especialidad requerida. En este caso en particular, dadas las características específicas de las tareas a realizar en el contexto profesional que se requiere, se considera factible la contratación en análisis. Se debe tener en cuenta que el servicio que presta la mencionada profesional será considerado como gasto especial, por lo cual se deberá tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 66 y 161 bis del Reglamento de Contabilidad y deberá contar con la autorización del H. Concejo Deliberante, a través de una ordenanza que deberá ser sancionada por mayoría absoluta de los miembros integrantes del Cuerpo, según lo establece el artículo 32 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. Esta conclusión queda supeditada a que la profesional no se desempeñe actualmente en la Comuna, tal como surge del currículum agregado a foja 2 de las presentes actuaciones.

4.3. CRITERIOS DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN

En este punto y citando a Finquielevich,¹⁸² se proponen una serie de medidas tendientes a lograr la incorporación tecnológica, que permita mejorar los estándares de vida, facilitar el acceso a la información y comunicación, mejorar la organización interna, hacer que la municipalidad pueda brindar servicios más eficaces e incrementar la capacidad de recaudación. Para ello se propone trabajar de consuno con otras autoridades gubernamentales, sector privado, tendiente a asegurar mecanismos participativos y retroalimentación de oferta y demanda.

Ello supondría implementar políticas de incorporación de tecnología en la administración local, reformulando las políticas científicas y tecnológicas, mejorar el marco normativo facilitando las innovaciones tanto en la administración, como en el sector privado y el desarrollo de polos informáticos.

Claro está que como bien advierte la mencionada autora, ello supone en primer término concientizar a las propias autoridades municipales respecto de su cometido y función de servicio público. Se propone así una reorganización interna que contemple la realización de encuestas permanentes de satisfacción, foros virtuales, páginas web, etc., donde la participación ciudadana pueda romper el concepto de la municipalidad como coto cerrado y autocontenido.

Las acciones que se proponen sumariadas, radicarían en 1) elaborar un plan de incorporación tecnológica a mediano plazo, 2) definir una estructura encargada de la adquisición de informática y adecuación permanente, 3) desarrollar softwares operativos que mejoren la capacidad de gestión, 4) establecer bases de datos que permitan rápida información en la toma de decisiones, estadísticas, etc, 5) lograr que esas incorporaciones se hagan visibles a la comunidad, mediante mejor y más rápido acceso por parte de la misma, al funcionamiento del HCD.

4.4. CODIFICACIONES DE ORDENANZAS

Sin perjuicio de retomar este tema al tratar técnica legislativa, no podemos dejar de mencionar que una de las áreas en las que se observa mayores deficiencias en materia de organización, es la de la normatividad que emana de los HCD. Son contados los casos en que existe alguna forma de sistematización de la misma. Esta ausencia completa de compilaciones y sistemas computarizados, hace que sea usual encontrarse con una imposibilidad prácticamente absoluta para conocer en el caso del legislador comunal, sobre que asuntos se ha legislado y sobre cuales no.

Ello es agravado por el hecho de que en la práctica frente a una situación que es percibida como novedosa y necesaria de ser regulada, se procede a elaborar y a veces a aprobar los proyectos. En tales circunstancias, no sólo muchas veces es dificultoso encontrar en la elaboración del proyecto la vinculación de esta nueva norma planeada con anteriores sino lo que es más grave suele ser aprobada por el HCD en pleno, sin pasar por tal catalizador.⁹¹

Por ello y más allá de que pocos municipios cuentan con posibilidades reales de poseer una codificación de sus normas, su sistematización deriva hoy por hoy en una concreta necesidad.

El mecanismo de que algún Concejal y/o empleado memorioso conserve un registro mental de que es lo aprobado y en qué medida se contradice o no con el contenido de una nueva norma, no deja de ser un criterio no sólo ya superado por las nuevas técnicas, sino una ruleta rusa en sus implicancias.

4.5. FACULTADES DISCIPLINARIAS

Es indudable que toda organización formal implica la existencia de normas que regulan el comportamiento y conducta de los integrantes de la misma. Ello supone necesariamente la existencia de sanciones a ser aplicadas a aquellos que se desvían específicamente de esas pautas, teniendo ello el doble efecto de castigar el incumplimiento y disuadir a quienes con vocación de futuro intentan seguir el mismo camino.

Las facultades disciplinarias del Concejo Deliberante, ya sea en pleno o a través de su Presidente y ya sea sobre los concejales o empleados del Concejo, cumplen con esas mismas premisas generales; sin embargo desde el punto de vista procedimental, el camino seguido para unos y otros es diferente.

Hemos comentado precedentemente las reglas de juego que rigen en la relación Concejo Deliberante - empleados del mismo, ahora es necesario ahondar en la vinculación entre el cuerpo y sus integrantes electos popularmente.

El artículo 69 de la LOM estipula como facultad del Concejo Deliberante, la de aplicar sanciones a sus integrantes, la que es coetánea a la propia atribución de establecer y reglamentar cuáles actitudes son inconductas pasibles de sanción y qué grado de medida debe aplicarse. El procedimiento, sin embargo no está descripto por la misma norma, excepto claro está para el supuesto de disponerse el cese del concejal, en el cual razones de indudable orden público el camino especial contenido la Ley Orgánica Municipal. Es por ello que en principio todo el sistema sancionatorio, como así las causales para las mismas se encuentran establecidos en los reglamentos internos de cada cuerpo.

La duda que surge es cuál es el límite de la sanción impuesta por la norma. Toda vez que la eventual sanción que se aplique a un concejal será susceptible de ser cuestionada jurisdiccionalmente, esa frontera surge de un doble análisis: (1) el de la constitucionalidad de la Reglamentación Interna del Cuerpo, en cuanto a una razonabilidad entre el disvalor que se pretende sancionar y la gravedad de la pena impuesta¹⁸³ y (2) en la razonabilidad y proporcionalidad, en el caso particular de aplicarse una sanción establecida en el marco jurídico citado, entre la conducta en la que incurre el sujeto destinatario de la norma y la sanción dictada.¹⁸⁴

4.6. PUBLICIDAD DE LAS ORDENANZAS. DIARIOS DE SESIONES

Un aspecto que no deja de ser llamativo habida cuenta de los tiempos que corren, como así de la necesidad de dar a difusión los actos legislativos, es la ausencia de boletines y/o publicaciones que documenten no sólo lo acaecido en las sesiones, sino asimismo de las Ordenanzas que en las mismas se sancionan. Tal deficiencia no es menor. Como señala en Nino Carlos, en Un País al margen de la Ley,¹⁸⁵ la ficción jurídica en la cual se asienta la seguridad de que nadie puede alegar el desconocimiento de la ley, se ve asegurada mediante la exigencia, como contrapartida al Estado, de dar a publicidad por medios adecuados sus actos y resoluciones. Tal ficción, como el mismo apunta, se ha convertido atento la inflación de normatividad, en mentira jurídica.

Alguien podría sostener que esa ficción jurídica no se desdibuja por la falta de publicidad de las Ordenanzas sino por la mayor sanción de normas en todos los niveles estaduales. Ese hecho respondería ineludiblemente a una sociedad más compleja. Sin embargo esa afirmación nos introduce en otra problemática actual que es la «inflación legislativa».

Compartiendo lo afirmado por Pagano,¹⁸⁶ consideramos que muchas veces el incremento en el número de disposiciones legislativas, no responde ni es equivalente a una anunciada mayor complejidad social. Entonces en la medida en que se produce un trípode de falta de demanda de una norma, creación innecesaria de la misma y falta de publicidad estaremos frente a una norma inflacionaria.

¹⁸²Fiengeliévich, Susana, Redefinición de herramientas en la gestión municipal: la informática y el Gobierno Local, Porto Alegre, Junio 1999.

¹⁸³Para tratar de ilustrar este punto, se nos ocurre el siguiente ejemplo. Supongamos que el Reglamento Interno dispone que al concejal que se ausente a una sesión se le aplicará la cesantía del cuerpo. Un concejal incurre en dicha conducta y el cuerpo aplica la disposición estrictamente. El concejal en tal caso podrá cuestionar tanto la inconstitucionalidad de la disposición en la medida en que la sanción parece extrema e irrazonable en cuanto al fin perseguido -presentismo de los concejales a las sesiones-, como en su caso particular la procedencia de la sanción, cuando por ejemplo acredite que estuvo presente o bien que su ausencia se encontraba justificada por su estado de salud, en tal supuesto la medida se torna ilegítima

Este fenómeno, que parece ser interesante exclusivamente para aquellos que se desenvuelven en el área académica, no es tan así. En efecto, el mismo atenta irremediabilmente contra el ciudadano común. En efecto, el ordenamiento jurídico se halla sentado sobre la presunción de conocimiento de la Ley que estipula el Código Civil, en cuanto impide alegar el error de derecho para excusar una conducta dada. Es que si cualquiera pudiera invocar no conocer la orma, el sistema legal mismo sería imposible de sostener.

Inflación legislativa, desconocimiento de la ley y presunción legal de saberla, constituyen un cóctel explosivo que pone en jaque el sistema democrático. Pero para tornar aún más complicado este panorama, debemos agregar un factor, al que normalmente colaboramos con una mala elaboración legislativa: ambigüedades y vaguedades en disposiciones mal redactadas desde un punto de vista técnico (sobre el particular volveremos más adelante). Todos estos inconvenientes afectan en términos generales a muchas democracias en el mundo, aún a las más avanzadas, pero qué decir al nivel municipal, en el que poca o ninguna atención se ha prestado hasta el momento a lo que constituye un severo problema. No sólo se produce este fenómeno cuando se aprueban ordenanzas que no responden sino a ciertos vedettismos políticos o a presiones de diversos sectores, sino también cuando se actúa insensatamente creando proyectos, que aunque bien intencionados, no responden a necesidades concretas y a diagnósticos de la realidad correctamente obtenidos.

Tal como indica el mismo Pagano, en Europa, particularmente se está trabajando sobre un doble haz de factores que servirán, al menos para reducir a cifras normales el fenómeno de «inflación legislativa».

Esas líneas son: (1) Hacia el material normativo ya creado, mediante procesos codificatorios y de sistematización que permiten eliminar contradicciones y depurar los registros legales y (2) Hacia el futuro a través del mejoramiento de las técnicas legislativas en las dos fases que se asigna a la misma: (a) Preparación del Proyecto y (b) Tramitación Parlamentaria del mismo.

Es corolario lógico de estos dos procesos, el sistema de publicidad de las normas, temática que en sus connotaciones legales y jurisprudenciales en el ámbito provincial, me explayaré brevemente, para retornar luego en el próximo capítulo sobre los aspectos aquí enunciados de la técnica legislativa.

Queda claro de lo hasta aquí expresado, las dificultades por las que se atraviesa para conocer lo que dice una disposición e incluso para saber de la existencia de ella misma. Hoy por hoy, nadie, ni siquiera los abogados altamente especializados, cuentan con posibilidades reales de conocer la totalidad de normas existentes. Por ello, no deja de ser aún más grave la completa ignorancia, que muchos HCD mantienen en cuanto a la publicidad que deben seguir sus actos.

183 Para tratar de ilustrar este punto, se nos ocurre el siguiente ejemplo. Supongamos que el Reglamento Interno dispone que al concejal que se ausente a una sesión se le aplicará la cesantía del cuerpo. Un concejal incurre en dicha conducta y el cuerpo aplica la disposición estrictamente. El concejal en tal caso podrá cuestionar tanto la inconstitucionalidad de la disposición en la medida en que la sanción parece extrema e irrazonable en cuanto al fin perseguido -presentismo de los concejales a las sesiones-, como en su caso particular la procedencia de la sanción, cuando por ejemplo acredite que estuvo presente o bien que su ausencia se encontraba justificada por su estado de salud, en tal supuesto la medida se torna ilegítima.

184 Sobre el particular y en forma general sobre la graduación de las sanciones ha dicho la Suprema Corte de Justicia, que el principio que rige la materia es el de razonabilidad entre los hechos y pruebas que ordenan la motivación del acto y la sanción definitiva a la cual se arriba, ya que las medidas que se adopten en este sentido normalmente tienen un efecto trascendente sobre la seguridad y honra del individuo objeto de la pena. Ver: «Torrubia Mario César c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda Contencioso - Administrativa», S.C.B. A., B 49190 S 5-8-86, AYS Tomo 1986-II P g. 339; y «Morcada, Ernesto c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa», SCBA, B 49208 S 5-7-88, A.Y.S. Tomo 1988-11 P. 616; SCJBA, causa B 49827 S, «Westendorf Roberto Alfredo c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Demanda contencioso administrativa», 10-XII-1991, Base de Datos JUBA.

185 Nino, Carlos, Un País al margen de la Ley, Buenos Aires, Emecé, 1992; reeditado en Barcelona: Ariel, 2005

186 Pagano, Rodolfo, La Técnica Legislativa y los Sistemas de Informática Jurídica, en Informática y Derecho (aportes de Doctrina Internacional), Director Daniel Altmann, Coordinador Rafael Bielsa, Buenos Aires, Depalma, 1991, Volumen 2, pp. 37 y ss. Para este autor la inflación legislativa se define no por la comparación en el número de leyes sancionadas en igual lapso de tiempo, o páginas o caracteres tipográficos, sino por la discordancia entre la cantidad de leyes sancionadas y las demandas sociales reales de ellas.

Por razones de transparencia y por motivos de aplicatoriedad de la norma, ella debe ser necesariamente realizada.

Es que si bien tal omisión no acarrea, en el decir de la Suprema Corte de Justicia la inconstitucionalidad de la norma municipal no publicada, no deja de ser menos cierto, que tal ausencia si ocasiona su ineffectividad. Esta problemática ha sido objeto de sendos dictámenes jurisdiccionales. Así se ha dicho que «En cuanto a la falta de publicación oficial de la mencionada ordenanza 5746, de lo cual derivaría - a criterio del accionante- su inaplicabilidad, cabe recordar que la eventual falta de publicación oficial de la misma no resulta atendible, a los fines de fundar su inconstitucionalidad, en tanto la validez de aquella no depende del cumplimiento de tal requisito, que sólo incide en su eficacia (arg. Arts.110, dec.ley 7646 y 110, Ord.Gral.267; causa 11083, Sent. 2-X-80; 1.1046, sent. II-XI-80).»¹⁸⁷

Consideramos, que no sólo necesidades legales, sino esencialmente políticas, vinculadas a la adecuada difusión de actos de gobierno y a la posibilidad consecuente de ejercer controles adecuados por parte del público, requieren de publicidad.¹⁸⁸ Ahora bien, ¿cómo asegurar dicha publicidad? Pareciera que el sólo trámite de difundirlo a través de Boletines Oficiales, que no son leídos sino por pocas personas, no asegura sino un cumplimiento formal de la resolución de la Suprema Corte de Justicia, pero no caben dudas de que en modo alguno puede entenderse que tal actuar cumple con la exigencia de la vida democrática. Por ello entendemos que deben extremarse las medidas para efectuar esa difusión, no evitando ninguno de los medios de comunicación que la vida moderna pone a nuestra disposición, entre los cuales se encuentran no sólo la prensa gráfica, radial y televisiva, sino los propios sistemas informáticos. Cabe señalar que este consejo recae sobre quién complementa el circuito legislativo con su aprobación que es el epartamento Ejecutivo, que es quién elige el medio adecuado para dar a publicidad las normas.

Por lo expuesto, y para que lo dicho por Hegel no sea verdad, en el sentido de que no bastan leyes democráticas en sí, por que si no pueden ser leídas no sirven sino a una oligarquía, es necesario complementar una técnica legislativa adecuada en cuanto a la redacción y preparación de las Ordenanzas, con su publicación y difusión ulterior que aseguren su plena eficacia.

187 SCJBA, Czarnecki, Marcos Edmundo e/Municipalidad de Quilmes s. Inconstitucionalidad art.8 Ordenanza 5746 y Ordenanza 5511, AyS 1990-11-77; en el mismo sentido SCJBA, causa B 55384 S, Rivas, Elvira c/ Municipalidad de Merlo s/ Demanda contencioso administrativa, 10-V-2000; SCJBA, causa I 1541 S, Bernal de Palacio, María Julia c/ Municipalidad de Rauch s/ Inconstitucionalidad ordenanza impositiva 1991 (promulgada por decreto 454/91), 29-XII-1998; SCJBA, causa B 54711 S, Gallardo, Alicia Angela c/ Municipalidad de Colón s/ Demanda contencioso administrativa, 25-VIII-1998.

188En trabajo que será publicado próximamente, García Sanz, Agustín, Estado de Derecho, Internet y publicidad de los actos de gobierno, a ser editado en Res Publica Argentina, RAP, 2008-II, el autor describe el periplo seguido para obtener copias de una ordenanza. Lo hemos hecho nosotros en artículo publicado en Poder Local en 2006, y por cierto, no es un alarde de originalidad, por cuanto quién transita por oficinas públicas bien sabe de qué estamos hablando.

188En trabajo que será publicado próximamente, García Sanz, Agustín, Estado de Derecho, Internet y publicidad de los actos de gobierno, a ser editado en Res Publica Argentina, RAP, 2008-II, el autor describe el periplo seguido para obtener copias de una ordenanza. Lo hemos hecho nosotros en artículo publicado en Poder Local en 2006, y por cierto, no es un alarde de originalidad, por cuanto quién transita por oficinas públicas bien sabe de qué estamos hablando.

CAPITULO V

MANIFESTACIÓN DE LOS HCD. ASPECTOS LEGALES Y TÉCNICOS

1. INTRODUCCIÓN

Existen infinidad de ejemplos para ilustrar sobre la diversidad de problemas que plantean los vecinos a sus representantes; desde aquél que reclama por el ruido causado por un local bailable,¹⁸⁹ a quién lo hace por el desorden vehicular o quién manifiesta su preocupación por decisiones nacionales o provinciales. En lo individual y para quién está en el cargo, nace entonces la pregunta: ¿Habrá que regular el tema? ¿Habrá que negar la competencia en aquellos supuestos en que ello sea posible?, ¿Será necesario presentarse ante el Departamento Ejecutivo?, ¿Será conveniente acudir a vías informales de solución?

Las dudas son múltiples ¿Cómo y cuál será la mejor vía de instrumentar las demandas que recibe el concejal? Para ser más exactos: ante una petición ¿Cómo debe manifestarse la voluntad, primero del concejal individualmente y luego del cuerpo, para dar solución a la misma? Y yendo un paso más allá: ¿Cómo se analizan las necesidades citadas?, ¿Cómo se concretan instrumentalmente en forma de proyecto y finalmente cómo se llega a un acto de voluntad expedido por el Honorable Concejo Deliberante?

Bien podrá decirse que la primera regla para actuar es acudir a la LOM y al reglamento interno del HCD que establecen mecanismos formales para peticionar. Decimos mecanismos formales, por cuanto tal como surgirá de la lectura que cualquiera puede efectuar de esos textos, ellos carecen de una indicación acerca de la forma práctica de enderezar y construir los Proyectos. Trataremos en las líneas siguientes de orientar en esas respuestas.

2. ANÁLISIS LEGAL SOBRE MEDIOS FORMALES DE EXPRESIÓN DEL HCD

La voluntad del HCD tiene de acuerdo al artículo 77 de la LOM, cuatro formas posibles para ser canalizada:

- «a) Ordenanza, si crea, reforma, suspende o deroga una regla general, cuyo cumplimiento compete a la Intendencia Municipal»
- «b) Decreto, si tiene por objeto el rechazo de solicitudes particulares, la adopción de medidas relativas a la composición y/u organización interna del Concejo y en general toda disposición de carácter imperativo que no requiera promulgación del Departamento Ejecutivo»
- «c) Resolución, si tiene por objeto expresar una opinión del Concejo sobre cualquier asunto de carácter público o privado, o manifestar su voluntad de practicar algún acto en tiempo determinado» y;
- «d) Comunicación, si tiene por objeto contestar, recomendar, pedir o exponer algo».

2.1. LA ORDENANZA

Por su importancia en tanto carácter normativo, comenzaremos refiriéndonos a las Ordenanzas.

¹⁸⁹ Sabemos que se podrá esgrimir frente a este hecho que su solución es competencia formal del Departamento Ejecutivo, pero será difícil explicarle al vecino tal circunstancia, quién por falta de conocimiento sobre el funcionamiento institucional o por cualquier otra razón, tan sólo verá en el concejal a un funcionario que carece de respuestas.

¹⁹⁰ Entre las consecuencias de importancia que ha tenido la calificación de la ordenanza como ley local, se halla su implicancia en materia de expropiaciones. En tal sentido en un dictamen de la AGG se estableció:

«Secretaría letrada. La Plata septiembre de 2005. (Artículo 77). Las Municipalidades pueden ejercer la potestad de expropiar, mediante el dictado de la Ordenanza que declare de utilidad pública y sujeto a expropiación el bien que involucre. En efecto, «Las ordenanzas serán consideradas Ley en sentido formal y material...», de

Sostenemos de inicio que por su propia naturaleza es una ley local. Esta afirmación que se condice con la que establece ahora explícitamente la LOM, es reconocer que la Municipalidad tiene la potestad de dictar normas generales, de contenido abstracto e indeterminado, destinadas a ser cumplidas por todos los habitantes dentro de la jurisdicción municipal.

Ello implica no sólo que compete a la municipalidad el hacerlas seguir, sino a los vecinos que en ellas habitan el deber de respetarlas y actuar conforme. No está de más reiterar que las Ordenanzas pueden versar pura y exclusivamente sobre aquellas áreas y materias en las que la Municipalidad es competente.

Ahora bien, la afirmación de que la Ordenanza es una Ley, no es una conclusión pacífica; sino que tiene voces encontradas. Debemos advertir, que no resulta ser una discusión sin importancia, ya que tiene implicancia cierta en cuanto a los mecanismos impugnativos para su eventual cuestionamiento por parte de los vecinos.

La creación del fuero contencioso administrativo y tributario de la Provincia de Buenos Aires, y las idas y vueltas en el respectivo Código Procesal con relación a cómo tratar este tema, son las que han abierto distintas interpretaciones sobre el particular. En efecto; si la Ordenanza es una Ley en todos los casos y cualquiera sea su contenido, como tal deberá seguirse en su cuestionamiento la declaración de inconstitucionalidad, ya sea por vía de una petición originaria en el procedimiento especial existente por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires o en su caso, por petición al juez actuante en cada caso.¹⁹⁰

Si por el contrario, es un acto administrativo general, deberá acudirse a los recursos administrativos que prevé la Ordenanza General 267 (o las propias de cada Municipio, para el caso de que la hayan dictado) con prelación a acudir a la Justicia.

La complejidad es mayor siendo que si bien es cierto que la Ordenanza en la que uno inmediatamente piensa, tiene contenido normativo; por ejemplo, la Ordenanza Fiscal, o las de Planeamiento Urbano; no es menos cierto que hay otras de innegable contenido administrativo; por ejemplo la que decide modificar una tarifa de un servicio público, la que adjudica un contrato o la que alquila un bien municipal. En estos últimos supuestos, se tratan de actos de sustancia administrativa, en los que se resuelve una situación particular con un destinatario concreto de la decisión.

Para una posición que sostiene particularmente PERRINO,¹⁹¹ la ordenanza siempre tiene carácter de acto administrativo, ya sea general o particular, por cuanto la única habilitada a dictar leyes es la Nación o la Provincia. De ello se colige la necesidad de que medie reclamo administrativo previo, siendo además la competencia del fuero contencioso administrativo y tributario en todos los casos. En una posición intermedia se halla BIGLIERI,¹⁹² quién sostiene que si la Ordenanza tiene carácter general es una ley y en los otros casos, es un acto administrativo, por ende impugnable.

En lo que a nuestra posición respecta, no sólo la LOM ha tomado la decisión de calificar a las Ordenanzas como Ley, sino que además ese es el camino que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Promenade Srl c. Municipalidad de San Isidro s. Demanda Contencioso Administrativo*,¹⁹³ en la que se decidió que las ordenanzas municipales resultan ser actos normativos de naturaleza legislativa, emanando de un órgano de gobierno electo popularmente, siendo por lo tanto su producto un símil a la ley que es sancionada por cualquier otro cuerpo elegido de la misma manera.

Esta misma postura es la que sostiene ABALOS, al decir en posición que compartimos: «[E]n este sentido consideramos que las ordenanzas municipales constituyen por su naturaleza jurídica, por los órganos que las dictan, por las materias que regulan y por la generalidad de sus disposiciones, verdaderas leyes dentro del ámbito reducido del gobierno comunal y traducen el ejercicio del poder político... de forma tal que la función legislativa aparece como propia de su condición de tal, revistiendo las ordenanzas el doble carácter de ley en sentido material con sus notas de generalidad e impersonalidad, y en sentido formal, emanadas de un órgano deliberativo local y dictadas conforme a un procedimiento específico.»¹⁹⁴

Finalmente y refiriéndonos a la propia legislación y a su texto literal, del que no cabe apartar-

se como pauta interpretativa salvo existieran lagunas, el artículo 77 LOM no distingue entre Ordenanzas, todas ellas, son en su afirmación leyes en sentido formal y material.

2.2. DECRETO.

En tanto y en cuanto apunta a la solución de problemáticas individuales y/o reglamentaciones del funcionamiento interno del Honorable Concejo Deliberante, en su organización y funcionamiento, asume eminentes características de acto administrativo.

Vinculado con lo que hemos expuesto en el párrafo precedente se halla la relación entre el concepto de acto administrativo, el de «resolución» y el principio republicano de estricta división de poderes. De acuerdo a la tradicional doctrina de separación de poderes, es indudable que la atribución para efectuar actos administrativos corresponde primariamente al Poder Ejecutivo.

En materia municipal al haberse admitido en sendos decisorios que la separación de poderes no es estricta, a punto tal de que se habla de Departamentos y no de Poderes, se admite y expresamente la ley Orgánica Municipal contempla, actividades en las cuales el Departamento Deliberativo dicta actos administrativos. El ejemplo más palmario de esta decisión es la conceptualización de atribuciones del Deliberante, para pronunciar «decretos» denominación típica que reciben los actos emanados del Departamento Ejecutivo.

Refuerza esta idea, lo resuelto por el máximo Tribunal provincial en: «Las decisiones de las Municipalidades pueden provenir tanto del Intendente como del Concejo Deliberante, atento las distintas facultades y atribuciones que tienen instituidas legalmente. De tal modo, cualquiera sea el órgano del Municipio del cual emane el acto administrativo, el mismo ser revisible por este Tribunal en tanto vulnere un derecho del mismo carácter establecido en favor del reclamante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa preexistente.»¹⁹⁵

2.3. RESOLUCIÓN.

Tiene por objeto básico el de fijar una posición respecto a una temática en particular.

Normalmente es la vía adecuada para proceder a establecer homenajes especiales o condenas por determinados hechos (vgr. Rendir homenaje a una persona, o declarar persona no grata a alguien o repudiar un hecho o acto).

2.4. COMUNICACIÓN

Es el medio por el cual el Concejo Deliberante se dirige a otros organismos o particulares, solicitando normalmente informaciones o explicaciones sobre hechos o situaciones y/o solicita o insta a otras autoridades a tomar o abandonar determinadas medidas. Es el mecanis-

191Al criticar la reforma introducida por la Ley 13.101 que suprimió la cita a las ordenanzas municipales que establecía el Cód. Contencioso Administrativo de la Provincia y consecuentemente la definición del artículo 77 de la LOM, dice Perrino «[C]omo es sabido, en el ámbito provincial ese carácter – leyes – sólo lo ostentan las normas legislativas que sanciona la legislatura previo cumplimiento del debido procedimiento que las normas constitucionales han previsto al efecto y cuya jerarquía normativa es indudablemente superior a las ordenanzas municipales». Cassagne, Juan Carlos y Perrino, Pablo Esteban, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, P. 69. Creemos que el error esencial es asignar supremacía las leyes cuando estas avanzan sobre materias de ordenanzas, en tal caso, el principio de especialidad territorial hará que las segundas desplacen a las primeras en su aplicación. Ambas son leyes, en el ámbito territorial de aplicación y dentro del deslinde de competencias constitucional. Desde el punto de vista conceptual la postura en análisis no hace sino negar carácter autónomo a las municipalidades.

192Biglieri, Alberto, Las ordenanzas y el artículo 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004 – 2, P. 361.

193CSJN, 24-VII-1989, Promenade Srl c. Municipalidad de San Isidro s. Demanda Contencioso administrativo.

194 Abalos, María Gabriela, Función legislativa en el municipio autónomo. Naturaleza jurídica de las ordenanzas. Impugnación, en *Revista de Derecho Público*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004 – 2, Pp. 117-142.

195 SCJBA, 26-IX-1989, Príncipe, Laura Esther y otros e/Concejo Deliberante de Florencio Várela s/Demanda contencioso administrativa, *AYS Tomo 1989-III*, p. 555.

mo con el que cuenta el HCD para hacer llegar a otras entidades inquietudes puntuales. Por ello es un importante herramienta para descomprimir situaciones de tensión política, cuando una situación es candente y no es competencia del HCD; pero en su anverso, es también una peligrosa posibilidad de que el HCD se expida sobre circunstancias que le son ajenas. El uso correcto o no que se haga de este instuto, debe por tal razón, ser cuidadosamente evaluado en cada caso por los concejales. Expediente 039/98 (Arts. 54, 65, 66, 108 incs. 7 y 9, 178, 181, 196, 200, 206 y 247) El tema en consulta requiere un previo análisis sobre el funcionamiento de los Departamentos que componen el gobierno municipal, en el marco de competencias y atribuciones delegadas por la Constitución y la Ley. Así, la Constitución Provincial, en su Sesión Séptima -Capítulo Únicoprevé la existencia de un régimen municipal, cuyos intereses y servicios serán administrados por una Municipalidad, compuesta de un Departamento Ejecutivo y un Departamento Deliberativo, cuyas atribuciones y responsabilidades serán deslindadas por la Legislatura, con el fin de que esos departamentos puedan atender eficazmente la administración local.

En este orden de ideas, la división de funciones para la administración de los intereses y servicios locales consiste, entonces, en que los dos departamentos no ejerzan juntos todas las funciones y atribuciones inherentes al régimen correspondiéndole al Concejo Deliberante reglamentar las materias delegadas por la Legislatura y al Ejecutivo, ejecutar esas ordenanzas y, además, ejercer la Administración del Municipio.

De ello puede extraerse, en principio, que los actos de cada departamento no están sujetos a la autoridad del otro. Ninguno de ellos puede rever los actos del otro en virtud de tener mayor autoridad. No existen, entre ambos departamentos, relaciones de subordinación de uno hacia otro, sino de coordinación para alcanzar los fines enunciados en la Constitución Provincial. Y si bien la Ley Orgánica de las Municipalidades establece respecto de algunos actos del intendente, un verdadero control de legalidad y hasta de oportunidad y conveniencia (Por ejemplo: artículos 54, 65, 66, 196, 200, 206 y 247 de la L.O.M.) ello, por sí, no resulta suficiente para inferir un estado de subordinación hacia el Departamento Deliberativo.

En consecuencia, las potestades de contralor acordadas a este Cuerpo son de excepción y, como tal, deben ejercerse estrictamente dentro del marco de legalidad explícito, pues esas potestades, llevadas más allá de lo expresamente autorizado, deben considerarse como una intromisión ilegítima en el ámbito de competencia del Departamento Ejecutivo.

Para el caso en consulta, este Organismo Asesor entiende que si bien corresponde a este Departamento suministrar los informes requeridos por el Cuerpo Deliberante, es al titular de aquél Departamento a quien corresponde citar para evacuar los informes, el que podrá concurrir personalmente o por intermedio de sus secretarios (Artículo 108, inc. 7 del Decreto-Ley 6769/58).

En consecuencia, se estima improcedente llamar a concurrir a sesiones del Concejo a funcionarios dependientes del Departamento Ejecutivo, toda vez que son auxiliares sobre los cuales el Intendente tiene potestades exclusivas y excluyentes (artículo 108 inc. 9, 178 y 181 y concordantes de la L.O.M.), no sujetas a la revisión o control del Departamento Deliberativo. Expediente 2113-633/96 (Artículos 54, 65, 66, 108 inc. 7, 188, 190, 196, 200, 206, 240 y 247) Tratándose del pedido de informes requeridos por el Concejo Deliberante aquellos devienen obligatorios para el Departamento Ejecutivo cuando sean consecuencia del llamado a sesiones de aquel Cuerpo, en los términos del artículo 108° inciso 7 del Decreto-Ley N° 6769/58 y cuyo incumplimiento se encuentra tipificado como «falta grave». Fuera de dicha oportunidad en que resulta imperativa la concurrencia a las sesiones en que el Departamento Ejecutivo fuere convocado, proporcionando la información que se le requiriere, esta Asesoría General de Gobierno considera que cualquier pedido de informes carece de imperatividad en cuanto al modo y plazo de cumplimiento, y se inscribe en el ámbito de la necesaria armonía que debe primar en el funcionamiento del gobierno comunal compartido por ambos Departamentos. Interpretar que el artículo 108 inciso 7 Ley Orgánica de las Municipalidades impone al Departamento Ejecutivo la obligación de responder en cualquier momento y en plazos perentorios los pedidos de informes, lleva a cimentar una relación de subordinación o de-

pendencia incompatible con la organización del régimen municipal concebida en el texto constitucional (artículo 190 y sgtes.).

Judicialmente se ha planteado la cuestión en distintas actuaciones con diversos resultados, en la causa Galinelli, Patricia y otros c. Municipalidad de Lincoln¹⁹⁶, el Juez en lo Contencioso Administrativo, siguiendo precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le negó legitimación al concejal para reclamar información al Ejecutivo, cuando el pedido le había sido bloqueado por el cuerpo. Por el contrario, para la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, que revocó el fallo, el Departamento Ejecutivo se encuentra obligado a brindar esa información. Nuevamente planteado un caso similar por ante el Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 1 de Mercedes¹⁹⁷, Fernández, María C. y otros c. Intendente Municipal de Bragado¹⁹⁸, se resolvió denegar la legitimación individual para solicitar el comparendo o información de parte de la intendencia municipal.

En contrario resulta de interés el fallo del Supremo Tribunal Provincial, originado en una presentación de concejales de la Municipalidad de Navarro, que patrocinados por el profesor platense Pablo Rea, cuestionaran la validez de una ordenanza impositiva aprobada sin los quórums necesarios, en el mismo y si bien con voto dividido en cuanto a la razón de la legitimación acordada, se expresa: «Cada concejal en cuanto integrante de un órgano colegiado inviste un interés propio derivado del propio derecho de ejercicio de la función que comparte con los demás miembros, siendo responsable por la consecuencia adoptada por el cuerpo o por parte de él. Este protagonismo, se ha dicho, reviste entidad suficiente para admitir que cada vez que se entienda que se sustrae al Cuerpo todo el ejercicio de una competencia que le incumbe, como órgano colegiado y complejo, disponen de legitimación para acudir a la justicia y para reivindicar la posibilidad de participar en la decisión del conjunto impedida u obstruida. La circunstancia que el cuerpo todo, en cuanto órgano, pudiera también estar legitimado, no alcanza para negar la individual que compete a cada legislador o miembro de un cuerpo colegiado como es el caso de los concejales en el Cuerpo Deliberante.

El carácter de partes interesadas, a los fines de esta demanda, no les puede ser negado a los reclamantes, dado que, además de la condición de contribuyentes, han invocado su calidad de ediles. Sujeto el procedimiento de sanción de una Ordenanza a determinados preceptos y formalidades, bajo la garantía que la misma acuerda a los concejales, ellas implican el interés directo de los presentantes a reclamar su observancia y efectividad. SCJBA, Murphy, María Antonieta y otros contra Municipalidad de Navarro. Inconstitucionalidad Ordenanza 550/96, www.scba.gov.ar/falloscompl/scba/2000/06-21/i2029.doc.

Cabe indicar sin embargo que en anterior causa, SCJBA, Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Miguel c. Concejo Deliberante de San Miguel, La Ley, 1998-F, 321, donde se expresa concretamente que «El tribunal ha interpretado invariablemente que la competencia que le confiere ese artículo comprende a las contiendas que involucran a dos departamentos que componen el poder municipal, siempre y cuando se susciten con motivo de las respectivas atribuciones, como cuando uno desconoce al otro la competencia que éste se atribuye o invade directa o indirectamente la esfera de otro ...»

3. PROYECTOS Y TÉCNICA LEGISLATIVA¹⁹⁸

La preparación del Proyecto, con vistas a su ingreso a tratamiento deliberativo y eventual aprobación constituye una de las cuestiones más relevantes en el funcionamiento del HCD

¹⁹⁶ JContenciosoadministrativoJunín, Nro1), Galinelli, Patricia N. y otros c.Municipalidad de Lincoln, 11-XI-2005.2

¹⁹⁷ JContenciosoadministrativoMercedes, Nro1, Fernández, María C. y otros c. Intendente Municipal de Bragado,21-VI-2005 y Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata (CContenciosoAdministrativoLaPlata), 20-VII-2006.

¹⁹⁸ Pulvirenti, Orlando D., Concejo para concejales que van a la Justicia como Justiciables, Sup. Adm 2006 (diciembre), pp. 25 y ss.

y en la propia actividad del concejal. Por ello y dado el impacto que estas decisiones y su forma de expresar causan en los destinatarios de la normatividad así creada, es que debe extremarse el desarrollo de los métodos y técnicas parlamentarias modernas, tendientes a evitar efectos no queridos entre los cuales se encuentran:

a) Poca claridad de los textos que se trasuntan en transferencias de facultades desde el departamento Deliberativo al Departamento Ejecutivo y/o Poder Judicial, que debe interpretar los mismos;¹⁰⁰

b) Dificultades en la comprensión por parte de los destinatarios de la norma, lo que atenta contra la efectividad de la misma y el incumplimiento final de la meta perseguida por el legislador;

c) Efectos económicos no queridos ni deseados, pero que muchas veces surgen de la equivocada redacción de los textos legales;

d) Perjuicios concretos a particulares, sin que los mismos resulten razonables.

Estos defectos se encuentran en dos haces de normas: (a) Las sancionadas hasta el momento y

(b) Las que han de ser sancionadas en el futuro. La solución al primer inconveniente como señala Pagano,¹⁹⁹ se obtiene a través de métodos determinados que ya hemos mencionado y desarrollado en capítulos precedentes, esencialmente por vía de la codificación y sistematización normativa.

La segunda alternativa, es decir con vistas hacia el futuro, exige profundizar en nuevos mecanismos técnicos legísticos que tienden a evitar la reiteración del problema descripto eliminando contradicciones, textos superfluos, innecesarias remisiones, entre otras dificultades.

Por lo expuesto resulta de suma importancia el establecimiento de criterios uniformes y sólidos que sirvan al futuro. ¿De qué manera hacerlo? Pues bien, la manera ideal es el establecimiento de criterios únicos o comunes que sigan principios científicos en la elaboración de Ordenanzas.

En tal sentido, no se pretende susituir la voluntad del legislador o afectar la ponderación que éste hace de ciertas circunstancias y hechos, sino simplemente establecer criterios que por un lado faciliten al concejal la concreción de sus proyectos y por el otro lado, a la comunidad destinataria de esas decisiones, la seguridad de que éstas normas responden a verdaderas necesidades sociales, que su cumplimiento resulta socialmente recomendable y que su facilidad favorece la comprensión, entendimiento y cumplimiento ulterior.

Particularmente sobre este punto referido a la redacción de proyectos y criterios mínimos a cumplir por ellos, se ha desarrollado singularmente en Alemania la denominada «legistik» o técnica legislativa, la que pretende dotar al documento de mayor comprensibilidad, disminuyendo la vaguedad y ambigüedad (defectos que causan problemas en la aplicación de la norma) al mismo tiempo que se establecen en su cuerpo ciertas características que facilitan la utilización informática de la documentación e interpretación subsiguiente¹⁰².

Escapando a un discurso meramente teórico, la pregunta que cualquier concejal se plantea es por dónde empezar. Consideramos que es allí donde aparecen dos planos no menos importantes, a los cuales hemos de llamar de fondo o de hecho y de forma o redacción.

3.1. CUESTIÓN DE FONDO.

La primera tarea que debe evaluar un concejal al momento de avanzar en la redacción de un proyecto, es la identificación del objeto de su trabajo. Es decir la pregunta básica de ¿Qué es lo que quiero hacer?, ¿Cuál es la inquietud que voy a canalizar?, a ¿Qué apuntamos con la misma: se intenta legislar sobre una situación con vistas a afectar a un número amplio o a la totalidad de vecinos?; ¿Pretendemos que el HCD exprese una opinión o repudie una determinada situación que afecta a los convecinos?; o bien intentamos obtener respuestas de alguna entidad.

Ese análisis deberá determinar de acuerdo a la conceptualización que establece el artículo 77 de la LOM, qué tipo de proyecto es aquél que se va a elaborar.¹⁰³ Sin embargo, ese primer impulso o idea, necesariamente debe atravesar una serie de tamices que harán a la excelencia del proyecto. Se sabe que a no ser que alguien sea lo suficientemente torpe de

lanzarse al ruedo sin siquiera indagar previamente sobre cuestiones vinculadas a su proyecto, chequeará antes la razonabilidad del tema que plantea. Normalmente eso será hecho a través de un contacto con la comunidad o bien de una conversación con los compañeros de bloque, o con las bases. Sin embargo, tanto como no es probable que abunden situaciones de temeridad, tampoco es común que se extremen las precauciones al momento de avanzar sobre una temática. En la mayoría de los casos, no nos equivocaremos si decimos que el común de los concejales, no hacen sino aquél procedimiento informal denunciado.

Para remediar este primer análisis asistemático que se efectúa de la norma a presentar se ha desarrollado particularmente en la doctrina legislativa alemana, el mecanismo conocido como checklisten. Según mencionara Leiva Fernández,²⁰⁰ el concepto responde a un conjunto de directrices redactadas en forma de diccionario que deben tenerse presentes desde el comienzo de la redacción de un proyecto legislativo.¹⁰⁵ Es decir, a través de esta vía se crea una referencia que a modo de preguntas normalmente contestables con un simple Si o No, permiten saber que tan razonable y conveniente resulta el proyecto a sancionar.

El chequeo de razonabilidad del proyecto obliga en tanto incluye una serie de cuestiones referidas a su fundamentación y hechos que ameritan su sanción, al propio concejal presentante a ser exigente en cuanto a los elementos de la realidad de los que se nutre su proyecto y de los argumentos que suponen su defensa.

Se intenta obligar al autor de la norma y al HCD, a revisar el contenido y oportunidad de la norma, a fin de evitar que inadvertidamente se cometan yerros lamentables por sus diversos costos. Esto no evitará que normas superfluas o innecesarias sean dictadas, cuando esa es la voluntad política, pero si al menos servirá para que esa decisión quede más en relieve.

Llegado este punto podrá el lector preguntarse: (1) ¿Qué tipo de preguntas contiene una checklisten? Son ejemplos típicos cuestiones tales como: ¿Es necesario hacer algo? o ¿Cuáles son las causas del problema?;²⁰¹ (2) ¿En dónde debería estipularse un checklisten? Bueno al respecto consideramos que sería de enorme utilidad establecer en el reglamento interno del concejo deliberante local, la conveniencia de que cada concejal al momento de elaborar un proyecto contemple la revisión del mismo por esta vía. Asimismo, igual recomendación debería ser suministrada a la Secretaría del HCD y particularmente seguida como mecanismo adecuado en el seno de las comisiones que han de analizar profusamente el proyecto. Máxime cuando es en dicho medio, en el cual el concejal proponente posee mayores posibilidades de expresar sus puntos de vistas y razones que le motivaron a adentrarse en la temática en debate.

A nuestro criterio, repasando los diversos temas que hemos tratado hasta aquí, consideramos viable el establecimiento de una checklisten que plantee al menos los siguientes cuestionamientos:

1. ¿Cuál es el problema que se pretende atacar?
2. ¿Se cuenta con un diagnóstico científico del tema?
3. ¿Se ha constatado la situación denunciada?
4. ¿Hay algún aspecto que no se haya contemplado?
5. ¿Hay legislación sobre el tema?
6. ¿Qué dice?
7. ¿Es competencia municipal el tratamiento del tema?
8. ¿Es necesario dar alguna solución?
9. ¿Es necesario dar la solución en este momento?
10. ¿Se ha analizado o encuestado la reacción de la gente ante el problema?
11. ¿Se ha analizado o encuestado la reacción de las sociedades intermedias y corporaciones ante el problema, (sociedades de fomento, sociedades de comercio e industria, rural, etcétera)?

200 Leiva Fernández, Luis F, R, 'Checklisten': una técnica contra la inflación legislativa, Revista La Ley, Año LX N°234, 05 – XII - 1996.

12. ¿Se ha analizado si la reacción es positiva o negativa?
13. ¿En su caso cuál es esa alternativa y por qué se la ha descartado?
14. ¿Se ha previsto el impacto económico y social que causará el proyecto?
15. ¿Se ha estimado si la población afectada va a apoyar o no la aplicación de la norma?
16. ¿Se ha estimado la relación entre el costo y beneficio de la norma proyectada?
17. ¿Se puede legal y prácticamente exigir a la población el pago de esos costos?
19. ¿Se ha evaluado la posibilidad práctica de aplicación de la norma y su eventual cumplimiento?
20. ¿Se espera el acatamiento de la misma?
21. ¿Se espera que el Departamento ejecutivo y/o quién deba cumplirla la haga efectiva y colabore en su sanción?

3.2. EN LA FORMA

Establecida entonces, por medio del análisis de la cuestión de fondo, la necesidad de dictar una norma que ha de solucionar un problema, que la sociedad o un particular (recordar caso de la resolución) ve como tal; vista su compatibilidad con el ordenamiento jurídico existente (puntualmente en cuanto la nueva norma se encuentra dentro del campo de competencia del HCD, no es redundante, ni repite sobre cuestiones ya legisladas), es posible adentrarse en el segundo aspecto, es decir cómo debe redactarse y plasmarse el proyecto en concreto.

Debemos en este punto hacer una aclaración en el sentido de que la actividad del HCD supone en el trámite legislativo dos etapas claramente definidas. La primera, es la elaboración por parte de un concejal o de un bloque de un proyecto, lo que inicia una etapa pre-legislativa.

La segunda, consiste en el trámite y sanción del acto deliberativo en sí, el que asume en su concreción una forma física. Puntualmente es un texto escrito que sigue una serie de pasos y contempla determinados elementos.

Sobre estas temáticas en particular no son muchas las indicaciones que la LOM nos suministra y para ser más exactos, salvo honrosas excepciones, tampoco ayudan demasiado los reglamentos internos de los Municipios.

La LOM trata escuetamente este tema en el artículo 78, al establecer que las Ordenanzas y Decretos deberán ser concisos y preceptivos. Cuidadosamente la disposición mencionada ha apuntado los únicos consejos que se establecen acerca de la forma de redacción a estas dos formas de expresión del HCD, dejando fuera tanto a las comunicaciones como a las resoluciones. La LOM en esta norma está dirigida a aquellas dos situaciones en las que las resoluciones del Concejo producen efectos jurídicos sobre terceros y en los que por ende, es posible enfrentarse a conflictos en la aplicación y ejecución y eventualmente a interpretaciones por parte del Poder Judicial.

Sin embargo, pareciera que esa simple recomendación es insuficiente. Es que la obligatoriedad de que la norma sea clara y preceptiva es atribuido como una regla general a guardar, pero concretamente: ¿Qué significan y cuánto aportan a una buena técnica legislativa? Pues bien, debemos entender que la ordenanza es una ley en la esfera de jurisdicción territorial para la que se dicta.

La disposición tiene una vocación de aplicación a situaciones concretas, en las que eventualmente habrá de ser interpretada y hecha cumplimentar por un Juez. Por tal razón el citado artículo eleva dos aspectos a consideración. La norma debe ser clara en cuanto a las situaciones que intenta regular, a efectos de que lo sea para quién debe cumplirlas y quien debe aplicarlas y dado el carácter imperativo u ordenatorio de la ordenanza, debe ser preceptiva.

Ambos lineamientos parecen fáciles de ser cumplimentados. Sin embargo, hemos encontrado sin número de ordenanzas que carecen de tal forma, tornándolas más que dificultosa

en su aplicación. Textos como: «Si a criterio del Departamento Ejecutivo correspondiera» o «Se recomienda a ...» o «Se sugiere que en el futuro...» escapan concretamente a la idea de precepto.

Es indudable que en tales casos surgen dudas acerca del mandato que contiene la ordenanza.

En el caso particular de los decretos, toda vez que los mismos se asimilan a actos administrativos dictados por el Departamento Deliberativo, va de suyo que la necesidad de preceptividad se acentúa notablemente, razón por lo que la redacción debe ser precisa.

3.3. REDACCIÓN LEGISLATIVA

Establecidos los parámetros generales descritos precedentemente, pareciera que la norma así dictada satisface las exigencias legales; sin embargo, consideramos que para que ello ocurra, necesariamente deben ser cumplimentados otros aspectos tanto en la confección del Proyecto como así en la aprobación de la norma definitiva.

Lo primero que se debe dejar en claro en cuanto a la preparación de los proyectos, es que la exigencia de seguir ciertas pautas, en modo alguno constituye un límite a la libertad de redacción que el concejal tiene en cuanto a su iniciativa, sino de dotarlo al mismo de una serie de reglas que permita evitar inconvenientes, que poseen entre otros los defectos conocidos.

Tal obligatoriedad, en cuanto a que los proyectos que se presenten deben cumplir con ciertos recaudos, no existe en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello la pregunta, sería en qué medida es posible crearlo por vía de ordenanza municipal. Pareciera que si bien ella sería una vía posible, habida cuenta de que su incumplimiento debería necesariamente acarrear algún tipo de sanción, pareciera que la normatividad debiera ser provincial.

3.3.1. Estructura formal del proyecto que habrá de ser o no, Ordenanza.

Se recomienda que un proyecto de ley se integre de la siguiente manera:

- (1) Título,
- (2) Fórmula de pronunciación,
- (3) texto de los artículos,
- (4) subinscripciones y
- (5) anexos eventuales

En el caso de las Ordenanzas que se dictan en nuestros HCD, el esquema del proyecto que es presentado, responde en su plano físico del documento a los siguientes componentes: (1)

Un preámbulo, que contiene el visto y el/los considerando/s y (2) el articulado con eventuales anexos. El visto, apunta a indicar brevemente los antecedentes físicos y jurídicos de la norma y los considerandos, el mérito u oportunidad de la promulgación de la misma.¹⁰⁸

A fin de mejorar esta práctica y permitir la posibilidad de que las Ordenanzas y demás actos deliberativos puedan ser informatizados, es de conveniencia que cada uno de ellos contemplara los siguientes elementos constitutivos:

3.3.1.A. Título. El título de la ordenanza, es aquél conjunto de datos que permite la fácil ubicación de la misma por fecha, temática y elementos primordiales. Este dato es importante, por cuanto aún en aquellas municipalidades que han procedido a realizar informatizaciones parciales sistematizando la búsqueda de Ordenanzas, Comunicaciones, etc., nos encontramos con que normalmente queda en manos de la Secretaría y no de los Concejales el manejo de la denominación. A ello debemos agregar que este seguimiento informático es posterior a la sanción de la Ordenanza, por lo que se deja de lado el seguimiento en sí de los Proyectos.

El título debería contemplar los siguientes elementos: Fecha, número, tema y calificación del tipo de norma de que se trate (vgr. Ordenanza, Decreto, Comunicación o Declaración).

En cuanto a la temática del título, parece ser extraño, pero las discusiones que origina en

el derecho parlamentario son numerosas, en cuanto se emparenta con el debate acerca de la conservación o no de un título para el caso de que la Ordenanza se apruebe o no; así como, en la discusión en cuanto a cuál es el valor jurídico del título para el caso de que el documento legislativo sea aprobado. Por ser una cuestión demasiado complicada a efectos de ser tratada en este caso, la hemos de dejar para otra oportunidad, no sin antes expresar que a nuestro entender, el título no puede oponerse al contenido del proyecto, al que deberá darse siempre preeminencia. Sin embargo, el título será un elemento que contribuye a la interpretación del texto y esencialmente al ordenamiento de la labor parlamentaria.

Tratado ese tema, claro está que siempre podrá plantearse, cuántos problemas pueden originarse en los casos en que cada concejal autotitule su proyecto en forma igual, a pesar de tratarse de cuestiones diversas o bien de qué manera titular el tratamiento de un problema. Como ejemplo de lo que decimos podemos volver al caso que citábamos en nota anterior. El título podría ser tanto CAMBIO DE MANO, como CAMBIO DE REGULACIÓN, como ALTERACIÓN DE DOBLE CIRCULACIÓN, entre otros muchos posibles, asimismo podría ser indefinido el sector o calle al que se refiere incrementando la confusión.

Por ello, para que el título sea un factor de clarificación y no de confusión, es necesario establecer un sistema codificado por materias a efectos de proceder a titular correctamente cada ordenanza. Nuevamente como sugerencia, la respuesta sería que cada cambio de circulación de una vía, debe ser indicado como: CAMBIO DE CIRCULACIÓN, para a continuación indicar a qué calle o avenida se refiere.

Finalmente y como recomendación, surge que el título debe reunir los recaudos de ser: (1) completo, (2) conciso, (3) debe contener los elementos del articulado, (4) cuando modifica a otra ordenanza, debe reiterar su título -lo cual facilita en búsquedas posteriores saber a qué norma deroga o modifica-¹⁰⁹

3.3.1.B.Preámbulo. Tal como expusimos anteriormente en nuestro ordenamiento comunal, existe como praxis la tendencia a establecer en el proyecto una indicación de un visto y de un considerando.

El visto, es el relato de los antecedentes normativos y del contexto general en que se propone el proyecto. Desde un punto de vista informático, sirve innegablemente para establecer la vinculación de la norma que se dicte con otras disposiciones legislativas o reglamentarias. El considerando responde específicamente al establecimiento de las razones políticas y de oportunidad que justifican el proyecto. El considerando tiene numerosas funciones y efectos, por lo que es necesario extremar los cuidados en su redacción. En primer lugar, políticamente permite apreciar las razones habidas para proponer una determinada solución a un problema que allí mismo se describe; así como, para analizar muy especialmente la existencia de éste.

De sancionarse el proyecto, sirve al aplicar la norma para determinar la intención del legislador. El considerando sumado al debate en el HCD explicita las razones por las cuales se sanciona ese acto deliberativo y permite en caso de duda entender la verdadera intención perseguida. Asimismo, facilita el apreciar la oportunidad de su sanción, lo que necesariamente impacta sobre cualquier análisis jurídico ulterior que se haga de la norma.

Desde el punto de vista de su estructuración, compartimos las indicaciones de Pérez Bourbon²⁰² recomendando se siga un orden lógico que suponga las siguientes instancias:

- 1) Introducción: que establezca el límite del tema, metodología y objeto.
- 2) Desarrollo: que puede contener.
 - 2.1) Antecedentes del proyecto, incluyendo precedentes legales (normas que constituyen los antecedentes del proyecto) y fuentes formales utilizadas como la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre.
 - 2.2) Motivación político-social: Es la indicación de los motivos tenidos en vista por el legislador en los ordenes económicos, sociales y políticos para resolver como lo hace.
 - 2.3) Viabilidad científico-técnica: Parte del análisis que se debe facilitar tanto a quién habrá de considerar el proyecto como al vecino, para el caso de sancionarse la ordenanza, es

tener en claro que la ley es técnicamente factible.

2.4) Adecuación Jurídica del proyecto: Hemos expresado que debe el legislador determinar en primer lugar su competencia, ello supone advertir que se cumple con el texto constitucional y con las normas de otros órdenes normativos.

2.5) Análisis y glosa del proyecto: Es de importancia, describir una vez volcadas los precedentes, razones y viabilidad del proyecto, los distintos aspectos del mismo y la regulación que se pretende en el articulado. 3) Conclusión: Síntesis de los distintos conceptos volcados a lo largo de la fundamentación.

4) Cierre protocolar: Es el que usualmente se expresa de la siguiente forma: «...Por estas consideraciones, elevo al HCD para su sanción, el siguiente Proyecto:

PROYECTO DE ORDENANZA.

3.3.1.C. El articulado. Ahora bien, anunciados los antecedentes, las razones y los méritos que justificarían el Proyecto, éste remata con su parte dispositiva, es decir con su articulado.

En el articulado existen dos cuestiones a tener en cuenta; primero, ¿Cómo habremos de ordenar el material normativo? Y segundo, ¿Cómo deberá ser redactado el mismo?

Respecto de la primera cuestión, es conveniente seguir el siguiente orden lógico:

Disposiciones preliminares.

Ellas incluyen el ámbito de aplicación material, el objeto de la ley, el ámbito de aplicación territorial, el ámbito de aplicación personal, los sujetos de la ley, el ámbito de aplicación temporal y las disposiciones sobre vigencia de la ley.

Definiciones.

Las definiciones como principio serán solamente necesarias en aquellos casos en los que el lenguaje de la norma sea muy técnico o se aparte del común, en cuyo caso facilita el entendimiento que se indique en el mismo texto el significado que tendrá cada palabra.

Disposiciones generales.

Disposiciones especiales.

Disposiciones orgánicas.

Debe establecerse en el caso de una ley que prevea órganos de aplicación, quiénes serán los encargados de hacer valer la misma y de llevarla adelante.

Disposiciones procedimentales.

Siendo el procedimiento una concatenación de actos, debe indicárselos de manera precisa y cronológica, de manera tal de hacer fácil su entendimiento.

Disposiciones sancionatorias.

Disposiciones finales.

Estas últimas deben especificar concretamente qué normas son afectadas por la disposición normativa y/o resultan en su caso derogadas expresamente.

Respecto de la estructuración del material, continuamos a Pagano, y compartimos que los elementos que pueden ser analizados en relación al articulado son los siguientes:

201 Casáis, Miguel Martín, «Las técnicas de las checklisten» en «Curso de Técnica Legislativa», Grupo de Estudios de Técnica Legislativa», Serie de Técnica Legislativa I. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.255; citado en Leiva Fernández, Luis F.P., Obra citada.

202 Pérez Bourbon, Héctor, Técnica Legislativa y política legislativa, en: De Lucía, Daniel César y otros: «Primeras Jornadas de Perfeccionamiento y Actualización Parlamentaria. Mendoza. 1990», Centro de Capacitación Superior de la Legislatura de la Provincia de Mendoza, Mendoza, 1990, P. 37.

A. Contenido y dimensión del articulado: el primer aspecto, es qué justifica que el texto sea dividido en artículos y en su caso cuál es la extensión adecuada que debe tener cada artículo. A nuestro entender es claro que la divisoria del articulado está dada por la necesidad de tratar cada uno de los temas en forma de unidad independiente, permitiendo de esa forma que cada aspecto de la norma quede completamente definido.

En consecuencia, no existe en principio un tamaño que podamos considerar «ideal o adecuado», será en cada caso, el que corresponda la regla de unidad que hemos enunciado. Sin perjuicio de ello, debe recomendarse que en la medida de lo posible, el artículo sea breve y conciso.

B. Título: El segundo aspecto, es si cada uno de los artículos debe contener una breve enunciación de su contenido. La tendencia predominante que he observado en los proyectos y sanciones legislativas de nuestros HCD es la de no imponer títulos a los artículos, sin embargo a nuestro criterio es de conveniencia así hacerlo, en la medida en que ello facilitaría la búsqueda, interpretación y lectura del texto.

C. Numeración y Subdivisión: con respecto al primero de los temas, pareciera que no existe en nuestro ordenamiento mayores dificultades, en cuanto a que la numeración de los artículos se efectúa en forma correlativa y siguiendo el sistema arábigo, contando a partir del uno. Con respecto a la subdivisión de la norma, es de conveniencia usar incisos.

Ahora bien, la pregunta es cuándo utilizar el inciso y no el cambio de artículo. A nuestro entender, constituye inciso de un artículo, toda especificación o ejemplificación o descripción de una situación dada que guarda vinculación temática con el contenido del artículo. Así por ejemplo si el artículo dice: «Quedan excepcionados del alcance de esta Ordenanza las siguientes personas», constituye la necesidad de indicar por vía de inciso quienes quedan excluidos de la aplicación de la norma, así podría continuar diciendo:

«1) Jubilados y Pensionados que perciban el mínimo jubilatorio; 2) Discapacitados; 3) Ex combatientes de la Guerra de Malvinas y Atlántico Sur»

D. Anexos.

Aspecto de los anexos, deben señalarse en la norma si ellos forman o no parte de la ley.

Una vez redactada la norma Martino, también propone una interesante check list en que nos parece apropiada mencionar:

1. ¿Es el texto claro?
2. ¿Se respeta el orden lógico de las disposiciones?
3. ¿Son adecuadas las reglas de partición interna del material?
4. El lenguaje es adecuado: ¿Las definiciones son coherentes en toda la ley? Si es una modificación, ¿Se sigue el lenguaje de la norma modificada?
- ¿Resultan claramente identificados los destinatarios de la norma?
5. ¿Se han evitado reenvíos a normas no identificables?
6. ¿Se ha establecido claramente la regla principal y las excepciones?
7. ¿Se ha contemplado la legislación vigente y en su caso derogado expresamente las normas contradictorias?

3.3.2. Lenguaje.

Finalmente sin introducirnos demasiado en la cuestión lingüística, por cuanto ella misma sería posible de llevar todo un libro dedicado al tema, acompañamos algunas breves sugerencias que plantea Pérez Bourbon.²⁰³

Respecto de las reglas de redacción:

Términos

Emplear la palabra exacta.

El mismo concepto debe expresarse siempre con el mismo término o giro. No usar sinónimos. Si se usa un término en un sentido que no es el habitual se lo debe definir, aunque es recomendable no alejarse demasiado del sentido habitual.

Evitar sustituir los sustantivos por pronombres.

En un texto legal reglamentario, la terminología no debe apartarse de la empleada en el texto legal de base.

Las modificaciones introducidas a una ley deben respetar su redacción, estilo y terminología. language: ción, estilo y terminología.

Evitar el uso de términos extranjeros salvo cuando posean un significado técnico o sean de uso corriente y no tengan traducción.

No utilizar abreviaturas, salvo «Art.», «CN» (Constitución Nacional), y la denominación de los Códigos (ej.: «CC» por Código Civil).

Al referirse a organismos oficiales, reparticiones, entidades, etc., citar la primera vez su nombre oficial completo y la sigla entre paréntesis. En artículos posteriores referirse a ellos sólo con su sigla.

Evitar el uso de arcaísmos.

Formas verbales

La norma debe estar relacionada con el tiempo en que se la lee y aplica, no con el que se la elabora y dicta.

Preferir el modo indicativo al modo subjuntivo.

Preferir el presente al futuro.

Emplear el futuro sólo cuando es irremplazable por el presente.

Emplear el pretérito sólo cuando se trata de actos anteriores a la ley.

Utilizar el gerundio sólo para enunciar una acción simultánea anterior a la del verbo principal.

Sustituir el futuro imperfecto de subjuntivo por el presente de indicativo o subjuntivo (por ejemplo, en lugar de «dispusiere» -futuro imperfecto de subjuntivo- se escribirá «dispone» -presente de indicativo- o «disponga» -presente de subjuntivo-).

Sustituir el futuro perfecto de subjuntivo por el pretérito perfecto de indicativo o el pretérito perfecto de subjuntivo (por ejemplo, en lugar de «hubiere presentado en término» -futuro perfecto de subjuntivo-, se escribirá «ha presentado en término» -pretérito perfecto de indicativo- o «haya presentado en término» -pretérito perfecto de subjuntivo-).

4. EL EXPEDIENTE

La tramitación del expediente físico del proyecto que podrá o no finalmente ser sancionado, se vincula con: (1) La organización administrativa del HCD; (2) La propia aprobación del Proyecto y (3) La difusión de los actos de gobierno y el acceso de la prensa a los mismos.

4.1. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y FORMA FÍSICA DEL EXPEDIENTE.

Partimos de una base, todo proyecto deliberativo se instrumenta por escrito. De tal manera, no caben dudas de que la presentación de cualquier proyecto debe concretarse por esa vía de expresión.

Aún en el caso de que la propia iniciativa sea volcada en forma oral (lo que ocurre con carácter excepcional) durante las sesiones, el mismo proyecto, que eventualmente sea aprobado sobre tablas será registrado en actas, como su aprobación. Dicho sea de paso, la presentación normalmente será exigida igualmente por escrito y su lectura es lo que se registra. Curiosamente, sin embargo, la Ley Orgánica Municipal, guarda completo silencio. En ningún artículo de la misma se observa prescripción alguna más allá de la citada (la ordenanza será concreta y preceptiva) que indique la necesidad de que el Proyecto sea presentado por escrito.

¿Cómo responder a tal ausencia de consideración expresa al respecto?. Indudablemente, la primera respuesta, es que frente a la ausencia de cualquier otra regulación al respecto, entiéndase por tal Ordenanzas Locales normalmente expresado por vía del Reglamento Orgánico, debemos llegar a la conclusión de que la eventual costumbre administrativa (acordándole

a la misma ciertos efectos jurídicos supletorios) podría cumplir similares efectos, no cabría exigirse trámite específico, ni exigencia de redacción alguna.

Ahora bien esto impone dos campos de análisis. (1) ¿cuál es la realidad actual de cada uno de los Municipios? Y (2) ¿cómo suplir las eventuales omisiones que pudieran surgir de esta indagación previa?

Es probable entonces, que cada uno de los Reglamentos del Cuerpo, prevea formalidades determinadas a cumplir, en cuanto a las características físicas en que debe ser presentado el Proyecto. Nos referimos concretamente a que el mismo se encuentre redactado en idioma nacional, en papel, mecanografiado, en Tinta azul y/o negra y firmado por sus autores. No son pocos los HCD que en la realidad prescinden de estos requisitos o no le acuerdan importancia, dando tramitaciones inclusive a Proyectos que se anuncian como pertenecientes a un Bloque Político, pero que ha sido omitida cualquier firma en el mismo.²⁰⁴

Sin embargo, para el caso de que esos recaudos no fueran expresamente determinados por norma interna alguna, consideramos que varios cuerpos normativos acuerdan excelentes reglas a seguir. Ellos son el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Ley de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Buenos Aires, (L. 7716) y la Ordenanza General ¹⁶⁷, referida al procedimiento administrativo Municipal. Tal vez por su proximidad a la cuestión sean estas últimas dos la que prevé normas más adecuadas al respecto. Dicho sea de paso la problemática aquí ensayada entronca con la discusión que hemos reflejado en cuanto a la ausencia de una divisoria estricta de poderes a nivel municipal, y la posibilidad cierta de parte del Departamento Deliberativo de pronunciar actos administrativos.

A efectos de ilustrar sobre la posible alternativa, recordamos que la citada ley 7647 estipula con respecto a los expedientes administrativos la necesidad de cumplimentar un orden estipulado en la redacción, numeración de las fojas, anexos, entre otras, a las cuales nos remitimos brevemente.²⁰⁵

4.2. APROBACIÓN DEL PROYECTO

Hemos expuesto que cualquier Proyecto presentado al HCD supone necesariamente una tramitación parlamentaria regulada en algunos aspectos por la propia Ley Orgánica Municipal y supletoriamente por los Reglamentos Internos de cada Concejo Deliberante. Cada uno de los actos que se cumplimentan en ese proceso, siguiendo los procedimientos preestablecidos citados, debe quedar necesariamente registrados en un soporte, que por ahora es papel - actas exigidas por ley-, como así magnéticos (lo que podrá acentuarse en el futuro de aceptarse la posibilidad de registraciones informáticas). Es por ello que estas registraciones y el consecuente orden que debe ser rigurosamente seguido concluyen en un acto deliberativo.

La pregunta sin embargo, que uno se plantea, es cuales de los actos cumplimentados durante la tramitación del proyecto deben quedar registrados en el mismo. Este punto es sumamente interesante por lo siguiente: consideramos que muchos de los procedimientos y actividades cumplimentadas previas a la aprobación de un acto deliberativo, normalmente no quedan registradas en ningún lugar. Ello atenta contra tres intereses: (a) contra el de los propios Concejales, cuya actividad, muchas veces complicada, asidua, exigida, no se ve cabalmente reflejada, (b) Contra el de los futuros intérpretes y aplicadores de la norma sancionada que se ven privados de conocer la verdadera intención perseguida por el legislador comunal al momento de sancionar por ejemplo una Ordenanza y (c) Por el propio destinatario de la norma, que no puede evaluar la actividad cumplimentada por sus representantes ni analizar eventualmente sus trabajos y el por qué objetivo de sus resoluciones.

Decimos esto por cuanto es común que el expediente que se forma con la presentación de un Proyecto de Expresión Deliberativa, reúna en el mismo: (1) La presentación Original y sus eventuales anexos, (2) El despacho de comisión y (3) Cierra con el Acta de aprobación, en las cuales muchas veces no se discuten los argumentos dado que cuentan con un escueto parte de comisión al que se produce la remisión.

Fuera completamente del expediente y de cualquier registración, quedan entre otros:

- (a) Los informes que se solicitan y obtienen, previamente y durante las reuniones de comisión,
- (b) Las concurrencias y presentaciones orales y escritas de funcionarios, particulares, vecinos y empresarios que se hacen frente a las comisiones,
- (c) Los debates internos de las comisiones y (d) Las posiciones sostenidas por los integrantes de la comisión, las que pueden culminar con despachos unánimes inclusive fundados en razones diferentes.

Son muy contados los casos, en los cuales queda registración de material de tamaño importancia. No caben dudas de que no pretendemos se tome versión taquigráfica de estos eventos, por cuanto elementales razones de índole económica no lo permitirían; pero sería exigible al menos tomar los siguientes recaudos: (a) Solicitar los informes por escrito y glosar dichas piezas al expediente en trámite y (b) extender el texto de los despachos de comisión a efectos, de que éstos no sólo expresen la aprobación o no de un texto legislativo determinado, sino que también expresen los fundamentos y el mérito y oportunidad que los justifican. Estos simples recaudos servirán para que la registración del expediente responda más fidedignamente a la labor parlamentaria desarrollada, a la preocupación efectiva de los concejales, a la ponderación acabada de los elementos objetivos obrantes y al interés y respeto por los vecinos representados.

El tercer aspecto de esta problemática lo constituye la difusión de los expedientes y de su contenido. Esta cuestión no deja de presentar pocas rispideces; es más ha acaecido que un concejo deliberante se impidiera dar a conocer los proyectos hasta que no fuera tratados en las comisiones.

Es común que los concejales obtengan copias de los proyectos ingresados para su consideración y análisis y los expongan libremente al público a través de la prensa. Ello plantea dos haces de discusión: (a) ¿Es legítimo o correcto que ello así se haga? Y (b) ¿Tiene la propia ciudadanía o la prensa misma el derecho de solicitarlos?

Ambas preguntas parten de un mismo eje, es la cuestión de si los expedientes que tramitan por ante el HCD tienen carácter público, de manera tal de que cualquiera puede acceder libremente a ellos ó si ellos tienen carácter privado.

Es indudable que la respuesta está orientada en el primer sentido, es decir el expediente excepto disposición expresa en contrario (supongamos que existan razones críticas o de

204 Este dato puede resultar insólito, pero me ha correspondido verlo en mi propia labor deliberativa en más de una ocasión. En más de una de ellas, la corrección se hizo varios días después de presentado el Proyecto por mesa de entrada y a indicación y/u observación del Bloque contrario y/o Secretaria recién se procedió a su subsanación. Como dato adicional, en numerosas charlas me han comentado el cansancio que tenían los mismos periodistas al leer que se presentaban como suscritos por varios concejales, lo que siempre aparecía firmado por uno sólo de ellos.

205 El Decreto Ley 7647/70, estipula en el Capítulo VIII, Ordenamiento de los Expedientes: «Art.40: El número con que se inicia un expediente será conservado a través de las actuaciones sucesivas, cualesquiera sean los organismos que intervengan en su trámite. Queda prohibido el asentar en el expediente ningún otro número o sistema de identificación que no sea el asignado por el organismo iniciador del expediente. Art.41: Los expedientes serán compaginados en cuerpos que no excedan de doscientas fojas, salvo los casos en que tal límite obligara a dividir escritos o documentación que constituya un solo texto. Art.42: Todas las actuaciones deberán foliarse por orden correlativo incluso cuando se integren con más de un cuerpo del expediente. Las copias de notas, informes, o disposiciones que se agreguen a un expediente juntamente con su original, se foliarán por orden correlativo, dejándose constancia en cada una de ellas del número de copia que corresponde. Art.43: Cuando los expedientes vayan acompañados de antecedentes que por su volumen no puedan ser incorporados, se confeccionarán anexos. Art.44: Cuando se reciba en Mesa de Entradas un escrito que se refiera a un expediente en trámite en dependencias internas, debe registrarse como 'Alcance'. Art.45: Toda acumulación de expedientes o alcances importa la incorporación a otro expediente. La reglamentación fijará el procedimiento de foliación en esos casos. Los expedientes que se solicitan al solo efecto informativo deberán acumularse sin incorporar. Art.46: Todo desglose se hará bajo constancia. Art.47: Cuando se inicien expedientes y trámites internos con fojas desglosadas, éstas serán precedidas de una constancia con la mención de las actuaciones del cual proceden, de la cantidad de fojas con que se inicia el nuevo y las razones que haya habido para hacerlo.

seguridad, que a nuestro entender deberían ser aquellas mismas que autorizan a celebrar sesiones secretas) es público y por ende su difusión debe garantizarse. En nuestro criterio, vamos un poco más allá y consideramos que es absoluta y completamente imprescindible que ello así se instrumente por cuanto se asegura una participación más amplia y concreta del vecino, soberano y destinatario primero y último de todo acto de sus administrados.

5. El cierre formal y el Libro de Actas

Tal como hemos expresado «ut supra» el trámite del expediente tiene su cierre formal en la sesión en la que el proyecto en él instrumentado, es aprobado o rechazado, es decir en la sesión respectiva. Por ello tanto la LOM como esencialmente los propios reglamentos internos han dotado al mismo de ciertos recaudos que deben ser cumplimentados inexorablemente, disponiendo asimismo que el mayor peso por ello recaiga sobre el Secretario del cuerpo.²⁰⁶

CAPITULO VI

REGLAMENTOS ORGÁNICOS. DELIBERACIONES Y NEGOCIACIONES POLÍTICAS

El artículo 75 de la LOM, le permite a cada HCD dictar su propio reglamento interno, el que establecerá: «el orden de las sesiones y trabajo, el servicio de las comisiones, las atribuciones de los presidentes y las disposiciones concernientes al régimen de oficina.»

Hasta aquí hemos tratado multiplicidad de aspectos vinculados a la función del concejal, sin embargo, no nos hemos adentrado aún en la actividad propiamente deliberativa y en los particulares momentos en que el Concejal, enfrenta el debate tanto en las comisiones, como en el mágico instante de ingresar al salón de Sesiones. Solamente aquellos que han cumplido y/o cumplen estas labores, conocen del momento de tensión, de búsqueda del argumento adecuado, de excitación por exponer y derrotar en el campo de discusión al adversario político.

1. El Debate

La LOM no define los aspectos esenciales del debate, dejando en manos del HCD de cada Municipio, el establecimiento de los lineamientos que habrán de seguirse en la discusión de los proyectos. Tal ausencia ha sido cubierta por unanimidad con un sistema de exposición que elude la confrontación directa entre los concejales, ya que éstos actúan dirigiéndose exclusivamente al Presidente del Cuerpo no pudiendo intercambiar palabras o discusiones directas con el resto de los integrantes del HCD. Ello que es dado como un hecho inamovible, curiosamente, reiteramos no posee su sustento en la LOM sino en los reglamentos.

2. Comisiones

De acuerdo al mencionado artículo 75 de la ley de Municipalidades, cada misión está designada por el término de un año, renovándose al comenzar cada año legislativo. Nada más señala la LOM sobre el particular, que el concejal una vez puesto en funciones toma conocimiento de que este mundo que en términos generales permanece oculto para el común de la gente, es en realidad uno de los aspectos esenciales para el cumplimiento de las funciones para las que ha sido electo. En efecto, no hay posibilidad excepto contadas ocasiones previstas en la reglamentación local, de poder aprobar proyectos, sino cuentan con el previo dictamen o despacho de la comisión respectiva, que es la que elabora con mayor detalle y piensa las soluciones que se proponen en cada caso.

Por ello y aún cuando para la mayoría de los vecinos el trabajo de comisión resulta poco más que desconocido, para el concejal y sobre todo para aquellos que se encuentran en minoría, es el ámbito más propicio para obtener respaldo a sus proyectos, ya que es más fácil procurar consensos en un ámbito reducido en cuanto al número de personas participantes, y más conocedoras del tema en cuestión, que hacerlo propiamente en el ámbito del debate parlamentario propiamente dicho.

2. 1. ¿CÓMO CONDUCIRSE DURANTE LAS REUNIONES DE COMISIÓN?

Para quién observa desde fuera la labor de los cuerpos legislativos y en particular de los Concejos Deliberantes, es dificultoso entender, el por qué de la ausencia de muchos debates en el ámbito del recinto. Es cierto, que normalmente las sesiones se limitan a la lectura de un escueto «despacho» producido en comisión, al que brevemente le siguen comentarios sobre la razón del apoyo o no a determinada medida, y luego con inmediatez se somete a votación; precisamente lo que no observa el común de la gente, es la labor que se desarrolló durante la semana, de discusión y consenso entre los integrantes de la comisión, quienes a su vez con seguridad habrán consultado durante el curso de la semana con los bloques políticos respectivos.

Ahora bien, hemos señalado precedentemente que el trabajo en las reuniones de comisión es esencial para la propia suerte de un proyecto, por lo que surge necesariamente la pregunta de como es conveniente conducirse en el ámbito del trabajo de comisión. ¿Es adecuado revelar la totalidad de nuestra posición, en busca de franqueza y en su consecuencia alertar al otro partido de los argumentos que luego serán volcados en la sesión propiamente dicha?

¿Si no se exponen esos argumentos, podrá arribarse a un acuerdo?. Indudablemente, la cuestión ofrece numerosos ribetes. Vamos a pormenorizar algunos de ellos. En virtud de las enseñanzas que en materia de negociación nos ha dejado Fisher y Ury.²⁰⁷ Claro está que como también señalan estos autores en su clásica obra «Obteniendo Si», es muy distinta la manera en que se conducen los distintos negociadores frente a una situación concreta en tal sentido. En efecto, la postura de negociación podrá ser blanda -transigente, reflexivo- o dura -intransigente-, entre otras técnicas posibles. El fenómeno sin embargo muestra que puestos enfrente dos posturas duras, es imposible llegar a cualquier acuerdo; de igual forma una postura dura y una blanda, podrá permitir arribar a un acuerdo, el que será completamente insatisfactorio para una de las partes, lo que a la larga llevará a la sensación de derrota y de fracaso para futuras oportunidades. Dos posturas blandas por el contrario, y que tiendan a llegar a un entendimiento pueden brindar claves ciertas para avanzar.

Claro está que frente a esta situación concreta, la pregunta es cómo quebrar la resistencia que puede generar un negociador duro o cómo llegar a una discusión racional. A tal efecto la respuesta está en procurar llevar a la otra parte, a la discusión de las bases objetivas, de los datos y razones que realmente justifican la postura asumida. En otras palabras, es procurar cambiar el concepto de «esto es así, porque yo creo que es así», a una posición en la que se brinden datos y razones por las cuales esa es la conclusión a la que se arriba.

2.2. Relevamiento de Datos y Acceso a la Totalidad de la Información Entre otras atribuciones que reconoce la ley orgánica municipal y la mayoría de los reglamentos consultados, se encuentra la de requerir informes puntuales al Departamento Ejecutivo y la obligación consecuente de este de suministrarlos (art.107, inc.7° LOM). Sin embargo, qué ocurre cuando de una u otra manera sistemáticamente tal posibilidad es bloqueada, o se posee la sospecha de que no se está brindando colaboración efectiva. En estos casos es indudable, que más allá de las eventuales acciones que puedan promoverse para modificar esa situación objetiva de falta de colaboración, el otro resultado que se produce es en la propia negociación. Ello así por cuanto uno está funcionando sin conocer a pleno la realidad, y sin saber en muchos casos, exactamente cual es el punto de resistencia de la misma.

Los concejos Deliberantes, pecan en los reglamentos orgánicos consultados, de serias deficiencias en cuanto a la consignación de un claro deber de buena fe, en las discusiones de comisión. Entre estos deberes, que la legislación comparada expresamente establece por ejemplo en la necesidad del «full disclosure» u obligación formal de suministrar a la otra parte la totalidad de la información de la que se dispone, para impedir artimañas engañosas que induciendo a la contraparte al error, produzcan como resultado un perjuicio concreto en el rival político. En este sentido entendemos necesario establecer modificatorias en los Reglamentos Internos de manera tal de eliminar posibilidades de ocultar datos, principalmente a las minorías.

207 Usamos en este párrafo la palabra «negociación», porque desprovista de cualquier giro peyorativo, es exactamente este el fenómeno que se produce en el ámbito de la comisión. Y no debe asustar que así ocurra por cuanto es uno de los mecanismos adecuados para intentar conseguir un consenso que facilite la labor parlamentaria. Claro está que el término negociación está referido a procurar consensuar posiciones e intereses buscando respuestas mutuamente beneficiosas a las posiciones de las partes, y ello en modo alguno supone la tutela de intereses personales, sino de los partidos políticos a los cuales se pertenece en tanto vehiculizadores de votantes locales.

2.3. Efectos de la Ausencia a las Reuniones de Comisión

Pero si tal como hemos expuesto, la labor parlamentaria esencial del Concejal, es llevada adelante en el ámbito de la comisión, puede resultar complicado el entender, por qué específicamente la ley Orgánica no estableció sanciones para la ausencia a las mismas, pero si las previo para el caso de falta de concurrencia a las Sesiones en sí. Tal deficiencia, está cubierta por la mayor parte de los Honorable Concejo Deliberante a través de los reglamentos internos. La pregunta es hasta que punto pueden llegar los mismos. Pues bien, siendo que la Ley Orgánica Municipal no establece definiciones precisas respecto a qué considera faltas graves al momento de disponer suspensiones, dicho hueco legal entendemos puede ser cubierto, siempre sobre bases de racionalidad, por el propio cuerpo, el que puede estipular qué conductas entiende merecen el reproche mencionado.²⁰⁸

2.4. TIPOS DE COMISIONES

Tradicionalmente los Concejos Deliberantes, prevén en sus reglamentos internos, distintos tipos de comisión que responden al delineamiento de áreas de actuación. Sin perjuicio de ello, no nos equivocamos al afirmar que la mayoría de los HCD hacen hincapié aún con diversos nombres en comisiones de «Legislación e interpretación», de «salud», de «ecología» de «Seguridad» de «Obras y Servicios Públicos», de Tránsito y «comisiones de seguimiento especiales».

La pregunta que puede surgir es si hay un número mínimo de comisiones o de áreas de actuación de dichas comisiones y cuando es necesario crear una nueva. Con respecto a la primera cuestión, es claro que la Ley Orgánica Municipal no establece un número dado de comisiones, es más que en virtud del artículo 75 LOM, lo único que fija es la competencia del cuerpo para determinar las mismas y si actúa por intermedio de ellas en el proceso deliberativo previo a las sesiones. De ello se desprende que las comisiones son libremente determinadas por cada HCD y que no existe siquiera obligación legal de su existencia».²⁰⁹

El segundo punto ingresa en consecuencia dentro de las posibilidades, imaginación y necesidades de cada Cuerpo y se refiere puntualmente a las comisiones necesarias en cada caso. Es así que sus características estarán orientadas por la realidad de cada comuna. Por cierto, gozará de plena vigencia una comisión destinada a uso de recursos hídricos en municipios con problemas de agua, o una comisión de seguridad en áreas del Gran Buenos Aires azotadas por la delincuencia. El tercer aspecto se resuelve de la siguiente manera: la creación de una nueva comisión debe responder a nuestro entender al incremento en una determinada problemática que por su constancia y cantidad de situaciones ciudadanas vinculadas a la misma requieran una solución especial. Ejemplo de ello a nuestro entender es la aparición de comisiones de ecología.

²⁰⁸Así por ejemplo dispone el Reglamento Interno del H.C.D. de Junín, en su artículo 10° dispone que: «Por cada ausencia sin aviso a las sesiones del Cuerpo se aplicará a los Concejales un descuento equivalente a la tercera parte de su compensación mensual. Por cada dos ausencias con aviso se procederá a efectúa el mismo descuento. Idéntico criterio se aplicará con respecto a las reuniones de Comisión...».Expediente 2113-652/96 (Artículos 75 y 88) Con relación al tema en consulta debe partirse del principio contenido en la Ley Orgánica de las Municipalidades, que faculta a los Departamentos Deliberativos de las Comunas a determinar las condiciones a las que deberá ajustarse su propio desempeño (art. 75 del Decreto- Ley 6769/58). Si bien este artículo de la L.O.M establece imperativamente que el reglamento interno que dictará cada Concejo abarcan todo lo referente al orden de las sesiones y trabajo, servicios de las comisiones, etc., nade obsta -por cuanto significa el ejercicio de atribuciones propias del cuerpo- que se procede a normalizar todos los aspectos vinculados con el régimen de licencias que podrán otorgarse a los Concejales. En este orden de ideas, resulta razonable que se establezcan por medio del Concejo, los lineamientos generales a los que se estime ajustar el régimen de licencias, derecho éste último que se encuentra consagrado e cabeza de sus miembros, tal como lo dispone el artículo 88 del Decreto-Ley 6769/58. Parece entonces adecuado en esta circunstancia, regular a través de una ordenanza todo cuanto se vincule a los períodos el los cuales no medie prestación de servicios por motivos de enfermedad o por cualquier otra causa que se estime ponderar, con el alcance de determinar un número cierto de días que guarden relación con cada uno de los supuestos en que se considere procedente conceder licencia. Asimismo, deberán evaluarse los casos que justifiquen el otorgamiento de licencias con goce íntegro de haberes, diferenciándolos de aquellos en que no se conceda ese beneficio o se lo acuerde

3.Ordenamiento en el tratamiento de los proyectos

3. 1. IMPULSO

Una de las cuestiones que en más de una ocasión se me ha ocurrido, es sobre el impulso de las actuaciones previas que conducen a la sanción de un acto deliberativo. El planteo puede resultar innecesario, pero yendo a la realidad, la pregunta es: ¿es una cuestión tan ingenua?

La respuesta a nuestro entender es negativa. ¿Por qué? Pues bien, porque no resulta extraño a nadie que haya cumplimentado labores como concejal de la oposición, la tendencia de la mayoría de obviar en la medida de lo posible el tratamiento no sólo de los proyectos presentados por la minoría, sino de toda otra cuestión que presentada por terceros pueda resultar urticante. Y sobre este tema no se encuentra una regulación específica en el ámbito de la ley Orgánica Municipal. Nótese por ejemplo que a diferencia de ello, para la órbita del Poder Judicial, establece el artículo 34 inciso 2) (deberes de los Jueces) del Código de Procedimientos Civil y Comercial que los expedientes deben ser tratados en el orden en que ellos han quedado sujetos a la adopción de decisión.

¿Cómo actuar en tales supuestos y de quién es la eventual responsabilidad? En principio será cada reglamento interno el que fijará la obligación de impulso, el que normalmente recae en el presidente de cada una de las comisiones. Qué hacer sin embargo cuando el mismo es reacio a tratar un tema. Desde un punto de vista estrictamente legal, pareciera que la cuestión puede ser llevada ante la Presidencia del Concejo a efectos de que ésta aplique sanciones a quién niega el tratamiento. Sin embargo, en la práctica ello no ocurre, a lo que se plantean además reparos de índole político, razón por la que pareciera que uno de los mecanismos más efectivos para obtener respuesta, no es de índole legal, sino extra jurídico y consiste básicamente en plantear el asunto ante la prensa. Desde el punto de vista jurídico, la respuesta es complicada. De acuerdo a los fallos escasos que ha dictado la Excm. Suprema Corte de Justicia, pareciera que bajo el marco de las últimas leyes pronunciadas al respecto sería imposible hacerlo por medio del mecanismo del conflicto de poderes, por cuanto el mismo ha quedado reducido a casos puntuales en las que se impide, suspende o expulsa a un concejal. Podríamos sin embargo, agotados los reclamos dentro de los procedimientos establecidos en el propio marco normativo local, acudir a la Justicia ordinaria, frente al incumplimiento del orden jurídico imperante.

3.2. DESPACHOS DE COMISIÓN

La tarea que tienen a su cargo las diversas comisiones constituidas en el seno del HCD, es la de discutir y finalmente lograr que los proyectos que son tratados en ellas, sean elevados a su tratamiento en pleno con un dictamen previo.

Ese dictamen es un anticipo de la existencia o no de consenso entre las distintas agrupaciones políticas que integran esas comisiones.

Ahora bien, el dictamen y su elaboración están encomendados a la Comisión. Normalmente en los HCD no existen reglas específicas a ser seguidas, aunque la tradición ha originado redacciones diversas que son seguidas sin revisión durante décadas.

parcialmente, determinándose además la existencia temporal de las mismas. En síntesis y a modo de conclusión, se estima conveniente que el Concejo Deliberante en uso de atribuciones propias (artículos 75, 88 y conc. Del Decreto-Ley N° 6769/58), normatice el régimen de licencias de sus miembros, pudiendo acudir al efecto los criterios vigentes en la materia, contenidos en las normas estatutarias –tanto provinciales como municipales– sin perjuicio, claro está, de adecuarlos a la naturaleza particular de las funciones desempeñadas por los señores Concejales.

209 Entendemos que en torno a este punto puede originarse alguna discusión, por cuanto si bien la LOM no establece número mínimos de comisiones, ni materias sobre las que deben constituirse, el art.29 LOM, en su inciso 1° dice con relación a las ordenanzas impositivas, que el proyecto «...será girado a la comisión correspondiente del cuerpo». La otra interpretación posible, es que el propio cuerpo puede constituirse en «comisión» y dar despacho como tal.

En términos generales y siguiendo los lineamientos contenidos en cuerpos legislativos más complejos, como las legislaturas provinciales y nacionales, se establecen como aspectos a considerar:

a. Encabezamiento.

Introduce al proyecto que ha sido considerado por la Comisión y aconseja al HCD su aprobación.

Se debe transcribir aquí la carátula del expediente, indicando su número, letra y año, tipo de proyecto, autor y el tema sobre el que trata. Asimismo debe quedar en claro cuál es la Comisión de la que emana el dictamen.

b. Disposición.

Se expresa el cuerpo del proyecto que en caso de ser aprobado, será sancionado por el HCD.

El mismo debe ser firmado por todos los miembros que estén a favor de la sanción del proyecto.

Para el caso de existir disidencias por parte de algunos concejales, los mismos podrán firmar el proyecto de la mayoría en disidencia, reservando los argumentos para la discusión en el recinto o en su caso, preparar su propio proyecto de dictamen en minoría.

3.3. PÉRDIDA DE ESTADO PARLAMENTARIO.

Proyecto que no es tratado durante el curso de las sesiones parlamentarias en las cuales ha ingresado pierde estado deliberativo, razón por la que se impone la necesidad de su reingreso durante el curso de las próximas sesiones ordinarias. El reingreso puede ser de todos o de alguno tan sólo de los Proyectos referidos.

4. Mayorías requeridas

El artículo 32 de la Ley Orgánica Municipal (Decreto Ley N° 6769/58) establece, en la parte pertinente que «Las ordenanzas... de autorización de gastos de carácter especial se decidirán nominalmente, consignándose en acta los concejales que votaron por la afirmativa y por la negativa. ... Estas ordenanzas deberán ser sancionadas por mayoría absoluta de los miembros integrantes del Cuerpo....»

Por su parte, el artículo 83, inciso 3) del mismo cuerpo legal dispone que «Son atribuciones y deberes del Presidente del Concejo: ... 3. Decidir en casos de paridad, en los cuales tendrá doble voto.».

En sentido concordante, el artículo 145 del Reglamento Interno de ese Cuerpo expresa «Si la votación se empatase, se reabrirá la discusión y si después de ella hubiese nuevo empate, decidirá el Presidente».

De la normativa transcrita, se deduce sin más que para obtener la «mayoría absoluta» a que refiere el citado artículo 32 -frente al empate-, nada obsta recurrir al voto cualificado del Presidente del Concejo Deliberante, por cuanto el transcrito artículo 32, inciso. 3 no contempla limitación alguna o excepción que permita suponer o inferir su inaplicabilidad al supuesto de marras. En efecto, el texto de la ley es claro y preciso, y cuando ello ocurre constituye una elemental regla hermenéutica que no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulta de su propio contenido (conforme SCBA, L 34745 S 13-8-1985 - AyS 1985 II, 376- y L 36992 S 26-12-1986 -AyS 1986 IV, 605-).

Por lo expuesto, esta Asesoría General de Gobierno considera legítima la Ordenanza sancionada mediante el mecanismo de desempate por el doble voto del Presidente del Cuerpo.

5. Concejo Deliberante y Vinculación con la Prensa

En los tiempos que corren es imposible pensar en la existencia de un cuerpo deliberativo que no mantenga fluidas relaciones con la prensa. Es indudable que la vinculación esencial del representante con el pueblo, no se produce sino es a través de un mecanismo de esta naturaleza. En este campo, escapa al contenido de este trabajo manifestar o intentar sugerir al concejal cómo debe actuar ante la prensa, pero lo que no es ajeno a nuestro sentir es la

necesidad de establecer una comunicación adecuada por los canales que la misma ofrece. Decimos esto, por cuanto es posible observar en la práctica la pésima actitud que muchos concejales manifiestan frente a las preguntas periodísticas, como así frente a la sencilla ignorancia que muchos Reglamentos Internos presentan en cuanto al trato con la prensa y los mecanismos para brindar información adecuada a la misma.²¹⁰

Por ello en este campo entendemos que compete, por un lado preparar adecuadamente al concejal para responder a la exposición pública en términos generales y a la prensa en particular¹²⁰, como así mismo, adecuar las estructuras de los H.C.D. a esta nueva realidad. En esta última dirección, tanto deben proponerse reformas a los reglamentos que consideren la obligatoriedad de suministrar información veraz y oportuna a los delegados de la prensa como así en la medida de lo posible dotar las estructuras edilicias para la especial función a cumplir por ellos.

6. Concejales y Solución de Conflictos Internos y Externos. ¿Es posible la negociación?

Dos aspectos nos llamaron poderosamente la atención al cursar Métodos Alternativos de Resolución de Disputas, en la Universidad de Miami, como parte de la Maestría en Derecho Comparado. Uno de ellos fue la naturalidad con que se discute la negociación y conciliación de cargos criminales. Lo que a la mentalidad del abogado educado bajo los principios del Derecho Romano resulta ser absolutamente chocante, por cuanto incluye en algunos casos

se llega al supuesto de negociaciones colectivas de casos entre un Fiscal y un Defensor que una sola negociación resuelven por ejemplo 10 casos en común; y la otra fue la referida a las negociaciones en el sector público. En efecto, admitir negociaciones y conciliaciones en un área tan sensible como la indicada, donde las sospechas de corrupción no dudarían en aparecer, resulta ser el punto más saliente de la discusión. Sin embargo, lo que resulta más llamativo es el análisis que efectúan distintas publicaciones especializadas sobre la manera correcta de negociar en la administración y sobre la elaboración de complejos sistemas de resolución de disputas en el ámbito estadual. Sin embargo avanzando un poco más en el análisis de esta cuestión, no podemos dejar de destacar que es una realidad, que a diario cualquier funcionario municipal (entre ellos hemos de considerar a los Concejales) medianamente comprometido con la actividad enfrenta situaciones vinculadas a su cargo que implican conflictos. Y es precisamente el conflicto el que origina la necesidad de llevar adelante negociaciones, las que no necesariamente deben conllevar un aspecto peyorativo. En efecto, bien llevadas

adelante y respetando el marco de actuar ético y legal que pesa sobre todo ciudadano, es indudable que el consensuar soluciones importa tanto como el evitar que los conflictos avancen en su desarrollo desatando situaciones angustiosas para todos los involucrados.

6.L. EL ANÁLISIS DEL TEMA

La primera cuestión que aparece al plantear esta temática, es en qué medida es posible que el hecho de que los oficiales públicos se encuentren obligados a hacer cumplir la ley les impide ingresar en cualquier tipo de negociación con los ciudadanos, cuando aparecen disputas entre ambos. La primera sugerencia, es que habiendo discusiones iniciales sobre la correcta interpretación de la ley, esta sola circunstancia permite numerosas hipótesis de acuerdo.

Pero en qué medida un concejal iniciará o no negociaciones con los particulares, responde en gran porcentaje a las metas y objetivos que el funcionario perciba en el encuentro. Estas

²¹⁰ Es justo reconocer la existencia de algunas excepciones, como es por ejemplo el reglamento de Gral. Pueyrredón, donde expresamente se establece la necesidad de brindar copias de las actas al periodismo. En sentido contrario, son numerosas los casos en los que por ejemplo como ocurriera en Posadas se sancionara al concejal que anticipara los proyectos o simplemente se modifican las agendas para evitar que las manifestaciones del concejal opositor coincidan con la realidad.

metas, centralizadas básicamente en hacer cumplir la legislación, varían. Algunos concejales se encuentran principalmente orientados a procurar la cooperación de los ciudadanos, intentando el pleno cumplimiento voluntario de la ley en cada caso. Algunos prefieren evitar el conflicto y en consecuencia minimizar el esfuerzo perdido en las disputas. Algunos concejales ven en la negociación sólo pérdida de tiempo, la que se acrecienta en la medida en que más negociaciones son alentadas. De lo dicho surge que aquellos concejales proclives a admitir negociaciones, alientan una visión de tipo cooperativa con el vecino-administrado, tendiente a lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones. Por el contrario, aquellos que desean evitar las disputas o que no tienen interés en cooperar con el vecino-administrado, dan menores chances a la negociación. En este último caso, la tendencia es que los concejales rápidamente terminen la disputa mediante el ejercicio de sus facultades decisorias y compulsorias, dictando una ordenanza o resolución que no atiende ni se interesa por la visión del administrado sobre dichas cuestiones.

Kent W. Smith y Loretta Stalans, sugieren que dos características fundamentales aparecen en las disputas que se originan en el ámbito regulatorio administrativo que la distinguen de las disputas civiles y que afectan en su consecuencia las estrategias de negociación de las partes. Ellas son:

1. Las disputas son fundamentalmente acerca de la interpretación de la ley, más que sobre circunstancias de hecho y normalmente son iniciadas por la administración que supone que los administrados no han interpretado correctamente la misma;
2. Una de las partes, el funcionario público o concejal, tiene el poder formal de terminar la disputa de manera tal que sea legalmente obligatoria para el vecino, a quién sólo le quedará la alternativa costosa y lenta de cuestionar el decisorio en la Justicia.

En cuanto a las estrategias normalmente seguidas en este tipo de negociaciones, se ha dicho que son observables seis alternativas: Persuasión: Tendiente a hacer que la otra parte siga mi propia visión del asunto. Convicción: que consiste en hacer que la otra parte entienda que mi posición es la correcta. Compromiso: establecer un compromiso que sea viable para ambas partes. Establecer una nueva respuesta: trabajar conjuntamente en el logro de una solución final que mutuamente las partes entienden es la correcta. Marchar sólo: con la posición de mi parte sobre el asunto y mantenerse firme: insistir sobre la propia posición.

Las estrategias (1) y (2) son descriptas como estrategias asertivas. La (3) y la (4) son cooperativas. La (5) se considera como una capitulación.

Las conclusiones que derivan de este análisis y que en términos generales resultan aplicables a un amplio espectro de disputas que se originan entre oficiales o funcionarios con poder de regulación:

Los funcionarios y concejales prefieren alcanzar una solución basada sobre criterios de legalidad con mayor intención que la mostrada por los vecinos, para quienes la cuestión legal es un elemento más a considerar en la decisión.

Los funcionarios y concejales prefieren una estrategia de negociación de tipo asertivo.

Sin embargo, usualmente la estrategia de establecer negociaciones sosteniendo una postura firme es asumida en últimas etapas de la negociación.

Los vecinos son más proclives a preferir una aproximación cooperativa o capitulante.

La más común de las estrategias de secuencia doble seguida por el vecino es procurar la cooperación y buscar una nueva respuesta seguida del compromiso.

Debido al conocimiento del poder decisorio del funcionario, los vecinos son más proclives a cooperar con los oficiales, mientras que éstos conocedores de su poder prefieren mantener una postura firme.

Los vecinos que creen poder influenciar en el proceso decisorio del funcionario, prefieren utilizar estrategias asertivas.

Los vecinos que están en condiciones de encontrar ambigüedades o lagunas en la ley prefieren utilizar estrategias asertivas, mientras que aquellos que prefieren minimizar su involucramiento en el problema prefieren adoptar estrategias cooperativas y/o capitulares.

Nuevas soluciones consensuadas y más satisfactorias para ambas partes son posibles cuando la estrategia del funcionario es cooperativa y/o la del vecino es asertiva. La parte con poder decisorio debe encontrarse abierta a encontrar nuevas alternativas y la parte administrada debe presentarse en forma asertiva.

6. 2. LA NEGOCIACIÓN DIRECTA. ALGUNOS CONSEJOS

Cabe aclarar que no todas las situaciones necesariamente suponen la posibilidad de conflictos con ciudadanos, donde es el HCD en su totalidad o en Bloque el que debe proceder a negociar la situación creada. El punto es que también estas situaciones conflictivas, se originan dentro del propio bloque en la situación disonante entre varios compañeros de bancada o con el bloque opositor.

En estos casos de conflicto, algunas de las estrategias que fueran volcados en la clásica obra «Getting To Yes» resultan de suma importancia. La búsqueda de una alternativa que amplíe las soluciones posibles y conforme a ambos bloques resulta de sumo interés. Me permito en este punto indicar un caso ocurrido en la Municipalidad de Junín, respecto a una excepción al Código de Construcciones Urbanas que se encontraba muy controvertida. A fuer de ser verdad la misma se vinculaba a una Obra Pública conexas de importancia para la comunidad y con la que todos estaban de acuerdo. Sin embargo, las posiciones del Bloque Justicialista se encontraban divididas en tres sectores: uno de dos concejales completamente en contra de la excepción, a la que consideraban peligrosa por sus implicancias futuras y su impacto político en una ciudadanía ya alertada frente a casos de corrupción originados en estos procedimientos.

Un segundo sector más comprometido «públicamente» con el Intendente en actos comunicados por la prensa en sostener el desarrollo de la Obra, sostenía la necesidad de mantener el apoyo y eventualmente negociar posibles proyectos demorados en canje, un tercer sector no había adoptado posición alguna, viendo fundamentos saludables en ambas direcciones. Durante horas, cada uno de los sectores del Bloque expuso sus argumentos, originándose peleas vinculadas al mantenimiento de posiciones y a la imputación cada vez más clara de «blandeza» o «dureza injustificada» para con el Gobierno y Partido oficialista gobernante. Esta situación fue de cierta importancia como para sostener la posibilidad de llegar a debilitar la propia estructura funcional del Bloque. Frente a esta situación y luego de lecturas del ordenamiento jurídico comunal, se llegó a la conclusión de que el Código Urbanístico señalaba para ese sector en particular la posibilidad de que el Departamento Ejecutivo adoptara la excepción propuesta sin necesidad de consultar al Departamento Deliberativo, razón por lo que la decisión final del Bloque cual fue la de indicar la abstención dada la innecesariedad del trámite que el Departamento Ejecutivo le pretendió asignar a la cuestión, generó una solución negociada e igualmente satisfactoria para todos los sectores internos del Bloque.

Este tipo de situaciones resulta ser particularmente común. Es natural que se planteen posiciones diversas, no coincidentes, que exigen esfuerzos de mancomunidad tendientes a solucionarlos, las técnicas de negociación en dicho contexto resultan particularmente útiles para lograr el bien común.

6. 3. MEDIACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON EL HCD

Tal como ha sido descripto con anterioridad, el principal problema que aparece en toda cuestión en la que se encuentran envueltas decisiones municipales (particularmente, tal como se ha dicho precedentemente en cuestiones de zonificación y planificación), es la existencia de cargas o restricciones sobre el uso y desarrollo que sobre la propiedad puede efectuar su dueño. Es evidente que en el desarrollo de concepciones sociales sobre el uso de la propiedad, no existe la posibilidad de una inexistencia absoluta de restricciones sobre ella.

Ello es lo que justifica que a través del ejercicio del poder del policía algunas restricciones sean impuestas sobre el uso y desarrollo que se pretende dar a la propiedad.

A efectos de tratar con estas restricciones, el propietario puede intentar establecer negociaciones directas con el ente que las impone, en el caso el Municipio.

Esta circunstancia crea ciertos problemas, que resultan a todas luces evidentes:

Las partes se encuentran negociando con un problema, que normalmente es visto por una de ellas (autoridades locales) como no posible de ser negociado, por envolver cuestiones de orden legal e índole pública.

El Gobierno Municipal, sabiendo de las dificultades que el problema le genera con otros ciudadanos, muchas veces se manifiesta francamente en oposición a introducir variables en el marco legislativo.

En otros casos, lisa y llanamente puede generar sospechas de corrupción o lisa y llanamente generarla.

En conclusión, lo que usualmente ocurre es que el propietario afectado por lo que considera una injusta restricción deba ocurrir ante la Justicia, a efectos de resolver el problema.

Lamentablemente, esa vía es considerada -aún en los Estados Unidos- como cara, ineficiente y demasiado lenta. Frente a esta situación, sirve de novedoso ejemplo lo actuado en el Estado de Florida (EEUU). Allí se modificó el procedimiento administrativo permitiéndose en su consecuencia un novedoso sistema de mediación²¹¹. A través del Florida Land Use and Environmental Dispute Resolution Act²¹² las partes (Municipio y vecino) que se encuentran en desacuerdo sobre la zonificación pueden someterse a un proceso de mediación, designando un mediador especial (special master) para acordar en la disputa. Aún, para el caso de que el mediador no permita obtener un acuerdo, produce un dictamen, al que el Municipio debe acordar especial valor al momento de tomar su decisión final.

Ahora bien, si es cierto que hoy por hoy, tal alternativa no se encuentra contemplada en nuestros ordenamientos jurídicos comunales, nada impediría que se establecieran mecanismos de mediación que sobre la base de contemplar los intereses comunitarios y de los vecinos involucrados en las disputas pudieran buscar soluciones consensuadas en las que se pusiera de manifiesto un necesario equilibrio entre la justicia del caso y la pretensión pública.

CAPITULO VII

PRERROGATIVAS E INMUNIDADES DE LOS CONCEJOS DELIBERANTES Y DE LOS CONCEJALES

1. Ley Orgánica Municipal y su interpretación jurisprudencial La tarea legislativa supone en todos sus niveles determinadas garantías para su desarrollo adecuado. Esas garantías no están básicamente acordadas para proteger al legislador de los propios representados, ni para hacerlos inmunes frente a delitos o crímenes comunes que llevarían sin mayores problemas a cualquier otro ciudadano ante un Juez para responder por sus actos; pero si son esenciales como un freno a intromisiones de otros poderes, los cuales pueden no sólo ser institucionales (vgr. Ejecutivos o Judiciales) sino también factores extrainstitucionales (vgr. Persecuciones por grupos económicos, etc.). No son estas garantías intentos de crear desigualdades manifiestas, sino de brindar condiciones adecuadas de ejercicio de una actividad gubernamental de esencial importancia como es la deliberativa.

Es así que una serie de disposiciones contenidas en la L.O.M. buscan garantizar las funciones de los concejales, creando ciertas prerrogativas e inmunidades que sirven precisamente para evitar que su actividad como tales se vea entorpecida.²¹³ Sin embargo y como veremos, lamentablemente estas protecciones funcionales han sido interpretadas por la Excma. Suprema Corte de Justicia como inconstitucionales en la medida en que resultarían violatorias del principio de «igualdad» contenido en los artículos 16° de la Constitución Nacional y 10° de la Provincial. Es por ello que han perdido en gran medida su aplicabilidad el haz de normas contenidas en los artículos 72, 81, 82, 85, 86 de la L.O.M.

Los artículos 72 y 85 de la ley Orgánica de Municipalidades, específicamente, prevén la inmunidad de los Concejales por las opiniones que viertan en el ejercicio de su mandato. Es clara que esta prerrogativa que se reconoce a nivel nacional y provincial¹ a los miembros de los poderes legislativos obedece a la necesidad de evitar que el propio legislador autocensurándose en sus expresiones ante el temor de ser juzgado por ellas, limite no sólo su discurso, sino su propia línea de investigación o pensamiento. Esta cuestión es correctamente tratada a nuestro entender por Guillermo Decía²¹⁴ quién subtitula su artículo comentario al fallo de la Excma. Sup. Corte de Justicia de la Provincia con la expresión: «Extensión de su libertad de expresión». Es precisamente en dicho pronunciamiento donde el alto tribunal provincial reitera la jurisprudencia del fallo P.36.624, del 31 de mayo de 1988, el que a su vez provenía de autos:

«LaFerrere Fernando A. querella por injurias c. DE Souza, Martínez Leopoldo, LL 128-479» indicando que de la conjugación del artículo 10 de la Constitución Provincial, que establece la igualdad de los habitantes provinciales; con el art. 185 de la Carta Provincial, que omite considerar a los concejales entre los funcionarios tutelados por las prerrogativas de inmunidad contenidos en dicha norma, resulta en su exclusión de toda protección especial ya que una ley (la Orgánica de las Municipalidades) carece de rango para crearlas.

En efecto, en aquél fallo «LaFerrere», se había dejado sin efecto la doctrina de la sentencia titulada «Concejo Deliberante de Coronel Pringles», mayo 14-1961, LL 103-56, en el que se reconocían a los concejales las facultades de las que gozan los legisladores provinciales con los alcances acordados a los mismos por la propia Corte. Textualmente el dictamen negativo de 1988 señalaba: «Los concejales municipales no gozan de inmunidades en el ejercicio de sus funciones. Las que

resultan de los arts. 72 y 85 del decreto ley 6769/58 son inconstitucionales pues exceden lo previsto en el art. 185 de la Constitución Provincial. Las inmunidades referidas a los tres poderes del Estado son reguladas por la Constitución de la Provincia, la que guarda silencio sobre el tema con respecto a los concejales; de tal manera se pronuncia por la aplicación sin restricciones del art. 10 en el ámbito Municipal». (SCBA, P 36624 S 31-5-88)

La SCJBA en 1992, reiteró ese criterio expresando «Así, el principio de igualdad ante la ley (art. 10, Constitución de la Provincia) es inseparable del concepto de sistema democrático. De modo que su restricción sólo es concebible cuando sea indispensable para la existencia misma del régimen constitucional. Por otro lado, ciertas inmunidades de origen funcional preservan el debido ejercicio de los poderes republicanos. Y, por consiguiente, su negación podría arriesgar las bases mismas del sistema. 2. Entonces las reglas que presiden el adecuado equilibrio entre ambas instituciones jurídicas no pueden sino hallarse en el propio nivel constitucional. Y así ocurre en tanto es la Constitución la que regula las inmunidades referidas a los tres poderes del Estado. 3. Con lo expuesto supra bastaría para declarar la inconstitucionalidad de los arts. 72 y 85 del decreto ley 6769. Pues la Constitución de la Provincia consagra la igualdad ante la ley (art. 10) y, mientras contempla en detalle el régimen de inmunidades correspondiente a los tres poderes, guarda silencio sobre el tema respecto de los concejales. De tal manera se pronuncia por la aplicación sin restricciones de su art. 10 en el ámbito municipal».

«4. Pero a mayor abundamiento el art. 185 de la Constitución puntualiza que los ‘municipales’ son ‘personalmente responsables’ por ‘cualquier acto definido y penado por la ley’. Y que tal concepto de ‘municipales’ (‘los concejales o individuos del Ayuntamiento’, según Escribiche) incluye a los concejales resulta directamente del art. 183 inc. 1) de la Constitución.²¹⁵

Respecto de este mismo tema, en el año 2006, si bien resolvió la cuestión de otra manera dicta un fallo en la correcta dirección la Sala III del Tribunal de Casación Penal,²¹⁶ al decidir sobre un fallo del Juzgado Correccional nro 1 de Mercedes que condenara a tres concejales, por injurias sin admitir la inmunidad de los funcionarios, expresó: «En cuanto a la inmunidad de los concejales, y con criterio de interpretación lógica, las cartas orgánicas municipales son como una constitución local, que regulan los distintos aspectos del régimen municipal. En el ejercicio de un poder constituyente de tercer grado, las cartas orgánicas municipales deben respetar las bases constitucionales establecidas por la Constitución Provincial y la Constitución Nacional. La inmunidad consagrada en los artículos 72 y 85 del Decreto 6769/58 debe conjugarse con lo establecido por el 97 de la Constitución Provincial que, sin perjuicio de la omisión que hace respecto de los municipales, debe interpretarse que su enumeración es enunciativa, pues dicho derecho surge del principio de legalidad procesal –artículo 19 segunda parte de la Constitución Nacional-. En otras palabras, dicha protección emana de los artículos 1, 19 y 33 de la Constitución Nacional por cuanto las declaraciones, derechos y garantías consagradas en ella, pero que no son enumerados, no pueden interpretarse como negaciones de otros derechos –artículo 33 de la Constitución Nacional-. La cuestión debió ser resuelta tomándose como marco la descentralización política y autónoma de los municipios y no limitar a un análisis abstracto del plexo jurídico provincial, dictando la sanción correspondiente.»

2. La opinión doctrinaria

Curiosamente y a pesar de la unanimidad de los Jueces respecto del alcance y sentido que se debe acordar a esta tutela, la que de acuerdo a lo dicho es interpretada con un alcance negativo, la casi totalidad de doctrina analizada se expresa por la subsistencia de estas protecciones dando diversos argumentos entre los que se mencionan los siguientes:

1. Autonomía comunal. Tanto la Constitución Nacional, en su artículo 60, como la provincial en su artículo 83, establecen inmunidades a los miembros de sus poderes legislativos. Dada la concepción autárquica de los Municipios existentes al momento de sancionarse la constitución bonaerense, se omitió contemplar estos privilegios en el rango constitucional para

213/214 Dichas prerrogativas son identificadas entre otros, por el Dr. Alberto Montbrun como de tres tipos: (1) inmunidad de opinión, es decir que el concejal no puede ser enjuiciado o procesado por aquello que exprese en ejercicio de sus funciones, (2) de «arresto», es decir que el legislador no puede ser detenido por sus hechos, salvo «flagrante delito» y (3) de «proceso», en tanto y en cuanto se establecen limitantes procesales al Juez interviniente. (Montbrun Alberto, Inmunidad de Concejales: La Suprema Corte de Justicia de Mendoza confirma su extensión sólo a opiniones y votos, Suplemento de Derecho Constitucional, Revista La Ley, 17/10/97, pág.9.

delegarse a la sanción legislativa correspondiente. La concepción autonómica municipal esbozada a partir de 1989 por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Rivedemar c. Municipalidad de Rosario» y la sanción de la Constitución Nacional Reformada del año 1994 que garantiza una concepción autonómica municipal, impone asegurar la plena autonomía de expresión del Órgano Deliberativo Local.

2. El artículo 182 de la Constitución Provincial al establecer que «La legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales», está dando el marco constitucional adecuado para que una ley garantice mínimas prerrogativas funcionales a los legisladores comunales.²¹⁷

3. Se crea una desigualdad manifiesta entre Legisladores Nacionales y Provinciales, por un lado y Concejales por el otro, sin que ninguna diferencia funcional, separe sus labores. Nos encontramos de mantenerse este criterio con legisladores de primera y de segunda.

3. CONCLUSIÓN SOBRE INMUNIDADES

La conclusión de lo hasta aquí analizado es que la Ley Orgánica Municipal establece una serie de prerrogativas en favor de la tutela de la actividad de los legisladores comunales. Dicha tutela goza asimismo con el favor de gran parte de la doctrina jurídica especializada en la temática, sin perjuicio de ello, la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, demuestra una actitud denegatoria de tales protecciones; abriéndose un interesante camino en la decisión del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En su consecuencia, hoy por hoy y más allá de propugnar una reforma constitucional que destrabe esta interpretación cerrada y conflictiva, la realidad indica que los concejales no gozan de una tutela efectiva en su gestión como legislador.

4. CUESTIÓN DE PRIVILEGIO

Si bien no se encuentra contemplada la cuestión en el ámbito de la LOM, la casi totalidad de los Reglamentos Internos prevén lo que se da en llamar cuestión de privilegio, petición que puede ser efectuada por cualquier concejal cuando se afectaran las facultades o prerrogativas que la Constitución Provincial o la LOM, le reconocen al Cuerpo o Concejales.

Algunos reglamentos como el de Mercedes, resultan más específicos al mencionar como ejemplo típicos para expedir cuestión de privilegio los siguientes: «artículo 71; inciso a) dentro de los alrededores del edificio donde sesiona el concejo, cohiba con gritos o amenazas la acción de los concejales o de alguno de ellos en su carácter de tales, b) Pidan cuenta, desafíen, ridiculicen o falten el respeto al Concejo o a uno o varios de los Concejales por las opiniones vertidas, el voto dado o la resolución tomada en el ejercicio de sus respectivas funciones; c) Detuvieren u obligaren a comparecer ante cualquier autoridad a un concejal, sin el previo allanamiento de su inmunidad y d) Impidieran el libre tránsito de los concejales o los insultaren, amenazaren o agredieran en ocasiones de dirigirse o regresar de cumplir su mandato comisión o resolución del cuerpo que forman parte.»

La resolución del cuerpo frente a dicha petición de privilegio se concretiza de diversas maneras de acuerdo al caso, normalmente será en forma de comunicación al autor de la violación mencionada, pero no puede descartarse que se convierta en la iniciación de acciones judiciales o en la solicitud de auxilio de fuerza pública de acuerdo a cada caso.

215 SCJBA, causa P 45.669, Hernández Bustamante, Eduardo. Querella por calumnias e injurias contra Reyna, Juan Carlos, 25 – VIII- 1992.

216 TCP Sala III, causa 4.554, L., R. O. y otros s/ recurso de casación, 01-VI-2006.

217 Durante, Alfredo L., «Interpretación Judicial y Minusvalía de los Concejales», E.D. 132-98.

CAPITULO VIII

RESPONSABILIDADES EN EL HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE

El objeto de tratamiento de esta temática es la de ilustrar sobre las responsabilidades que asume el concejal a partir de asumir su banca. En efecto, a la par de las múltiples satisfacciones que brinda el cargo, es innegable que genera como toda posición en la que se asumen obligaciones y cargas públicas, la responsabilidad por aquellos actos que son cometidos en el ejercicio de la función y fuera del marco legal que la regula. En este marco general, tanto la constitución provincial en su artículo 185, como la LOM y la Ley de Contabilidad establecen la responsabilidad de los funcionarios municipales como así de los concejales por aquellos actos que se cumplen en ejercicio de dichas funciones.

Siguiendo al Maestro Gordillo, tomaremos sus palabras que compartimos, al decir: «Es decisivo que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores (y por ende genera no solamente responsabilidad económica, sino también social) sufra las consecuencias de su hecho dañoso.² No hay nada peor para una democracia que la impunidad de los agentes públicos. Esto constituye un elemento fundamental para poner freno a la negligencia y arbitrariedad de las autoridades públicas, o que ejercen funciones administrativas públicas. Como dice con acierto HAURIUO: «No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios. Ellas no tienen solamente un interés de orden constitucional. Ni se trata solamente de saber si la víctima de un daño será indemnizada más o menos seguramente; hay también, y sobre todo una cuestión de garantía constitucional de la libertad; si, desde un punto de vista administrativo, puede parecer ventajoso que la víctima del daño sea incitada a perseguir a la Administración más bien que al funcionario, desde un punto de vista constitucional, se debe desear que la costumbre de perseguir personalmente a los funcionarios ante los tribunales judiciales no sea completamente abandonada, porque la eventualidad de la responsabilidad pecuniaria es todavía el mejor medio que se ha encontrado para impedir las prevaricaciones de los funcionarios.»¹¹⁸

La responsabilidad citada se expresa en cuatro campos claramente diferenciados, se dice que es civil, penal, administrativa y política. Esta discriminación merece un primer apunte, en cuanto a la dependencia o independencia que existe entre los distintos ámbitos en los que se analiza la existencia o no de responsabilidad. Decimos esto, por cuanto cada una de ellas funciona en forma independiente, al respecto no sólo la doctrina ha sido clara en el sentido de que lo que es decidido en una sede no influencia lo que se pueda decidir en la otra (con la excepción de las reglas de prejudicialidad que se establecen en el Código Civil con respecto a pronunciamientos dictados en el fuero penal) sino la propia jurisprudencia.

Es así que en fallos «Greco, José c/Pcia. de Buenos Aires s/Demanda Contencioso Administrativo», AyS 1989-1-803 se dispone que la naturaleza de la responsabilidad penal y administrativa son distintas y como tal los criterios de evaluación y el posible decisorio al que se arribe. (En igual sentido ver: SCJBA, Morales Igancio e/Provincia de Buenos Aires s/Dda. Contencioso Administrativa, AyS 1985-III-531). En consecuencia el concepto es que cada una de las responsabilidades debe ser analizada de acuerdo a sus propias reglas y por las autoridades correspondientes a cada caso, pudiendo llegarse a soluciones diversas en cada caso, con la sola excepción del cumplimiento de reglas de prejudicialidad establecidas en el Código Civil respecto de los pronunciamientos dictados en sede penal.

Efectuadas en los párrafos anteriores algunas aclaraciones respecto del juego de los diversos campos de responsabilidad, a efectos de avanzar en esta problemática es necesario hacer una serie de precisiones, entre las cuales se encuentra la primera pregunta en cuanto

¹¹⁸ Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, T 2, La defensa del usuario y del administrado, 8ª edición, Buenos Aires, F.D.A., 2006, p XIX-1.

a si el concejal es un funcionario público, ya que los Códigos Civil y Penal concretamente no refieren la palabra «concejal o legislador comunal» en ninguno de sus artículos.

La pregunta puede parecer menor, pero indudablemente no lo es dado el hecho de que diversas normas se refieren específicamente al concepto de «funcionario público» para establecer sus responsabilidades. De la lectura del artículo 185 de la Constitución Provincial y de nuestro Ordenamiento Jurídico entendemos debemos asimilarlo en tal carácter, toda vez que todas las doctrinas analizadas vinculan la conceptualización de funcionario público con aquella persona que en virtud de su posición forma o elabora la voluntad estatal. Por ello es claro que siendo el legislador comunal quien a través de sus expresiones decide por el Municipio en ejercicio de sus funciones, produciendo normas generales (Ordenanzas) y particulares (Resoluciones y Decretos), asume innegable carácter de funcionario.

1. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil tradicional exige para su nacimiento la concurrencia de cuatro elementos de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia: (1) antijuricidad, la que es entendida como la conducta que transgrede normas vigentes¹³⁴ (2) daño, (3) relación causal entre la acción antijurídica y el daño y (4) factores de imputabilidad por culpa, dolo o atribución legal de responsabilidad¹³⁵. En el caso particular asimismo se añade la necesidad de que quién causa el daño sea un «funcionario público».

Claro está que nuevamente se plantea la discusión acerca de quién reviste ese carácter, pero a los fines de este estudio, debemos simplemente centrarnos en el caso de los concejales, los que toda vez que toman decisiones imputables directamente a una entidad (artículo 43 Cód. Civil) deben ser considerados como tales.

El sistema de responsabilidad de los funcionarios y del Estado por la actividad de ellos, se desprende de la conjunción de los artículos 43 -ya citado-, 1112 y 1113 del Código Civil. El artículo 43 establece la responsabilidad directa de la Municipalidad por las decisiones de sus funcionarios y el artículo 1113 genera una responsabilidad indirecta o refleja de la misma entidad por los actos y hechos de sus dependientes, entre quienes debemos considerar a los concejales.

De la conjunción de ambos artículos se genera un derecho en favor del perjudicado por las resoluciones de poder solicitar la amplia reparación del perjuicio tanto del Estado como del funcionario. Y en este sentido, la reforma del 1968 al Código Civil, ha precisamente extremado los recaudos a efectos de que se pueda concretamente distinguir y reclamar tanto del Estado como del funcionario la reparación del perjuicio, eliminando gran parte de la impunidad que anteriormente se acordaba al administrador¹³⁶.

El artículo 1112 del Código Civil, completa las dos normas anteriores al hacer responsable al Estado por los hechos y omisiones del funcionario, como así al generar la eventual responsabilidad directa del funcionario, la que puede ser reclamada por el propio damnificado o por el Estado -Municipio- por vía de repetición. Ahora bien las condiciones que determina el artículo 1112 del Código Civil distinguen entre aquellos daños causados en el ejercicio o con ocasión de las funciones -por las cuales hace responsable al Estado y al Funcionario- de aquellas conductas individuales del funcionario, por las cuales responderá en su esfera privada. Las condiciones establecidas por el artículo 1112 del Código Civil son tres: (1) un hecho u omisión perjudicial y dañoso, (2) que sea efectuada en ejercicio de las funciones y (3) que sean el cumplimiento irregular de las obligaciones legales que les son impuestas.

2. Responsabilidad Penal

Los concejales también deben responder por sus actos ilícitos, de acuerdo a los criterios atributivos de responsabilidad previstos en las normas penales. Claro está que en este campo del derecho, será de esencial importancia que acudamos y refresquemos un principio que le es propio cual es el de la tipicidad, razón por la cual será necesario que aquella conducta que sea juzgada este específicamente prevista por la norma para su reproche. En su consecuencia quedará expresamente excluida cualquier interpretación de carácter extensiva o analógica.

Es indudable que el concejal en tanto persona puede incurrir en los mismos actos delictivos que puede ejecutar cualquier otro individuo, ello escapa a nuestra obra, pero si nos preocupa toda la otra serie de acciones antijurídicas tipificadas como tales en virtud del carácter de funcionario público de aquél que las comete.

Nuevamente se reedita entonces la pregunta de si el concejal es un funcionario público. En este caso sin embargo, la respuesta es más clara toda vez que el artículo 77 del C.P. interpretado jurisprudencialmente considera como tal a aquellos que tiene la facultad de formar la voluntad estatal, y en ese sentido es obvio que el concejal reviste tal carácter.

Determinado entonces, que el concejal es un funcionario público una serie de consecuencias se siguen de ello. En primer lugar, será pasible de incurrir en acciones en las cuales uno de los elementos propios del tipo penal está dado por su comisión por parte de un funcionario público y en segundo término en ciertos tipos penales, precisamente su condición de tal será agravante.²¹⁹

Entre las primeras conclusiones se halla que será pasible de incurrir en ciertos delitos sólo previstos para ellos: abuso de autoridad (art.248), cohecho (256) y malversación de caudales públicos (26)) omisión de denunciar (art.277 inc. 6°).

Entre las segundas su posición será agravante de los siguientes delitos: Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional (art.235 C.P.).

3. Responsabilidad Administrativa

La primera pregunta que surge en este aspecto, es qué se entiende por responsabilidad administrativa. Marcer²²⁰ la define a nuestro entender correctamente como «la responsabilidad patrimonial que tiene su origen en daños que se ocasionan en una relación de empleo público o asimilable a ella, que vincule o haya vinculado a una persona física (y por ende a sus herederos) con la administración pública (en sentido amplio).»

Este criterio atributivo de responsabilidad ha sido por algunos autores, entre ellos el mismo Marcer separado del concepto de responsabilidad contable. A nuestro entender y en el ámbito de actuación de los concejales, como así en los parámetros de esta obra, entendemos innecesaria efectuar tal distinción, tratando ambos aspectos en forma conjunta.

La responsabilidad administrativa de los concejales está específicamente contemplada en el art. 241 de la LOM., la que se complementa con las previstas por la Ley de Contabilidad, a través de un sistema de «cargos» por erróneas utilizaciones económicas. Claro está que a la par de la responsabilidad citada que se origina en el incumplimiento de obligaciones de rendir cuentas o vinculadas a las mismas, se hallan aquellas potenciales responsabilidades que ocasionadas en el ámbito civil de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 43, 1112 y 1113 del Código Civil darán origen a previas determinaciones de responsabilidad administrativa.

Es que toda vez que el Municipio se vea obligado a reparar el perjuicio ocasionado en ese ámbito por los concejales, siempre deberá seguir un procedimiento administrativo para determinar los daños y eventualmente reclamarlos de quién los ocasionó por vía de acción de repetición. En tal dirección es por demás claro el artículo 245 LOM el que dispone que: «cuando la Municipalidad fuere condenada enjuicio a pagar daños causados a terceros por actos personales²²¹ de sus funcionarios accionará regresivamente contra el éstos a los efectos del resarcimiento...».

Ahora bien, con prescindencia de esa responsabilidad está la que origina el deficiente y apartado actuar de la legalidad por parte de los concejales al erario público. En tal sentido, el concejal responderá por ejemplo por la autorización de gastos mal realizadas, o por la omisión en el control de aquellos que debe fiscalizar. En concreto, tanto al momento de apro-

219 Gherzi, Martínez Vivot (H), De Antueno, Marcer, Cruchaga, Responsabilidad de los Funcionarios Públicos, Buenos Aires, brevarios Hammurabi, 1987, P. 35.

220 Marcer, Ernesto, «Responsabilidad Administrativa del Funcionario Público», en Gherzi y otros, Responsabilidad de los Funcionarios públicos, brevarios Amurabi, Buenos Aires, capítulo IV, P. 90.

bar el presupuesto, en el que será responsable por autorizar por ejemplo déficits,²²² como al controlar las rendiciones de cuenta y compensar excesos presupuestarios. Es que al realizar el control de gestión de los actos del administrador, hace cogestión en el momento en que se aprueba el presupuesto o sus modificaciones. Al aprobar las rendiciones de cuentas y compensar los excesos producidos sobre gastos de un grado absoluto de irrazonabilidad, asume la responsabilidad de quién ejecuta, no pudiendo alegar desconocimiento del tema al analizar la compensación aludida, ni eludir su solidaridad con el administrador.

Respecto de si existe responsabilidad de los concejales por no tratar y/o aprobar el presupuesto elevado a su consideración por el Departamento Ejecutivo, entendemos que la respuesta es negativa, toda vez que la LOM prevé precisamente de qué manera habrá de actuar el Intendente dándole la posibilidad de utilizar el correspondiente al año anterior con más sus modificaciones.²²³

En los casos mencionados y más allá de la eventual determinación de responsabilidades administrativas por la propia Municipalidad, es insoslayable hacer una breve consideración del ente encargado por excelencia de determinar responsabilidades administrativas y contables en la Provincia de Buenos Aires que es el HTC. El artículo 242 estipula que «La responsabilidad administrativa de los funcionarios será determinada y graduada por en sus alcances por los órganos creados con tal finalidad y por el Tribunal de Cuentas, este último en todo lo concerniente a la actividad económica – financiera de los municipios y a la preservación de sus patrimonios.»

El HTC es un órgano constitucional independiente, que tiene a su cargo fiscalizar y analizar las sucesivas rendiciones de cuentas y cumplimiento de normas legales por parte de los funcionarios, entre los cuales se encuentran los concejales y el HCD.

El HTC cumple una labor destacada en la supervisión de la actividad económica financiera

221 El artículo 241 LOM «in fine» considera como actos personales a aquellos que son ejecutados en forma apartada o violatoria del marco legal existente.

222 HTC, Municipalidad de Esteban Echeverría, Delegación IV, Expte. 4035-29445/08, 27-V-2008: «Texto: Consulta: Si puede considerarse que ante medidas de fuerza del personal municipal tendientes a que se atiendan sus demandas salariales, el H Concejo Deliberante tiene competencia para aprobar una nueva política salarial, incrementando el gasto en personal sobre un presupuesto aprobado, aunque bajo dichas condiciones se incumpla lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, atendiendo a la existencia de una situación de necesidad y urgencia, para permitir el funcionamiento de la administración municipal y del sistema de salud. Asimismo, se consulta cuál es la naturaleza de la norma o acto administrativo que debería contar el Departamento Ejecutivo para encauzar esta situación en forma compatible con el ordenamiento de las finanzas municipales. Respuesta: El referido artículo es terminante al establecer que «...El Concejo Deliberante no autorizará presupuestos proyectados con déficit, ni sancionará ordenanzas de crédito suplementario no financiadas en la forma que indica el artículo 120°...», agregando a continuación que «...los concejales que lo votasen afirmativamente y las autoridades que lo ejecuten, sin perjuicio de la responsabilidad política, civil, penal y administrativa que operará de pleno derecho y automáticamente, de conformidad con los preceptos de la Constitución Municipal, razón por la cual las únicas alternativas que tiene el municipio a los efectos de salvar la situación crítica descrita son proseguir en la consolidación de las deudas, limitar las restantes erogaciones y/o generando los recursos necesarios para financiar las demandas salariales y normalizar el funcionamiento de la administración municipal y del sistema de salud, es decir, reforzar las medidas adoptadas hasta el presente.»

de la Provincia, Códigos y Leyes aplicables en cada caso, serán solidariamente responsables de la inversión efectuada en aquellas condiciones y el Tribunal de Cuentas les formulará los cargos correspondientes». Respondiendo específicamente la inquietud formulada, tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Organismo, no han aceptado ninguna excepción para los municipios de la Provincia de violentar el principio fundamental de «equilibrio presupuestario» consagrado por el artículo 31 de la Ley Orgánica

223 HTC, Municipalidad de Bragado, Delegación XVI, Expte. 5300-1077/08, 13-III-2008, «Consulta: Sobre diversos aspectos relacionados con la omisión de tratamiento y sanción del presupuesto municipal para el año 2008, sus implicancias y alcances, y la responsabilidad del Departamento Ejecutivo y del Honorable Concejo Deliberante, en su caso. Respuesta: Las inquietudes que se plantean son las siguientes: 1) ¿Es jurídicamente correcto el desenvolvimiento de una municipalidad sin Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recurso vigente? El municipio está obligado a desenvolverse con un Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos para cada ejercicio; para ello, cuando éste no se encuentre aprobado se deberá ajustar a lo prescripto por el artículo 192 inciso 5) de la Constitución Provincial y el artículo 37 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. 2) ¿Qué responsabilidad le alcanza al Intendente Municipal y

del Municipio y en la preservación de sus patrimonios. Como tal está habilitado a imponer a aquellos funcionarios y/o concejales sanciones que van desde cargos pecuniarios a llamados de atención y multas (artículo 243 LOM).

En principio y decimos así por cuanto entendemos su función se ha ido progresivamente extendiendo hasta desdibujar en algunos casos el rol de control y colocarlo en el de co administrador, su labor tiende a garantizar que los órganos de la administración actúen de conformidad con las leyes. El HTC tiene en principio la labor de examinar los libros de contabilidad y documentos en las dependencias públicas que administren o fiscalicen la inversión de fondos públicos; sin embargo, el mecanismo de la opinión consultiva concomitante con la ejecución presupuestaria ha ampliado sus funciones. La creación de delegaciones a su vez, ha colocado cerca de las autoridades un delegado del HTC. La admisión reciente de que esas opiniones puedan ser solicitadas por todo concejal, si bien celebrable en términos de acceso, genera un permanente interrogatorio en el que nadie quiere asumir responsabilidades y prefiere utilizar al HTC como última palabra. El organismo de control, por este camino, lejos de controlar se convierte así en copartícipe de las decisiones políticas que se adoptan. Claro está que como ha correctamente marcado, carece de facultades para disponer la nulidad de una ordenanza o acto administrativo dictado en contravención de las leyes aplicables, pero sí para perseguir ulteriormente a los funcionarios por el perjuicio que con tales decisiones puedan ocasionar al erario público.²²⁴ No deja de asombrar tampoco, el excesivo rigor que se aplica a los HCD por remisiones excedidas a veces en algunos días en las rendiciones de cuentas, contrastando contra la demora de a veces años enteros del propio HTC en resolver los expedientes sujetos a su consideración. Un caso paradigmático en este sentido es el que ofrece el grosero gasto en la Municipalidad de Lomas de Zamora, cuyo ejercicio de 1995, recién fue resuelto el 22 de diciembre de 1998.²²⁵

especialmente a los concejales del Partido de Bragado, en caso de inexistencia del Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos para el año 2008? En el supuesto caso de que no exista presupuesto, el responsable es el Intendente por no haber acatado lo dispuesto en las normas mencionadas en el punto anterior. 3) ¿Qué responsabilidad le alcanza al H. Concejo Deliberante por la omisión del tratamiento del Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos de la municipalidad presentado a este cuerpo el 28/11/2007? Complementando lo informado por la Delegación Junín, el no tratamiento del presupuesto en el respectivo estudio de rendición de cuentas puede dar lugar a las sanciones para los concejales previstas en el artículo 243 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. 4) En caso de decidirse la prórroga del presupuesto 2007, ¿cuál debiera ser el instrumento legal y el plazo en que debe disponerse? Este punto se encuentra respondido en toda su extensión en el dictamen de la Delegación Junín. 5) En caso de dictarse la prórroga del presupuesto 2007, ¿pueden verse incrementados los gastos previstos para el personal, donde no existen los cargos ni las partidas para el pago, sin mediar acto administrativo o legislativo alguno que lo autorice? En principio, no se pueden realizar gastos sin tener los créditos presupuestarios suficientes. No obstante ello y máxime cuando se trate de incrementos salariales, éstos podrían ser acordados, corriendo el riesgo el Departamento Ejecutivo con la responsabilidad que tenga que asumir en el supuesto caso de que no se apruebe el nuevo presupuesto en el transcurso del año o no puedan compensarse los excesos ocasionados por los aumentos decretados. En cuanto al proyecto de presupuesto elevado al H. Concejo Deliberante adaptado al sistema RAFAM y su imposibilidad de llevarlo a la práctica, con fecha 19 de febrero esta Secretaría emitió dictamen manifestando que no es facultad del H. Tribunal de Cuentas autorizar prórroga alguna a su implementación. Se entiende que si no se aplica el sistema RAFAM para el ejercicio 2008, el Departamento Ejecutivo deberá reformular el proyecto de presupuesto adaptándolo al sistema tradicional.» 223 HTC, Municipalidad de Bragado, Delegación XVI, Expte. 5300-1077/08, 13-III-2008, «Consulta: Sobre diversos aspectos relacionados con la omisión de tratamiento y sanción del presupuesto municipal para el año 2008, sus implicancias y alcances, y la responsabilidad del Departamento Ejecutivo y del Honorable Concejo Deliberante, en su caso. Respuesta: Las inquietudes que se plantean son las siguientes: 1) ¿Es jurídicamente correcto el desenvolvimiento de una municipalidad sin Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos vigente? El municipio está obligado a desenvolverse con un Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos para cada ejercicio; para ello, cuando éste no se encuentre aprobado se deberá ajustar a lo prescripto por el artículo 192 inciso 5) de la Constitución Provincial y el artículo 37 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. 2) ¿Qué responsabilidad le alcanza al Intendente Municipal y especialmente a los concejales del Partido de Bragado, en caso de inexistencia del Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos para el año 2008? En el supuesto caso de que no exista presupuesto, el responsable es el Intendente por no haber acatado lo dispuesto en las normas mencionadas en el punto anterior. 3) ¿Qué responsabilidad le alcanza al H. Concejo Deliberante por la omisión del tratamiento del Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos de la municipalidad presentado a este cuerpo el 28/11/2007? Complementando lo informado por la Delegación Junín,

Respecto del procedimiento que se sigue en el HTC son de destacar los siguientes aspectos:

- (1) Se parte de la presunción contra el funcionario que ejecute actos de inversión de fondos apartados de las normas vigentes, debiendo en consecuencia demostrar el agente que no medió perjuicio.¹³⁹
- (2) El procedimiento es marcadamente inquisitorio, implicando la intervención del delegado correspondiente a la zona geográfica, de un relator y luego del Tribunal con el Presidente dictando medidas ordenatorias del proceso.
- (3) El funcionario tiene la posibilidad de presentar un descargo y ofrecer prueba. (4) Las resoluciones son recurribles ante el propio Tribunal por vía de revisión.
- (5) La decisión final del Tribunal hoy es recurrible ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario (Ley 13.101). Este punto resulta por demás remarcable, por cuanto durante años no se habilitaba la posibilidad de que las resoluciones del Tribunal de Cuentas fueran cuestionadas por vía judicial. El primer paso en esa dirección lo adoptó la CSJBA basada en el Pacto de San José de Costa Rica que establece la revisabilidad plena por vía jurisdiccional de todo acto de la administración, en el fallo pronunciado en Pizagalli c. Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires se expresa por mayoría que el H.TC es un órgano estatal -no constitucional- que se encuentra dentro de la esfera administrativa, por lo que sus actos no pueden ser asimilados a una sentencia, sino a un acto administrativo definitivo, razón por la cual la vía impugnatoria no resulta ser la de recursos extraordinarios, sino la acción Contenciosa-Administrativa.²²⁶

el no tratamiento del presupuesto en el respectivo estudio de rendición de cuentas puede dar lugar a las sanciones para los concejales previstas en el artículo 243 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. 4) En caso de decidirse la prórroga del presupuesto 2007, ¿cuál debiera ser el instrumento legal y el plazo en que debe disponerse? Este punto se encuentra respondido en toda su extensión en el dictamen de la Delegación Junín. 5) En caso de dictarse la prórroga del presupuesto 2007, ¿pueden verse incrementados los gastos previstos para el personal, donde no existen los cargos ni las partidas para el pago, sin mediar acto administrativo o legislativo alguno que lo autorice? En principio, no se pueden realizar gastos sin tener los créditos presupuestarios suficientes. No obstante ello y máxime cuando se trate de incrementos salariales, éstos podrían ser acordados, corriendo el riesgo el Departamento Ejecutivo con la responsabilidad que tenga que asumir en el supuesto caso de que no se apruebe el nuevo presupuesto en el transcurso del año o no puedan compensarse los excesos ocasionados por los aumentos decretados. En cuanto al proyecto de presupuesto elevado al H. Concejo Deliberante adaptado al sistema RAFAM y su imposibilidad de llevarlo a la práctica, con fecha 19 de febrero esta Secretaría emitió dictamen manifestando que no es facultad del H. Tribunal de Cuentas autorizar prórroga alguna a su implementación. Se entiende que si no se aplica el sistema RAFAM para el ejercicio 2008, el Departamento Ejecutivo deberá reformular el proyecto de presupuesto adaptándolo al sistema tradicional.»

224 Municipalidad de Baradero, Delegación XVII, Expte. 5300-4.100/05, 22-II-2005, «Que si bien el H. Tribunal de Cuentas no tiene facultades para determinar la nulidad de una ordenanza, pronunciamiento que exclusivamente le cabe a la Justicia, le corresponde formular las sanciones que considere necesario aplicar, a los efectos de resarcir a la Comuna de los perjuicios patrimoniales que se originen como consecuencia

225 HTC, Municipalidad de Lomas de Zamora, Delegación IV, El tema trata los pagos efectuados en concepto de fotocopias correspondientes al período agosto-diciembre de 1994 por un monto total de \$ 250.011,90 y de enero a abril de 1995 por \$ 36.064,80. Señala la Relatoría que el mismo adolece de razonabilidad, en cuanto a su cantidad; como así tampoco no guardan razonabilidad con los costos unitarios de cada fotocopia, atento a la cantidad contratada. Se informó que se trataba de una campaña de evangelización, llevada a cabo por la Municipalidad en apoyo a la Iglesia Católica. Al no haber quedado demostrado el carácter oficial de los pagos realizados, ya que no se acompañaron antecedentes que así lo prueben, el H. Tribunal de Cuentas en su sentencia desaprobó los mismos, con formulación de cargo al Intendente en solidaridad con el Contador Municipal actuante. En suma, el funcionario o representante no puede ir más allá de lo que el precepto le fija, porque su mandato está limitado por la Ley. En el caso que tratamos, podrá decirse que se está dentro de la Ley pero, adelanto, fuera de su espíritu. Es por eso que este «estar en la norma» es solo aparente porque si bien la misma autoriza la compensación de excesos (Art.19 del Reglamento Interno del H. Concejo Deliberante) el gasto que motiva la compensación debe guardar razonabilidad. De estarse el mero texto legal, correríamos el peligro de dejar indefensa a la sociedad frente a quienes administran el patrimonio nacional, provincial o municipal, al no entrar en el análisis de esa razonabilidad, a la vez que incumplir materialmente – como órgano de control – con el tésis de nuestra misión. Y el legislador previó tal circunstancia, apuntando, sin dudas a que quién actúa como mandatario no puede excederse en los poderes que se le confieren y el Art.241 de la Ley Orgánica Municipal es prueba fehaciente de ello cuando enuncia que se «... establece el principio de responsabilidad

Finalmente manifestaremos nuestra posición en el sentido de que entendemos que la única manera de asegurar la autonomía municipal, es mediante Tribunales de Cuentas o sistemas de control que se establezcan a nivel local y con funcionarios elegidos en el propio territorio municipal. En tal sentido es un camino a seguir el que ha establecido la Provincia de Córdoba, donde los Tribunales de Cuenta, son electos entre los vecinos de la Municipalidad.²²⁷

4. Responsabilidad Política

El campo de la responsabilidad política refiere a los diversos mecanismos previstos por la Constitución Provincial y L.O.M. en virtud de la cual el hecho de incurrir en conductas establecidas por la LOM implica sanciones que pueden llevar a la pérdida del cargo electivo. Dado el hecho de que la consecuencia misma es dejar sin su cargo a quién ha sido electo por vecinos votantes,²²⁸ la L.O.M. prevé causales y procedimientos especial para proceder a la destitución tanto de los concejales como del intendente. En efecto, el artículo 254 LOM abre campo para que cada HCD establezca en sus respectivos Reglamentos Internos las conductas pasibles de sanciones que gradúa en: 1) Amonestaciones, 2) Multas hasta cinco mil pesos moneda nacional y 3) Destitución con causa. En cuanto al procedimiento a seguir fija dos criterios: (1) Para aplicar amonestaciones y multas, tan sólo se indica que quedará sujeto a la reglamentación de cada cuerpo, el que a nuestro entender debe garantizar el debido proceso adjetivo -derecho de defensa en juicio(2) Para la destitución debe seguirse el camino establecido para juzgar al Intendente.

(a) Destitución.

La destitución plantea de acuerdo a la interpretación que hacemos de los artículos 255, 248 y 249 y de la reforma introducida por la Ley 11.024, un serio inconveniente que a nuestro entender se resuelve de la siguiente manera: con un procedimiento distinto de acuerdo a que el concejal haya cometido un delito doloso o que haya cometido alguna grave violación a la que el reglamento interno haya atribuido carácter de falta grave.

¿Por qué decimos esto? Porque el artículo 255 remite en cuanto a los concejales que cometieran «delitos penales o las transgresiones del artículo 248» al procedimiento establecido en tal artículo y en el siguiente. Es pues claro que si la falta consiste en un delito doloso, procederá la suspensión inmediata y preventiva del concejal cuando hallándose detenido, se le hubiere dictado auto de prisión preventiva o mediare acusación fiscal si se encontrara en libertad.

de los funcionarios municipales por todo acto que autoricen, ejecuten o dejen de ejecutar excediéndose en el uso de sus facultades o infringiendo los deberes que les conciernen en razón de su cargo». «Me refiero a las casi treinta mil fotocopias diarias que, dicen se expedían. Y destaco que esta carencia de responsabilidad no requiere en los funcionarios conocimientos técnicos para advertirlas, de donde deviene que ningún concejal puede alegar incompreensión o desconocimiento del objeto contratado, su desmesurado número, valor unitario en función de la cantidad contratada y consecuente pago, que obligó a la compensación de excesos y como esta compensación requirió intervención del Departamento Deliberativo, entiendo que la responsabilidad debe extenderse a todos aquéllos que votaron por la afirmativa en la sesión respectiva, ya que, emerge de la Ley, como representante del pueblo. No puede haber mandato con un objeto irracional.» del dictado de normas que haya sancionado el H. Concejo Deliberante, a través de los concejales que votaron afirmativamente su sanción (art. 245 de la Ley Orgánica de las Municipalidades).»

226 Cabe acotar que hasta la reforma de la constitución Bonaerense de 1994, la jurisdicción contencioso administrativa correspondía con carácter originario a la Suprema Corte provincial, habiendo sido modificada tal situación por la recientemente sancionada ley que reglamentando la reforma establece el fuero contencioso-administrativo.

227 Comparten esta postura Losa Néstor, y Tenaglia, Iván, Ley Orgánica de las Municipalidades, EP, La Plata, 2000, pp. 691-692.

228 Esta concepción de respetar el procedimiento especial habida cuenta de juzgarse la continuidad o no en el cargo de quién ha sido electo popularmente, es claramente establecida en fallo de la Excm. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Es así que en causa B 53598 I 12-3-91, in re: «Aran, Marta Pilar c/ Concejo Deliberante de Gomales Chaves s/ Conflicto de poderes art. 187 Const. Prov. », donde se ha dicho: «La exigencia del denominado «quorum agravado» es aplicable tanto para los casos de destitución dispuesto de conformidad con el art. 255 como para los de cesantía decretada con fundamento en el art. 14 de la Ley Orgánica Municipal, en tanto, en ambos casos, se encuentra comprometida la estabilidad de un funcionario que accede a su cargo por elección popular».

Si se sobresee al concejal en forma provisoria o definitiva o se lo absuelve, de «pleno fuero derecho» se reintegra a su cargo, por el contrario si se le condena es destituido de pleno derecho.

Es claro que en ambos supuestos, poco o nada puede hacer el Concejo Deliberante, su decisión queda en definitiva subordinada a la disposición judicial.²²⁹ Pero por el contrario si lo que se imputan son «otras faltas graves» no existe procedimiento definido. Esto es así por cuanto el artículo 255 LOM remite únicamente a las causales establecidas en el artículo 248 LOM y habiendo sido éste reducido a los casos de delitos penales, el proceso subsiguiente previsto por el art.249 LOM no es aplicable en dicha remisión.

Tal como sostiene el dictamen de la Asesoría General de Gobierno que compartimos, a la par de la investigación judicial, si los hechos allí juzgados constituyen simultáneamente un mal desempeño de las funciones públicas; nada impide que políticamente los mismos sean juzgados, aún disponiéndose suspensiones provisorias, con prescindencia de la marcha del proceso penal.

En consecuencia con respecto a los concejales, entendemos lo único vigente es la exigencia del artículo 255 LOM de que la decisión sea adoptada por 2/3 partes de los votos y que se respeten principios mínimos de debido proceso legal -derecho de ser oído, confrontar la prueba y ejercer defensa-, ello por aplicación de principios esenciales de nuestro derecho positivo.

Posibilidad de ocurrir a la Justicia, frente a la decisión de expulsión del concejal. La sanción «política» que consiste en dejar cesante al concejal, es susceptible de ser cuestionada judicialmente en jurisdicción originaria por ante la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través del «conflicto de poderes» establecido por el artículo 187 de la Carta Magna Provincial.

El artículo 262 de la L.O.M. prevé un procedimiento abreviado en el cual las partes deben manifestar sus posiciones y acompañar sus pruebas, debiendo resolver la Corte en el plazo de 30 días, excepto que mediara sustanciación en donde se le brinda trámite sumarísimo (artículo 264 L.O.M.).

Durante la sustanciación del litigio se suspende la medida cuestionada, alcanzando la revisión judicial la legitimidad y razonabilidad de la medida. Sin embargo, entendemos que si la SCJBA entendiera que igualmente existen razones que hacen dificultosa la permanencia del funcionario en el cargo,

229 AGG, Secretaría Letrada, La Plata, XII-2002, «Que el artículo 86 de la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley 6769/58) contempla como situación susceptible de detención de concejales que la misma derive de orden o resolución emanada de juez competente basada en semiplena prueba de delito penal sancionado con prisión o reclusión mayor a dos años. De manera concordante, las normas del Código de Procedimiento Penal exigen para el dictado de la orden de detención la existencia de semiplena prueba o indicios vehementes de la comisión de un delito y motivos bastantes para sospechar que ha participado en su comisión, pudiendo convertirse -la detención- en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1) Que se encuentre justificada la existencia del delito; 2). Que se haya recibido declaración al imputado en los términos del artículo 308 o se hubiere negado a prestarla y 3) Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho (arts. 151 y 157). Por su parte, los supuestos que contempla la Ley Orgánica de las Municipalidades para proceder a la suspensión preventiva o destitución de pleno derecho, son precisamente sendos autos judiciales -auto de prisión preventiva y sentencia condenatoria firmes, respectivamente- que se constituyen en elementos objetivos vinculantes para la autoridad comunal. Por ello es que para la procedencia del procedimiento de enjuiciamiento que prevé el artículo 249 -por remisión del art. 255 segundo párrafo, parte final los procesos penales en los que se encuentran involucrados los concejales con auto de prisión preventiva firme deben encontrarse tipificados en el inciso 2 del artículo 249 que alude a negligencias reiteradas que califiquen de grave la conducta en el ejercicio de sus funciones, lesivas del interés patrimonial del municipio. Este es el sentido de la norma que armoniza con la previsión del inciso 1 que refiere a transgresiones diferentes a las previstas en el artículo anterior. Repárese entonces que los presupuestos que sustentan la orden de detención y el auto de prisión preventiva -el que aparece impedido de configuración en tanto el funcionario se encuentra con orden de detención pero no detenido- y que se constituyen en elementos objetivos vinculantes, se hallan presentes en esta instancia, aunque no con los recaudos previstos por la normativa vigente debido a las incidencias procesales provocadas por el estado procesal del concejal. En consecuencia, la calificación de la existencia de la semiplena prueba de responsabilidad o indicios vehementes de la comisión del delito que pesa sobre el funcionario comunal, debidamente ponderada por el juez interviniente en la causa, sumada a la circunstancia que se informa relativa a la denegatoria del

Algunas cuestiones vinculadas al tema.

¿Puede el Concejo Deliberante defender judicialmente en forma solidaria a un concejal? Es tradicional en la propia conducta del argentino acudir a una solidaridad inmediata e instantánea con quién es un par y está afrontando un problema. Si ello es cierto en situaciones graves y comprometidas como la existencia de casos criminales, no lo es menos en su consecuencia en situaciones de menor grado institucional, como pueden ser incompatibilidades o inhabilidades. Sin embargo, esas posibilidades de reaccionar como ‘cuerpo’ están institucionalmente acotadas por la legislación pertinente y las propias interpretaciones que brinda la Excma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En efecto, esa defensa colectiva de uno de los miembros del cuerpo, debe estar limitada en principio a defensas de tipo institucional, en otras palabras, en articulaciones que hagan a la propia esencia del HCD. Para ser más claro ejemplifiquemos: si un Concejal, es atacado por su carácter de tal o enfrenta dificultades y/o términos peyorativos, que afectan tanto su función, como así la posibilidad de que se desempeñe correctamente y/o implican afrentas a su labor de legislador, entonces el mecanismo normalmente previsto de la «cuestión de privilegio», servirá para que el cuerpo reaccione frente a una situación que injustamente entorpece la labor de uno de sus miembros, repercutiendo sobre la totalidad del mismo.

De igual manera y tal como hemos expresado anteriormente en diversos comentarios de esta obra, el HCD siempre podrá actuar como legitimado judicial en todos aquellos casos en que las leyes procesales así los autorizan, máxime en cuestiones que revisten cierta gravedad institucional municipal. Es claro y específicamente determinado que podrá acudir en todos aquellos supuestos en que haya conflictos de poderes municipales. Por el contrario, el HCD carece de potestades para intervenir administrativa y/o judicialmente como parte, en aquellos supuestos en que la actividad del cuerpo no se vea comprometida y se trate de una situación que concretamente afecta al Concejal en su persona o a un grupo de ellos. En tal sentido ha sido clara la decisión del Excmo. Tribunal provincial en Llórente, Julio Héctor e/Instituto Previsión Social s/Demanda Contencioso Administrativa, A. Y S. 1990-1, 777. Concretamente en el caso frente a una incompatibilidad que se genera entre un concejal que percibe jubilación proveniente del Instituto Provincial de Jubilaciones y Pensiones, y que resuelve este último organismo privando al concejal de su beneficio, es el propio HCD quién sale en su defensa judicial. Frente a tal situación la Corte considera que no existe legitimación alguna debido a que el planteo es del concejal individual no existiendo afectación del HCD que habilite su actuación en el caso.²³¹

pedido de eximición de prisión, constituirían motivos razonables y suficientes para disponer la suspensión del ejercicio de la funciones de concejal hasta tanto se resuelva su situación judicial, habida cuenta que el estado de rebeldía procesal en que se encuentra el concejal no solo conlleva la imposibilidad de una eventual configuración de pleno derecho –que opera en el supuesto de hallarse detenido y se dictare en su contra auto de prisión preventiva firme–, sino que además se erige como un impedimento para el ejercicio efectivo del cargo que desempeña. Una interpretación contraria llevaría a la desinteligencia de negarle a un cuerpo colegiado disponer sobre uno de sus miembros en tanto que encontrándose imputado de la comisión de un delito doloso su destitución ipso jure se produce sólo con la sentencia condenatoria firme y que por otra parte, manteniéndose prófugo -con orden de detención pero no detenido- interdicta la configuración de la suspensión preventiva de pleno derecho y por consiguiente la articulación alternativa del procedimiento de enjuiciamiento prevista en el segundo párrafo - in fine- del artículo 255 de la Ley Orgánica de las Municipalidades. A mayor abundamiento y en abono de la razonabilidad de la medida proyectada, es dable agregar que el estado de incertidumbre provocado por la actitud adoptada por el concejal no puede ir en detrimento ni alterar el regular funcionamiento y representatividad del órgano deliberativo, razón por la cual la suspensión, que adquiere las características de una providencia cautelar, provisoria y supeditada a las incidencias del proceso judicial, en modo alguno aparece como desproporcionada teniendo en consideración los antecedentes fácticos y jurídicos que la motivan. Por último, adviértase que una interpretación contraria llevaría a limitar la procedencia de suspensiones preventivas a las dictadas en el marco de un procedimiento de enjuiciamiento del concejal previsto por el artículo 249, cuando en rigor dichos juzgamientos se encuentran previstos para los supuestos que contemplan los incisos 1 a 3 de la norma; con el agravante de que el primero de ellos excluye a las transgresiones dispuestas en el artículo 248 (y por remisión a las del 255), por lo que la disposición que prevé el artículo 255 segundo párrafo parte final referente a su implementación quedaría restringida al supuesto del inciso 2, esto es, negligencias reiteradas que califiquen de grave la conducta en el ejercicio de sus funciones, lesivas al interés patrimonial del municipio. (Compendio de Dictámenes, La Plata, Buenos Aires, Pp. 142 – 143).

¿Quién representa al Honorable Concejo Deliberante en caso de ser demandado?

Indudablemente la Municipalidad es responsable ante un tercero por cualquiera de los actos o hechos que cometan sus órganos en ejercicio de sus funciones. Ello implica necesariamente al propio HCD, el que en tanto departamento municipal, hace responsable a la comuna por sus decisiones. Por ello, la defensa de sus actuaciones como cuerpo com-pete a la misma asesoría legal que haga lo propio con cualquier acción que se enderece contra el municipio.

Esto obviamente no elimina las eventuales responsabilidades individuales civiles que puedan corresponder bajo el imperio del art. 1.112 del Cód. Civil, sin perjuicio de las propias responsabilidad penales, administrativas, políticas y contables.

Distinto claro está, será el supuesto del conflicto de poderes, en el que el Ejecutivo demande al Legislativo, en tal caso la defensa quedará a cargo del Presidente del Cuerpo, quién en caso de no contar con asesor legal podrá contratar uno a cargo del presupuesto del HCD.

230 La SCJBA ha sostenido que, en principio, la sola presentación del conflicto de poderes conlleva la suspensión de los actos cuestionados, pero lo ha hecho dejando a salvo que tal pauta puede reconocer excepciones (SCJBA, Causa B 66.400 «Intendente Municipal de General Lamadrid», res. del 3-IX-03; B 65.830 «Gonzalez», res. del 3-IX-03; B 66.457 «Ostoich» res. del 10-IX-03; B 68.087 «Luttermann» res. del 15-XII-04; B 68.114 «Aguirre», res. del 9-III-05 y B 68.751 «Lopes», res. del 12-VII-06). Tal como señala en la causa B-69558 «Porretti Roberto Martín c. Concejo Deliberante del Municipio de Pinamar s. Conflicto art. 196 de la Const. Prov.», en determinados supuestos podrá hallarse mérito suficiente para no suspender la decisión impugnada (doct. causa B 64.253 «Ghironi», res. del 17-VII-02; «Es que, como todo arbitrio cautelar (B 68.114 «Aguirre», res. del 9-III-05), la decisión exige del órgano jurisdiccional la ponderación de las circunstancias del caso (doct. causa B 64.519 y acumulada B-64.471 «Fiscal de Estado c/ Municipalidad de Mercedes», res. del 4-XII-02), por lo que no cabe sino el rechazo del predicado carácter mecánico o automático de la suspensión de la medida cuestionada.»

231 «Los Concejos Deliberantes no se encuentran autorizados para cuestionar judicialmente la resolución del Directorio del Instituto de Previsión Social 04/84 por la que considera a sus miembros afiliados al régimen del decreto ley 9680/80 generando la incompatibilidad en el cargo con la percepción del beneficio jubilatorio, en razón de que no se encuentran comprometidas sus atribuciones institucionales, sino las situaciones subjetivas de los funcionarios ajenos a su competencia.»

CAPITULO IX

EL HCD, MEDIOS DE PARTICIPACIÓN POPULAR Y DESAFÍOS VENIDEROS

1. Mecanismos de participación indirecta y Concejo Deliberante Una de las temáticas que consideramos necesario contemplar, es en qué medida la utilización hasta ahora novedosa pero incipiente de mecanismos de participación directa de la población en las decisiones comunales afecta o no a los concejos deliberantes en general y a sus integrantes en particular. El tema tiene una profunda vinculación con una antigua temática referida a la pregunta de a quién representan los legisladores y a quién responden una vez electos, si es que responden a alguien. En efecto, ya desde antaño, se ha planteado si el concejal responde necesariamente a los dictados de la comunidad o si por el contrario una vez electo, debe asumir que se le ha elegido para efectuar lo que mejor considere a su criterio. Parece una cuestión circular, por cuanto en la medida en que su buen tino le oriente en una buena gestión -es decir, acorde a las necesidades y aspiraciones de sus votantes-, es posible que pase una nueva prueba eleccionaria que brinde sentido a su actuar anterior. Sin embargo, la duda es qué es lo que ocurre en el lapso temporal que transcurre entre el momento en que es electo y el momento en que abandona su cargo, cuatro años después. Por ello y siendo que en muchos supuestos, los daños que la desidia puede ocasionar y el resentimiento que la gente acumula en cuanto se desvíe el «buen tino» del concejal de lo que sus electores le habían marcado debía de ser su «gestión», se ha ido concibiendo cada vez con más necesidad la participación popular, al menos en cuestiones de trascendencia comunitaria.

La pregunta es entonces en qué medida esa mayor participación afecta o puede al menos afectar en forma potencial la labor del concejal. A nuestro entender ello no debería suponer mayores dificultades.

La utilización del plebiscito y referéndum en nada contradicen el carácter de gobierno representativo que posee el Municipio, ello así por cuanto no existe delegación alguna de poder legislativo en el pueblo. De hecho bajo nuestro ordenamiento constitucional, todo poder es delegado del pueblo en quién reside originariamente y que puede acordar representatividad bajo ciertas circunstancias.²³² Que siguiendo con esta línea de ideas, se puede afirmar que el referendun en este caso es mucho más que la expresión ambiguamente fundada de la preferencia de los vecinos, sino que es la ciudad legislando y decidiendo directamente a través de sus votantes,²³³ invocando en este proceder a todos los vecinos y no tan sólo a sus representantes.

232 En el ámbito del derecho municipal norteamericano así se han expedido: «Hunter v. Erickson». 393, US 385, 392, 89, Sct.557, 561, 21 L.Ed.2d. 616 (1969); «James V. Valvatierra». 402 U.S., 137, 91 Sct. 1331, 28L.Ed. 2d. 678.

233 Mr. Justice Black, Suprema Corte de Estados Unidos, en «Washington ex. Ref. Seattle Titile Trust Co. v. Roberge», 278 US 116, 49 S.Q.50, 73 L.Ed. 210 (1928). 2343- HTCuentas, Expediente: 4079-43710/02, 17/12/2002, Consulta de Morón: «Sobre diversos aspectos relacionados con la figura de la Defensoría del Pueblo y su ámbito de funcionamiento.- Respuesta: La doctrina ha entendido que dichas Defensorías pueden incluirse, indistintamente dentro de alguno de los dos Departamentos que conforman el régimen municipal.- Sobre este aspecto, en forma genérica, se principia por señalar que de no ser una iniciativa del Departamento Ejecutivo, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de las Municipalidades el Concejo solamente puede crearlo en su propio ámbito, teniendo en cuenta el artículo 31 y respetando el límite establecido por el artículo 39 de la citada ley.- En conclusión, desde la óptica presupuestaria se entiende que al determinarse que la Defensoría se crea en el ámbito del H. Concejo Deliberante, las partidas necesarias para su funcionamiento deben pertenecer a su jurisdicción».- Y HTC Expediente: 4119-7721/00, 30/10/2000. «Consulta: Sobre la inclusión de la estructura orgánica funcional de la «Defensoría del Pueblo de Vicente López» en las jurisdicciones establecidas, o bien la creación por fuera de ellas.- Respuesta: La Constitución Provincial en su artículo 190, define los Departamentos que conforman el régimen municipal. En su Sección Quinta - Poder Ejecutivo, incluye a organismos que cuentan con leyes específicas que regulan su funcionamiento. Por lo tanto, se entiende que se deberá incluir a dicha Defensoría dentro de alguno de los Departamentos - Ejecutivo o Deliberativo -, dado que no se estaría vulnerando lo establecido en el Gobierno Provincial en materia municipal». En sentido parecido se

Ahora bien, dicho esto en el sentido de que no existe contradicción entre las formas de participación directa e indirecta en una democracia, cabría preguntarse qué límites asume la cuestión para diversos supuestos, por cuanto en muchos de ellos aparecen cuestiones legales.

1.1. Caso del defensor del pueblo comunal.

Es muy particular el caso del defensor del pueblo u ombudsman a nivel municipal en nuestra Provincia. Tal como es sabido esta figura incorporada en la Constitución Nacional de 1994 y en su par de la Provincia de Buenos Aires (artículo 55), en el mismo año, no se encuentra aún vigente en nuestra jurisdicción. Mucho menos aún, fue incorporada en el Capítulo VI ni en la LOM. Ello no ha impedido que a partir de ese entonces, distintas municipalidades como La Plata, Vicente López, entre otras, regularan el instituto con diferentes alcances y cometidos, pero normalmente en un paralelo con la figura nacional, como un resguardo de intereses colectivos y un control permanente en la normal prestación de los servicios públicos y en la calidad de los mismos.

Ahora bien, más allá de las ponderaciones positivas que en lo personal tengo para el Instituto, distinta ha sido la lectura que del mismo ha hecho el HTC de la Provincia de Buenos Aires. Ante la ausencia de norma expresa que lo incorpore a nivel municipal, la asignación presupuestaria de su funcionamiento y la independencia del mismo se ha convertido en toda una problemática. Tal como resulta de sendos dictámenes del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires²³⁴; no es posible crear la figura del Defensor del Pueblo, sin ubicar la misma y hacer depender su partida de uno de los dos Departamentos que tiene la Municipalidad por Constitución Provincial y Ley Orgánica Municipal.

Adicionémosle, que la reforma de la Ley 11.664 al artículo 39 de la Ley Orgánica Municipal, establece que en ningún caso el presupuesto del Concejo Deliberante puede superar el 3% del total – lo que en la práctica significa que en muchos municipios ello alcance tan sólo para pagar las dietas y el funcionamiento mínimo indispensable –, para tener la certeza, de que su ubicación y partidas dependerán del Ejecutivo Municipal. Por cierto, una muy mala señal y razones suficientes para considerar que de inicio, se priva a esta valiosa institución de su propia razón de ser. Pero además de llevar al extremo lo resuelto por el HTC, ante la consulta Morón que se referencia en nota al pie; en la medida en que la iniciativa no parta del Departamento Ejecutivo, compulsivamente la ubicación y dependencia presupuestaria del Defensor será del Deliberativo, llevándonos a la advertencia realizada en el párrafo inmediato anterior. Es decir, sin la anuencia del Ejecutivo, resulta prácticamente imposible la creación del Defensor del Pueblo local.

ha expedido la AGG al decir en el Expediente N° 4028-839/04: «(Artículos 25 y 27 inc. 28) La instauración de la figura jurídico-institucional del Defensor del Pueblo tiene por finalidad crear una instancia de control por un organismo público con independencia funcional, autarquía y que no reconozca adhesión política a partidos o colores de gobierno... Frente a tales fundamentos y dado el marco de nuestra organización institucional provincial que gravita sobremanera en el régimen municipal, este Organismo Asesor estima pertinente resaltar que la creación de un Defensor del Pueblo municipal en la forma, caracterización y contenido desarrollado en el proyecto de fojas 1/12 no es jurídicamente admisible y viable, habida cuenta que la Constitución Provincial no prevé el establecimiento de este tipo de órgano-institución extra-poder y/o independiente de alguno de los dos departamentos municipales (Deliberativo y Ejecutivo). Repárase a respecto que el conferimiento de atribuciones y facultades de los respectivos órganos locales es competencia privativa de la Legislatura Provincial (conf. artículos 190 y 191 –exordio- de la Constitución Provincial, artículos 5, 121 y 123 de la Constitución Nacional). Es más, la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley N° 6769/858 y modif.) en ninguna de sus disposiciones –sea en forma específica o genérica faculta al Concejo Deliberante a crear dicha institución. Si bien el Cuerpo Deliberativo puede crear organismos municipales de control de la administración comunal, interno o externo al Ejecutivo local (conf. artículos 25 y 27 inc. 28 de la L.O.M.), siempre y en todos los casos deberá depender de alguno de estos dos departamentos comunales, y el ámbito y extensión de facultades, obligaciones y atribuciones que se confieren por delegación al organismo a crearse no pueden ir más allá que las que posee el mismo departamento, ya que es bien sabido que nadie puede otorgar un derecho mayor al que posee. El Concejo Deliberante está constitucional y legalmente imposibilitado de institucionalizar la figura del Defensor del Pueblo municipal por carecer de competencia para ello.» 235 Maiorano, Jorge, Historia del Ombudsman. Parte III., señala que es requisito que se garantice la independencia funcional a efectos de evitar que esa institución opere en pos de «intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas».

Pero adicionalmente no podemos dejar de destacar que una de las características de una defensoría del pueblo es que actúe con independencia;²³⁵ si su propio funcionamiento puede quedar sujeto al capricho económico del Ejecutivo ¿Cómo cumplir con ese cometido? En conclusión siendo ventajosa la introducción de este instituto en las Municipalidades, particularmente aquellas de gran población, se encuentran aún obstáculos legales que deben ser subsanados.

1.2. CASO DEL PRESUPUESTO PARTICIPATIVO

El presupuesto participativo intenta incorporar en forma directa a los vecinos y ongs en la determinación de las erogaciones que son necesarias para determinados sectores de la localidad. Con amplia difusión en el vecino país de Brasil, se ha ido incorporando en distintas Municipalidades de nuestro país la utilización de este esquema. Por ejemplo, la ley de Comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, prevé la participación vecinal en la definición de las necesidades barriales a ser incorporadas en el plan de erogaciones e inversiones del año entrante.

Pero si ello es así, nuevamente el HTC tiene una visión distinta, limitando el potencial alcance del instituto en las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires. Ante un pedido de la Municipalidad de Coronel Suárez,²³⁶ respecto de la viabilidad e implementación del Proyecto de Ordenanza en el cual se crea el Programa de Presupuesto Participativo, respondió que: «Dentro de las presentes actuaciones se acompaña copia del Proyecto de Ordenanza donde en los vistos y considerandos se realza la figura de la participación ciudadana como elemento que garantice y haga más eficiente la gestión municipal, en el marco de un aporte complementario a la democracia representativa. Que, sin dejar de reconocer los fundamentos valiosos expuestos para la elaboración del Proyecto de Presupuesto Participativo, la figura que se pretende instaurar no se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de las Municipalidades.

Que la actual norma en su artículo 109 establece que el Departamento Ejecutivo deberá proyectar la ordenanza del presupuesto de gastos y recursos, siendo éste quien debe tomar las decisiones en cuanto a la elaboración presupuestaria. Que, a su vez, la Ley Orgánica de las Municipalidades faculta ampliamente al H. Concejo Deliberante a realizar el control y seguimiento presupuestario. Que en virtud del marco normativo existente, la participación ciudadana a través de los vecinos puede ser llevada a cabo desde un punto de vista consultivo, es decir que se conozca la opinión o los diferentes reclamos, sin que ello sea vin-

<http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org>.

234- HTCuentas, Expediente: 4079-43710/02, 17/12/2002, Consulta de Morón: «Sobre diversos aspectos relacionados con la figura de la Defensoría del Pueblo y su ámbito de funcionamiento.- Respuesta: La doctrina ha entendido que dichas Defensorías pueden incluirse, indistintamente dentro de alguno de los dos Departamentos que conforman el régimen municipal.- Sobre este aspecto, en forma genérica, se principia por señalar que de no ser una iniciativa del Departamento Ejecutivo, de acuerdo al artículo 35 de la Ley Orgánica de las Municipalidades el Concejo solamente puede crearlo en su propio ámbito, teniendo en cuenta el artículo 31 y respetando el límite establecido por el artículo 39 de la citada ley.- En conclusión, desde la óptica presupuestaria se entiende que al determinarse que la Defensoría se crea en el ámbito del H. Concejo Deliberante, las partidas necesarias para su funcionamiento deben pertenecer a su jurisdicción».- Y HTC Expediente: 4119-7721/00, 30/10/2000.

«Consulta: Sobre la inclusión de la estructura orgánica funcional de la «Defensoría del Pueblo de Vicente López» en las jurisdicciones establecidas, o bien la creación por fuera de ellas.- Respuesta: La Constitución Provincial en su artículo 190, define los Departamentos que conforman el régimen municipal. En su Sección Quinta - Poder Ejecutivo, incluye a organismos que cuentan con leyes específicas que regulan su funcionamiento. Por lo tanto, se entiende que se deberá incluir a dicha Defensoría dentro de alguno de los Departamentos - Ejecutivo o Deliberativo -, dado que no se estaría vulnerando lo establecido en el Gobierno Provincial en materia municipal».

En sentido parecido se ha expedido la AGG al decir en el Expediente N° 4028-839/04: «(Artículos 25 y 27 inc. 28) La instauración de la figura jurídico-institucional del Defensor del Pueblo tiene por finalidad crear una instancia de control por un organismo público con independencia funcional, autarquía y que no reconozca adhesión política a partidos o colores de gobierno... Frente a tales fundamentos y dado el marco de nuestra organización institucional provincial que gravita sobremanera en el régimen municipal, este Organismo Asesor estima pertinente resaltar que la creación de un Defensor del Pueblo municipal en la forma, caracterización y contenido desarrollado en el proyecto de fojas 1/12 no es jurídicamente admisible y viable, habida cuenta que la Constitución Provincial no prevé el

culante para el funcionario actuante para la elaboración de los proyectos de presupuesto. Por lo tanto, sobre la base de lo expuesto no serían admisibles los postulados que emanan del proyecto aludido. Por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 2º: «...promoverá el debate y el involucramiento de los vecinos en la elaboración, seguimiento y control de la ejecución del Presupuesto General de Gastos y el Cálculo de Recurso. Tampoco se cree procedente que en el proceso participativo intervengan los vecinos en la toma de decisiones de todo lo referente a los lineamientos generales, asignación de recursos y gastos, política tributaria y seguimiento de la ejecución presupuestaria.»

1.3.CASO DEL PLEBISCITO Y DEL REFERÉNDUM

Fueron los romanos quienes a partir del siglo IV antes de Cristo utilizaban el plebiscitum para legitimar sus decisiones ante la asamblea de plebeyos, luego esta práctica se extendió para definir problemas de soberanía.»²³⁷

Se ha dicho que «En los sistemas políticos contemporáneos se le toma como una forma de legitimar una resolución política grave, mediante el expediente de someterla a votación de la ciudadanía».²³⁸ El plebiscito se constituye así en una consulta al electorado respecto de una decisión política, aunque susceptible de tomar forma jurídica. El plebiscito es así una «una votación popular sobre temas de relevancia constitucional, sin embargo dice que hace falta una definición unívoca que lo diferencie del referéndum y que puede descartarse una diferencia histórica en el uso de uno u otro.»

Va de suyo, que por su naturaleza, el plebiscito es de uso excepcional y por medio del mismo, se intenta obtener la opinión de la mayoría de los pobladores respecto de si dan consenso o no, respecto de determinadas decisiones políticas que pueden resultar controvertidas. En la provincia de Buenos Aires, a pesar de la carencia de reglamentación expresa, diversas municipalidades lo han utilizado como medio de obtener la opinión popular.²³⁹

El referéndum nace con la revolución francesa, siendo presentado el proyecto de Constitución de 1793, a la votación ciudadana.

El referéndum, puede ser facultativo u obligatorio; en el primero la intervención es prescindible sin mayor consecuencia sobre el acto, y en el segundo, la votación es requisito ineludible para la validez del acto.

La iniciativa popular se ejerce mediante la presentación de un proyecto firmado por un número determinado de electores, que solicita la adopción de una ley o su abrogación o la revisión de la constitución, por lo tanto, la Iniciativa popular es una figura que se utiliza para que

establecimiento de este tipo de órgano institución extra-poder y/o independiente de alguno de los dos departamentos municipales (Deliberativo y Ejecutivo). Repárase a respecto que el conferimiento de atribuciones y facultades de los respectivos órganos locales es competencia privativa de la Legislatura Provincial (conf. artículos 190 y 191 –exordio- de la Constitución Provincial, artículos 5, 121 y 123 de la Constitución Nacional). Es más, la Ley Orgánica de las Municipalidades (Decreto-Ley N° 6769/858 y modif.) en ninguna de sus disposiciones –sea en forma específica o genérica faculta al Concejo Deliberante a crear dicha institución. Si bien el Cuerpo Deliberativo puede crear organismos municipales de control de la administración comunal, interno o externo al Ejecutivo local (conf. artículos 25 y 27 inc. 28 de la L.O.M.), siempre y en todos los casos deberá depender de alguno de estos dos departamentos comunales, y el ámbito y extensión de facultades, obligaciones y atribuciones que se confieren por delegación al organismo a crearse no pueden ir más allá que las que posee el mismo departamento, ya que es bien sabido que nadie puede otorgar un derecho mayor al que posee. El Concejo Deliberante está constitucional y legalmente imposibilitado de institucionalizar la figura del Defensor del Pueblo municipal por carecer de competencia para ello.»

235 Maiorano, Jorge, Historia del Ombudsman. Parte III., señala que es requisito que se garantice la independencia funcional a efectos de evitar que esa institución opere en pos de «intereses partidarios o amortiguador de disputas políticas». <http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org>.

236HTC, Municipalidad de Coronel Suárez, Delegación XI, Expte. 4028-3.026/05, 27-VI-2005.

237 Prou´Homme, An-Francois, Consulta popular y democracia directa, México, IFE, 1997.

238 Arteaga Nava, Elisur, Je Derecho Constitucional, colección jurista latinoamericanos, Oxford University Press-Harla-México, México, 1998, p.108.

239Coronel Rosales convocó a plebiscito el 19 de setiembre de 2004, para que los vecinos de Huanguelén se expresaran respecto de si querían o no su autonomía del Partido (La Nación, 20-IX-04). De la misma manera se consultó a los habitantes de Puerto Quequén si deseaba continuar en el partido de Necochea o incorporarse a Lobería. (Diario La Capital, Mar del Plata, 28-III-04)

el electorado participe de manera directa en el proceso de presentación y, elaboración de proyectos de derogación y presentación de proyectos de ley ante los cuerpos legislativos. Esta figura no tiene recepción expresa en nuestro sistema municipal.

1.4. CASO DE LA BANCA NÚMERO 25

En algunas municipalidades, comenzando por la de General Pueyrredón, se ha introducido la idea de la banca suplementaria a la de los concejales; permitiéndose así que si algún vecino quiere expresarse sobre un tema, cuente – previa inscripción en un listado – con la posibilidad de hacerlo durante un lapso de tiempo asignado. La ventaja del sistema radica en incorporar la voz de vecinos a las sesiones del HCD, aunque obviamente se limita a ello, careciendo de voto alguno.

1.5. CASO DE LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

Según señala Gordillo, el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional, señalando que tanto en forma implícita como explícita se encuentra incorporada en la Constitución. La audiencia pública según su autorizada voz, es el único modo de aplicar al supuesto del art. 43 la garantía del art. 18, toda vez que ello permite la efectiva participación útil de los interesados,¹⁰ en el sentido de que sean admitidos los que tienen derecho o interés legítimo y también los titulares de derechos de incidencia colectiva.²⁴⁰

Señala Gordillo que ese grado de participación, no sólo es reconocida por la Constitución, sino que normas supranacionales, tales como el Pacto de San José de Costa Rica, art. 23.1; la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XIX y XX, llevan al mismo resultado.

La audiencia pública implica la convocatoria a los aquellos vecinos que deseen tomar parte en las discusiones previas a la decisión del gobierno, facilitando así la participación ciudadana.

Claro está que frente a esa manifestación, el deber de las autoridades, no sólo radica en escuchar esos comentarios, sino en expedirse concretamente sobre los mismos al momento de decidir. En tal sentido, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, genera en algunas materias típicamente municipales, como es el planeamiento urbano; la necesidad de que se produzcan leyes de doble lectura con audiencias preliminares entre una sesión y otra de la Legislatura. Nada impide en nuestro parecer que por ordenanza se regule la generación de estos mecanismos para el momento de decidirse sobre materias centrales para la vida de la Ciudad, entre ellas, el urbanismo.

Tal como refiere el mismo autor se encuentra en el seguimiento de este camino, numerosas ventajas:

«a) es una garantía objetiva de razonabilidad para el administrado en cuanto percepción de que el Estado actúa con sustento fáctico, proporcionalidad, etc.; b) es un mecanismo idóneo de formación de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal, de testear la reacción pública posible antes de comprometerse formalmente a un curso de acción; c) es una garantía objetiva de transparencia de los procedimientos estatales respecto de los permisionarios y concesionarios, de modo tal que el público perciba esa relación como transparente y límpida. Esa transparencia, conviene no olvidarlo, viene también exigida por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Y como tiene dicho Brandeis, la luz del sol es el mejor desinfectante y el mejor policía. d) Es un elemento de democratización del poder, conforme al ya clásico principio de que ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder, como lo explica Rivero.

240CSJN, in re AGUEERA, LL, 1997-C, 322, con nota: «Las asociaciones de usuarios y la defensa de los derechos de incidencia colectiva (Acción declarativa de inconstitucionalidad);» CNFed. CA, Sala V, Rodríguez, Jesús, LL-1996-E, 80; Sala II, Nieva, LL, 1998-B, 546 año 1997.

e) Es también un modo de participación ciudadana en el poder público, exigido por principios políticos, constitucionales y supranacionales.»

Ahora bien, realizadas estas aseveraciones, no podemos dejar de advertir que en la regulación, funcionamiento concreto de las audiencias e implementación de las mismas, deben seguirse estrictos criterios para evitar que se convierta en un simple paso formal más, en el que la auténtica participación ciudadana sea reemplazada por sociedades intermediarias desconocidas o vecinos cooptados por la voluntad estatal.

Respecto de la constitucionalidad de la incorporación de las audiencias públicas, inclusive como procedimiento a seguir por el Departamento Ejecutivo en el otorgamiento de habilitaciones, la SCJBA se ha expedido a favor de la misma.²⁴¹ En consecuencia, los HCD pueden establecer como condiciones para obtener determinados permisos, acudir a este principio.

2. Tendencias a modificar el número de concejales

Pero si la tendencia es la participación popular con mayor asiduidad en la decisión de cuestiones propias de la ciudad, también existe la proyección a modificar los concejos deliberantes en su número de componentes. Y en este punto debemos dejar en claro que existen dos modelos diametralmente opuestos, que tuvimos oportunidad de ver en funcionamiento, como así de cotejarlos en dos recientes exposiciones brindadas en la Conferencia de Puerto Iguazú, sobre «Municipios: Desafío Territorial del Siglo XXI». En efecto, uno de los expositores fue el Dr. Andrew Nickson de la Universidad de Birmingham, Inglaterra, quién atribuyó gran parte de los problemas de las ciudades Latinoamericanas a la ausencia de mayor participación popular expresada en un mayor número de concejales, citando como ejemplo que la mayor cantidad de concejales que registraba una ciudad Iberoamericana era San Pablo con 60 concejales y más de 14.000.000 de habitantes. Por el contrario citaba como ejemplo a la ciudad de Birmingham que con aproximadamente 2.000.000 de habitantes superaba los 160 concejales. En su criterio el mayor número de ediles aseguraba menor número de electores necesarios para acceder a la banca, incrementando la representación y la posibilidad de ingreso de minorías al HCD. En la posición opuesta, expuso el Dr. Alan Rossembaun de la Florida International University, de Miami, Estados Unidos, quién se manifestó partidario de concejos deliberantes reducidos, sustentando que frente al protagonismo que posee el Mayor o Intendente en los sistemas presidencialistas, un Concejo Deliberante muy numeroso implicaría la atomización de poder y en consecuencia perdería todo peso y equilibrio frente al Ejecutivo. Como contrapartida al ejemplo inglés citó el caso del Condado de Dade, en Florida (entre cuyas ciudades se encuentran Miami, Miami Beach, Coral Gables, Kendall, South Miami, Hialeah), que con aproximadamente dos millones de habitantes, tan sólo tiene 13 comisionados (concejales). Como ejemplo en esa dirección se enrola la Provincia de Santa Cruz, en nuestro país, en el que todas las municipalidades con la sólo excepción de Río Gallegos que tiene siete concejales, cuentan con cinco ediles.

En nuestra provincia particularmente y en forma oscilante se ha planteado la necesidad de reducir el número de concejales, principio que se aplicó transitoriamente en los Partidos que se han creado últimamente. En ellos, los Concejos Deliberantes quedaron inicialmente reducidos a la mitad de integrantes que correspondería de acuerdo a la legislación aplicable al resto de las comunas.

241 SCJBA, causa B 63089 I, Municipalidad de Lomas de Zamora c/ Concejo Deliberante de Lomas de Zamora s/ Conflicto art. 196 Constitución Provincial y art. 261 LOM, 07-XI-2001, «No se avasalla ni se afecta alguna atribución del Ejecutivo municipal si se establece como requisito esencial del procedimiento previo al otorgamiento de localizaciones y habilitaciones de confiterías bailables y otros establecimientos afines la realización de una audiencia pública (arts. 3 y 5, Ordenanzas n° 9901 y n° 9914) al tratarse de una exigencia que se incorpora en armonía con el plexo normativo que desde la propia Carta constitucional otorga a los institutos de participación ciudadana y, al mismo tiempo, a los derechos de incidencia colectiva, reconocimiento y protección (cfr. arts. 14, 20.2, 28, 38, 44, 67 y conchs. Const. prov.; arts. 39, 40, 41, 42, 43 y conchs. Constitución nacional).»

En nuestro criterio, entendemos que la posibilidad de ampliar o reducir el número de concejales, son dos posibilidades que cuentan con argumentos igualmente válidos para justificarlos. En nuestro pensamiento, no observamos razones que a nuestro entender justifiquen esa reducción en el número de ediles; antes bien, aún quedan numerosos municipios en la Provincia de Buenos Aires a los que no se le ha adecuado el número de concejales conforme a los últimos censos y a la LOM.

Ahora bien, consideramos que si se procediera a reducir el número de integrantes, tal medida no puede ser adoptada en forma aislada sino que necesariamente debe verse complementada con mecanismos de participación directa del vecino; así como con la descentralización de decisiones a través de asociaciones vecinales, sociedades de fomento o sociedades intermedias.²⁴² De esta manera la pérdida de representatividad por ampliación del número de electores necesarios para acceder al cargo, se ve suplida por herramientas que le devuelven la decisión originaria al vecino en cuestiones de trascendencia comunitaria.

3.Capacitación y Compromiso

La actualidad exige como un reto permanente la obligación de capacitarse. Lamentablemente, durante mucho tiempo se ha entendido que quienes ocupan cargos electivos, están eximidos del aprendizaje formal. Pareciera que el carisma o la mera sensibilidad para escuchar las peticiones del votante, fueran «per se» sellos de calidad de la gestión. Desafortunadamente, en la práctica, nos hemos encontrado en más de una ocasión con concejales, de indudable mérito en cuanto al camino recorrido para acceder a la banca y de innegable consenso entre los electores que; sin embargo, una vez en funciones no sólo se vieron profundamente deslucidos, sino que cometieron errores de tal gravedad conceptual que resultaban no solamente inadmisibles, sino que culminaron afectando la propia imagen ante el votante.

En un mundo que exige ya no sólo para cualquier función, sino como propio factor de poder el conocimiento,²⁴³ no es conveniente ni admisible que los legisladores comunales se mantengan en la ignorancia del marco institucional en el que desenvuelven, o de las herramientas novedosas que pueden servir a sus funciones. Claro está que no pretendemos con esto preconizar el conocimiento como única herramienta, ni mucho menos convertir a quién es esencialmente un político en un tecnócrata, por cuanto la estupidez no distingue entre clases, aún cuando la educación remueve alguna de sus causas.²⁴⁴

Poniendo la situación en sus correctos límites, sostenemos que será cada vez más imprescindible para el concejal adentrarse en el conocimiento de nuevas técnicas políticas, jurídicas, económicas, sociales, culturales y comunicacionales, para sustentar y lucir su gestión municipal. Pero si se exige el incremento de esta demanda de servicios educativos, corresponde como acertadamente están ejecutando la Escuela de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, algunas Fundaciones y Partidos Políticos, generar una adecuada oferta de propuestas concordantes. Todavía existe en la materia un déficit compartido entre unos y otros. Creemos sin embargo, que la brecha se cerrará en el futuro.

242 Jeffrey Berry, Kent Portney & Ken Thompson, *The Rebirth of Urban Democracy*, Boston, 1993, pp. 10-14, mencionan cinco casos del sentido de nueva democracia e incentivación de la actividad de sociedades intermedias, son las ciudades de Birmingham, Dayton, Portland, San Antonio y St. Paul. 243 En este sentido es por demás premonitorio Alvin Toffler, al pronosticar que: «El conocimiento está peor distribuido todavía que las armas y la riqueza. De aquí que una distribución del conocimiento... sea todavía más importante que una redistribución de los otros recursos importantes del poder y puede llevar a ella.» Toffler, Alvin, *El Cambio del Poder*, México, Plaza & Janes Editores S.A., 1990, p. 545. En el mismo sentido informando tanto sobre el poder del conocimiento y de la información, como sobre los riesgos que entraña tanto su ocultación como tergiversación puede verse Revel, Jean Francois, *El Conocimiento Inútil*, Buenos Aires, Planeta, 1989.

4. Incorporación de Tecnologías. Gobierno electrónico

Hemos expresado en esta obra, la necesidad de preocuparse sustancialmente por el destinatario primero y último de la actividad del concejal: el vecino. Las necesidades del vecino se expresan en peticiones concretas y en normatividad que se genera en el HCD en concepto de respuesta frente a las mismas. Este circuito se retroalimenta y da origen al propio sistema democrático.²⁴³

Pero tanto un adecuado seguimiento de las demandas de los vecinos, como de la respuesta que tienen las mismas, y asimismo de la legislación que en su consecuencia se genera, motivan necesariamente un proceso gradual de incorporación tecnológica, que sirva tanto para facilitar la labor del legislador, como la del propio ciudadano en el control de aquél.

Esta incorporación tecnológica ha comenzado a darse en algunos municipios que han procedido a sistematizar los proyectos y ordenanzas que se sancionan en sus cuerpos, siendo un primer paso, que deberá irse complementando con otros ya visibles en comunas de otros países.

En efecto, el avance hacia el denominado e-government o gobierno electrónico, exige aún muchos cambios que permitan un acceso permanente por parte del vecino a la gestión de sus municipios, a sus licitaciones, contrataciones, servicios, expedientes, etc. En este sentido algunas municipalidades de nuestro país presentan elevados estándares y preocupación por la materia, permitiendo algunas de ellas desde la transmisión on line de las sesiones que se celebran en el Concejo, hasta ver el estado de los expedientes en trámite ante el Concejo.

Nótese que en esta línea, el propio Estado Nacional ha definido al Gobierno Electrónico como el uso de las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs) para redefinir la relación del gobierno con los ciudadanos, mejorar la gestión y los servicios, garantizar la transparencia y la participación y facilitar el acceso a la información pública, apoyando la integración y el desarrollo de los distintos sectores. En tal sentido el 27 de abril de 2005, a través del Decreto 378/2005 se aprobaron los lineamientos estratégicos del Plan Nacional de Gobierno Electrónico y los Planes Sectoriales para el uso intensivo de las TICs en los organismos de la Administración Pública Nacional (APN).

En el sistema nacional se ha incorporado tanto guía de trámites que brinda a habitantes y ciudadanos información respecto de las tramitaciones ante organismos estatales, como un directorio de Funcionarios, que intenta ofrecer a los habitantes y ciudadanos el acceso a la estructura de la Administración y datos públicos de contacto de los funcionarios, más un sistema de atención en línea, para poder recuperar las peticiones y reclamos de los ciudadanos.

Pero si la incorporación tecnológica se vislumbra como un cambio necesario para la transformación de la institución en una mejor respuesta a las peticiones ciudadanas, se impone asimismo como un nuevo reto para el propio concejal, cuya función se verá sustancialmente asistida y mejorada a través del uso de ordenadores e Internet.

Es que no sólo los mismos tendrán un efecto positivo sobre el almacenado de textos y peticiones vecinales, que se trasluce una mayor rapidez, eficiencia y control de la propia

243En este sentido es por demás premonitorio Alvin Toffler, al pronosticar que: «El conocimiento está peor distribuido todavía que las armas y la riqueza. De aquí que una distribución del conocimiento... sea todavía más importante que una redistribución de los otros recursos importantes del poder y puede llevar a ella.» Toffler, Alvin, *El Cambio del Poder*, México, Plaza & Janes Editores S.A., 1990, p. 545. En el mismo sentido informando tanto sobre el poder del conocimiento y de la información, como sobre los riesgos que entraña tanto su ocultación como tergiversación puede verse Revel, Jean Francois, *El Conocimiento Inútil*, Buenos Aires, Planeta, 1989.

244 Pitkin, Hanna y Shumer, Sara, *On Participation*, 2 *Democracy*, 1982, p. 43, dan una visión muy particular al respecto y acentúan la necesidad de soluciones políticas para la comunidad, señalando, que el conocimiento es muy importante, pero no debe ser el único factor al decidir. En sus palabras: «Finalmente, mientras varios conocimientos pueden ser utilizados profundamente en la adopción de decisiones políticas, el conocimiento sólo nunca es suficiente» y «La tecnología como tal no es el problema de la democracia: los problemas son la deferencia de decisiones populares a los expertos y la creencia en la tecnología como una fuerza irresistible, un 'imperativo' más allá del control humano».

245El análisis de la Constitución como un sistema de canalización de ofertas y demandas y retroalimentación continua, ha tenido entre sus autores más destacados a Quiroga Lavié Humberto.

gestión, sino que la posibilidad creciente de acceder vía internet a prácticamente la totalidad de legislación comunal del mundo,²⁴⁶ o a bases de datos y páginas web municipales permiten mejor comprensión y calidad de trabajo del edil, así como su difusión ulterior control ciudadano.

5. Rendiciones de cuenta de la gestión

Las sucesivas crisis de representatividad en todos los niveles de la política, han ido generando una demanda creciente a ser satisfecha por los funcionarios electos, que es la de explicar su actuar en el cargo. Lo que se denomina «accountability» en el derecho comparado, no es otra cosa que la petición al representante de que explique qué es lo que ha hecho con la responsabilidad que le han conferido sus mandatarios.

En tal sentido, en una sociedad en la que es escasa la participación popular, en la que muchas veces se les niega notas a todos o a algún medio de comunicación que resulta poco agradable al entrevistado, se tienden a cerrar esos puentes comunicacionales que permiten el escrutinio de lo que se hace mientras se ostenta un cargo. Por ello, nos ha parecido novedoso y rescatamos la obligación que se impone en algunos países latinoamericanos de rendir cuentas de la gestión.

En el caso de Colombia,²⁴⁷ se ha avanzado más indicándose particularmente aquellos sobre los cuales el concejal debería informar a la opinión pública, detallándose como tales:

- Presentación y explicación de las proposiciones presentadas
- Debates adelantados
- Ponencias rendidas
- Proyectos de Acuerdo presentados y el trámite que hayan recibido
- Relación entre sus actuaciones, y las promesas contenidas en su plataforma electoral, explicando su desarrollo, escollos en su aprobación, etc.
- Trascendencia de los votos emitidos
- Posiciones de bancada dentro del Concejo
- Comisiones a las que pertenece, y sus actuaciones allí.
- Relación de actividades frente a su Comunidad, por fuera de sus obligaciones en el Concejo
- Para el caso del Honorable Concejo Deliberante, este debería comunicar en audiencia pública a la población;
- Relación de proposiciones presentadas, negadas, aprobadas y pendientes
- Debates adelantados dentro de las funciones de Control Político a las Administraciones
- Debates a proyectos de Acuerdo: adelantados, negados, aprobados y pendientes
- Informe explicativo de los aspectos financieros, administrativos, laborales y contractuales correspondientes
- Asuntos pendientes que requieren de continuidad

Finalmente coordinando esa tarea de rendición de cuentas, con notas atinentes a la transparencia de la gestión, que no es otra cosa que publicidad adecuada de los actos del Gobierno, se han propuesto como aspectos a ser considerados en una difusión pública que debería incluir a la web:

²⁴⁶ Parecería innecesario mencionarlo, pero dado que han sido reiteradas las anécdotas que he recogido de distintos municipios respecto de la copia mediante el uso de Internet de disposiciones normativas de otras Municipalidades, sin siquiera analizar en profundidad el texto antes de presentarlo como proyecto propio, es que me veo en la obligación de advertirlo. En algunas municipalidades he recibido el comentario de que se han llegado a aprobar ordenanzas de tránsito que mencionaban barrios de otra Municipalidad, o de normas que por las características del municipio del que provenían, eran completamente inaplicables en el receptor.

²⁴⁷ Gómez Figueredo, José y Tabares Pérez, Luis Rodrigo, La rendición de cuentas y el papel del Concejo Municipal, Bogotá, julio 2007, Módulo 10

1. Con relación a los Concejales:

Su Currículum Vitae.

Una declaración de sus bienes, ingresos por cualquier motivo.

De qué manera ha votado y participado en proyectos y decisiones del cuerpo.

Registro de asistencia, y para el caso de haber faltado, el motivo de las mismas. Ello tanto válido para las sesiones como para el supuesto de las reuniones de comisión.

2. Lo que debe publicitarse del HCD y sus comisiones.

Los libros de Actas.

Los proyectos de Ordenanzas, Declaraciones, Resoluciones y Comunicaciones y estado actual de tratamiento.

Los despachos de comisión.

Las respuestas de entidades y personas requeridas por la comisión o el Concejo.

La nómina de empleados del Concejo y su pertenencia a los distintos bloques.

Cabe indicar que distintas ONGs que han dedicado esfuerzos a la transparencia institucional han alentado en nuestro país el fortalecimiento de mecanismos en este sentido; ellos van desde la solicitud de que todas las votaciones sean nominales – lo que ya está siendo aprobado en diversos HCD – hasta que se publiciten las declaraciones juradas de los concejales en las páginas webs municipales.

6. Derechos humanos y Concejo Deliberante

Alejándonos de ideologismos que han imperado en el tratamiento de este tema, advertimos que la problemática de los derechos humanos resulta muchísimo más amplia que la referida a la condenable represión estatal; abarcando cuestiones tales como los derechos económicos y sociales, la no discriminación por ninguna razón, la protección ecológica, las mejores condiciones de vida, factores todos ellos donde los municipios y los HCD tienen un necesario rol que cumplir. Tal como se ha afirmado en diversas ponencias, la inclusión de sectores normalmente discriminados se patentiza en un planeamiento, elaboración presupuestaria, legislación toda que tienda a superar la marginalidad y la exclusión.²⁴⁸

6.1. DERECHO A LA VIDA

Las Municipalidades deben complementar en la medida de lo posible los planes alimentarios nacionales y provinciales. Deben asimismo colaborar en la capacitación y fomento de actividades que permitan el autosustento de los sectores necesitados.

En la prevención de muertes: el gobierno local puede hacer mucho en materia de prevención de salud por un lado y de ordenamiento de tránsito y condiciones de seguridad por otro, para generar salud, confianza, seguridad y tranquilidad entre sus habitantes.

Observatorio de violencia: si bien los HCD suelen contar con comisiones de seguridad en su seno, es conveniente incluir a las instituciones académicas, organizaciones sociales y entidades del Estado, para establecer sistemas de recolección, tratamiento y análisis de la información sobre actividades violentas y delitos que se cometan en el municipio para determinar acciones a seguir en coordinación con las políticas nacionales y departamentales de Derechos Humanos

6.2. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Tanto el Departamento Ejecutivo, como el Legislativo deben trabajar en la incorporación de una perspectiva de Derechos Humanos en el plan de desarrollo y en cada una de las políticas que se aprueben y apliquen en el municipio.

248 Ver, Reyes, Manrique, «Los Derechos Humanos y la democracia local», Bogotá, Octubre de 2004.

6.3. EN EDUCACIÓN

Se debe garantizar los establecimientos que aseguren en el ámbito de la competencia municipal una óptima cobertura, facilitarse el acceso al sistema educativo y asegurar la continuidad educativa, de ser necesario con subsidios específicos y controlados.

6.4. EN SALUD

Es conocida la participación de los municipios particularmente en materia de atención primaria de la salud. Corresponde al HCD disponer la creación de establecimientos en la materia y además vigilar de qué manera el Ejecutivo cumple con sus obligaciones en la materia.

6.5. EN VIVIENDA

Es una tarea que normalmente han asumido las municipalidades, la de promover o apoyar programas o proyectos de vivienda de interés social. Hoy a través de modernos medios técnicos, tales como los fideicomisos es posible asistir también en la construcción de viviendas a sectores medios de la población, que teniendo algún ingreso que los aleja de la indigencia, carecen sin embargo de medios para acceder a la vivienda. En tal sentido, el subsidio de tasas de interés o la facilitación de garantías en la obtención de créditos bancarios se convierte en otro cometido municipal y consecuentemente del HCD.

Indudablemente este listado no acaba con las posibles competencias en la materia, pero como en muchos tramos de esta obra, el mero enunciado y la posibilidad de reflexión del lector abren el camino a transitar.

7. Reflexión final

No podemos cerrar este capítulo y con él este trabajo, sin hacer unas breves reflexiones finales. Este estudio ha intentado ser lo más abarcativo, completo y sobre todo, práctico que nos fuera posible. Hemos procurado analizar muchos de los supuestos que pueden presentarse en la realidad y dotar de herramientas prácticas al concejal y al HCD en tanto órgano colectivo.

A la par de la descripción objetiva de normas y de su ejercicio, se han deslizado inevitablemente valoraciones, deseos y perspectivas de cambio. Entendemos en este último aspecto, que el Departamento Deliberativo, no es sino una parte – por cierto importantísima - de la estructura organizativa comunal y como tal sujeto al derrotero de esta última. Precisamente la tendencia al fortalecimiento del municipio como prestador eficiente de servicios, como promotor de inversiones y negocios, como agente de paz social, tiene un innegable correlato en las adecuaciones que son esperables de los HCD.

Entendemos que potenciales modificaciones podrían resultar beneficiosas para la institución deliberativa, cuya competencia en materia de decisión política ha pasado a ser, en distintos sistemas comparados en el mundo, casi exclusiva. Sería deseable que el HCD incremente su presencia en las grandes decisiones locales.

El aumento en las responsabilidades de los concejales, frente a demandas cada vez mayores de parte de sus representados, exige asimismo no sólo su compromiso sino además su capacitación adecuada.

El concejal, en tanto tiene dimensión de dirigente político local debe ir adecuando sus conocimientos a fin de saber en prospectiva a dónde se dirige su comunidad, cuáles son las tendencias, pensando los nuevos escenarios sociales y diseñando soluciones anticipatorias.

Ello no sólo permitirá éxito en lo personal, sino lo que resulta más importante aún: lo hará para sus propias comunidades. Lo dicho supone actuar pro activamente frente a un cuestionamiento cada vez más extendido a la legitimidad de los que son representantes primarios de la unidad política básica: el Municipio. En definitiva, aquél que ha sido honrado por sus vecinos en una posición tan remarcable en la sociedad, deberá buscar las respuestas que

la sociedad y sus vecinos exigen, sabiendo que ese compromiso requerirá capacitación y entendimiento teórico y empírico del marco legal, social, económico y político en que se desenvuelve.

Hay una sociedad esperanzada en mejores tiempos y hay siempre vecinos comprometidos a asumir la responsabilidad de gobierno y concretar esos deseos, son los concejales.

ANEXO

EL ROL DEL CONCEJAL

INTERVENCIÓN DEL HCD EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

Hemos expresado que en materia presupuestaria la intervención del HCD se manifiesta en dos momentos sustanciales; con carácter previo, al analizar la propuesta del Departamento Ejecutivo respecto del cálculo de ingresos y egresos para el ejercicio siguiente; y con ulterioridad, controlando de qué manera se ha ejecutado el presupuesto.

Respecto de esta segunda intervención, la LOM ha generado un esquema regulatorio en el que a las cuestiones procedimentales, se les añade, una de fondo y no menor, que radica en determinar cuál ha de ser el alcance de esa revisión. Durante mucho tiempo se ha sostenido que la misma debe limitarse a las cuestiones políticas; sin embargo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa B 51891, acaba de indicar que debe ir más allá ingresando en aspectos básicos contables y económicos.

Es cierto, el caso es tan absurdo en la proporción del gasto realizado y en lo que se intentaba convalidar, que hasta pareciera no resulta necesario adentrarse demasiado en el texto legal. El asunto refiere a los ejercicios contables de los años 1993 y 1994 del partido de Lomas de Zamora, donde se falsificaron burdamente facturas y se hicieron pasar millonarios gastos en fotocopias y reparaciones de autos viejos.²

Causa B 51891.

En la primera de las causas se discutía la responsabilidad de los concejales por haber aprobado una ordenanza de compensación de excesos en partidas del presupuesto de gastos del Concejo Deliberante. El H. Tribunal de Cuentas observó el gasto sosteniendo que por esa vía se confirmaban egresos absurdos. Los concejales sostuvieron que el artículo 67 de la Ley Orgánica de la Municipalidades (LOM) potesta al Honorable Concejo Deliberante a compensar excesos presupuestarios “que estime de legítima procedencia” y no impone a los concejales un juicio de certeza respecto a la legitimidad concreta en el sentido de pronunciarse sobre la legitimidad concreta del gasto y con otros argumentos alegan que la responsabilidad directa de administrar los bienes y recursos asignados corresponde en exclusividad al Presidente del Cuerpo, lo que demostraría eventualmente la responsabilidad indirecta de los actores.

Afirma el Tribunal de Cuentas, que el control del gasto que debe ejercer el Concejo Deliberante respecto de las cuentas públicas consiste en examinar la legalidad de los gastos es decir que el objeto de los mismos se ajuste al ordenamiento legal. De ahí se deduce que la irregularidad del gasto se relaciona con esa misma legalidad y no con su mérito, oportunidad o conveniencia. Por lo tanto si los gastos no son legítimamente procedentes, los concejales debieron desaprobados y no autorizar la compensación de partidas.

Dicho ello, es decir si quien ejecuta lo hace mal y quién controla, lo hace aún peor, la responsabilidad se traslada a este último órgano – in totum – según las normas de la LOM.

Causa 59890.

En esta causa el tribunal había desaprobado las erogaciones efectuadas por conservación y reparación de vehículos, afectados al Concejo Deliberante, en las cuentas correspondientes

1- De la cuenta respectiva surgió que el Concejo Deliberante habría requerido 7.841.250 fotocopias, esto es, un promedio de 29.700 copias por día, que entre febrero y julio el número total de fotocopias que supuestamente se mandaron sacar fue de 4.761.300, es decir un promedio de 30.850 copias diarias. El monto abonado para atender tales conceptos fue en el año 1993 \$ 784.125 y por el período comprendido entre febrero y julio de 1994 la suma de \$ 475.130.

2 Causa B 59891 " Navarro Luis Fernando y otro c/ Provincia de Buenos Aires (H. Tribunal de Cuentas) Demanda Contencioso Administrativa" y Causa B 59880 "Navarro Luis Fernando y otro c/ Provincia de Buenos Aires (H. Tribunal de Cuentas) Demanda Contencioso Administrativa".

a los años 1993 y 1994 y les formuló cargo patrimonial. En lo sustancial, los concejales sostuvieron que el artículo 67 de la Ley Orgánica de las Municipalidades no impone a los concejales un juicio de certeza respecto de la legitimidad del gasto y en tal sentido manifiestan que convertir al controlante en garante de la idoneidad y honestidad del controlado, haciendo recaer sobre sus espaldas las consecuencias de eventuales irregularidades, resultaría excesivo y concluyen que la obligación constitucional de examinar y resolver sobre las cuentas del año vencido, en el presente caso del Presidente del Concejo Deliberante estaría limitada a los aspectos “políticos” del gasto y de ningún modo a los aspectos técnicos contables. La Suprema Corte de Justicia acuerda con los legisladores, que el Concejo debe de realizar un control político del gasto, pero lo entiende en un sentido mucho más amplio, comprendiendo tanto la legalidad objetada de los actos como también el mérito, oportunidad y conveniencia de la gestión. Todo ello se deduce del carácter de representantes del pueblo con que han sido electos.

Para comprender el alcance de esa revisión, la Corte consideró que no resultaba técnica y materialmente imposible el control puntual y exhausto de cada erogación, dado que no era necesario un estudio extremadamente detallado para advertir que para reparar dichos vehículos que ellos mismos usaban, era una situación totalmente irregular. El criterio señalado se advierte de la versión taquigráfica de la sesión especial del 25-10-94, en la que los Concejales de distintos bloques efectuaron objeciones e impugnaciones de carácter netamente contables, al analizar órdenes de pago, observan concesiones, acompañan pruebas, etc. Tal argumento se vió reforzado por los dichos del Concejal Navarro, quién admitió la posibilidad de hacer observaciones técnicas, legales y formales pertinentes que tienen todos los bloques del Concejo Deliberante.

Definido en estos sendos fallos judiciales que si bien el control que ejerce el Legislativo comunal alcanza básicamente a la legalidad de lo actuado, queda claro que también refiere al mérito, oportunidad y conveniencia de lo ejecutado y no puede desprenderse de las eventuales irrazonabilidades del gasto que fácilmente sean perceptibles para cualquier revisor con mínimo compromiso en analizar las erogaciones.

Procedimiento y plazos.

Ingresando al procedimiento de la rendición de cuentas y a los términos para cumplir con la misma, es necesario señalar las siguientes cuestiones. En primer lugar, cabe indicar que de una manera radical el artículo 68 de la LOM ha sido modificado por el artículo 23 de la Ley 10.869, según la Ley 13.963 que dispone:

“Cada Intendente Municipal presentará al Concejo Deliberante al 31 de Marzo de cada año, la Rendición de Cuentas de la percepción e inversión de los fondos comunales.

El Concejo Deliberante analizará los estados y se pronunciará sobre la Rendición de Cuentas dentro de los sesenta (60) días corridos. Si vencido ese plazo no se expidiere, las mismas quedarán aprobadas, incluyéndose en tal aprobación la compensación de los excesos que surgieren. Su pronunciamiento será remitido a la Delegación del Tribunal y al Departamento Ejecutivo dentro de los diez (10) días corridos.

Si el Intendente o el Concejo Deliberante no cumplieran con las obligaciones y plazos establecidos anteriormente, el H. Tribunal de Cuentas resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente Ley.

Ahora bien, cómo operan esos plazos en conjunción con el artículo 68 inciso 4º de la LOM, ha sido aclarado por recientes dictámenes del HTC ³, en los que se ha expresado: 1) Que la presentación de la rendición de cuentas puede ser ingresada por Mesa de Entradas de la Secretaría del HCD, y remitida a la Comisión de Hacienda y Presupuesto, salvo disposición en contrario del Reglamento Interno del H. Concejo Deliberante; 2) Que debe ser tratada en Sesión Especial

3- Municipalidad GENERAL LA MADRID, (Delegación XII), 4043-1587/11, 02-VIII-2011.

convocada a dichos efectos; 3) Que el cómputo de los 60 días corridos con los que cuenta el Concejo Deliberante para tratar el tema, se toman desde el día 31 de marzo; de manera que el tiempo en exceso que tarde el Ejecutivo en presentar su rendición de cuentas, se descuenta del que tiene el HCD para su tratamiento ⁴ ; 4) Que la sesión debe realizarse dentro de esos 60 días contemplados en la ley, puesto que si ello no ocurriera el artículo 23º de la Ley Orgánica del H. Tribunal de Cuentas establece que las cuentas quedarán aprobadas, con las consecuencias señaladas en la normativa. No obstante ello, cabe señalar que si el H. Concejo Deliberante decidiera tratar la rendición de cuentas luego de vencido dicho plazo, igualmente se debe convocar a una sesión especial, pero lo resuelto por el Cuerpo no modifica las consecuencias de su no expedición en término.

Cabe aclarar que si el último día de ese plazo se produce un día inhábil, se añade un día más ⁵

Documentación a compulsar. Renuencia del Ejecutivo.

Establecidos los plazos en los que se debe producir la remisión de la rendición de cuentas y el que le corresponde al Departamento Deliberativo para expedirse, queda por resolver la cuestión de cuál es la documentación que el Ejecutivo debe poner a disposición, cómo se hacen de ella los concejales, de qué mecanismos disponen en caso de renuencia y cuáles son los límites en un caso de eventual disputa entre ambos poderes.

En primer lugar cabe decir que frente a los reiterados conflictos y eventuales sospechas respecto del control y guarda de la documentación ⁶ , el artículo 23 de la Ley 10869 establece que: “los libros y la documentación probatoria, quedarán en custodia en el Departamento Ejecutivo y a disposición del Concejo Deliberante”;

mientras que el artículo 212 del Reglamento de Contabilidad brinda un detalle pormenorizado de la documentación vinculada con la rendición de cuentas que el Departamento Ejecutivo tendrá a disposición del Concejo Deliberante y la Delegación del H. Tribunal de Cuentas.

Esto significa que, con el acuerdo de ambas partes y de una manera ordenada se deben fijar las pautas para que el Departamento Deliberativo a través de sus miembros procedan al análisis de la documentación necesaria para el estudio de la cuenta, y de este modo cumplir con una de las funciones trascendentales en el marco de la gestión comunal. Ello implica acceder a los originales, sin que copias de las mismas sean suficientes. También supone el derecho y consecuente obligación para el Ejecutivo de remitir los libros de respaldo documental, como por ejemplo el de proveedores ⁷

¿Puede pedir la documentación a compulsar un solo concejal?

Ahora bien, no es menos cierto que muchas veces por cuestiones referidas a los equilibrios políticos entre sectores, las mayorías no acuerdan dar consenso para solicitar determinada documentación; en tal sentido cada Concejal en forma individual tiene el derecho de acceder directamente a la documentación respaldatoria de las rendiciones de cuentas, sin que sea necesario contar con la aprobación de un proyecto de comunicación aprobado por el Cuerpo.

4- La Ley 13963, que reformó el artículo 23º de la Ley 10869 y sus modificatorias de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, estableció que cada Intendente presentará la rendición de cuentas al H. Concejo Deliberante al 31 de marzo de cada año. El Cuerpo Deliberativo analizará los estados y se pronunciará sobre la misma dentro de los 60 días corridos. Con relación al cómputo de dicho plazo, se entiende que debe contarse desde la fecha límite para la presentación de la rendición de cuentas, independientemente que el Departamento Ejecutivo lo efectuara con anterioridad a dicha fecha de vencimiento, o desde la fecha de entrega de la rendición al Concejo, si fuera extemporánea. Ver Municipalidad GENERAL LA MADRID, (Delegación XII), 4043-1587/11, 12-VIII-2011.

5- ADOLFO ALSINA (Delegación: XII), 5300-3365/10, 10-VI-2010. “Si bien del texto de la norma se infieren con claridad las pautas a que deben estarse los departamentos municipales con relación a la fecha de presentación de las rendiciones de cuentas, se considera conveniente aclarar que si el plazo de sesenta días en que deben expedirse los H. Concejos Deliberantes venciera un día inhábil administrativo - como sucedió en el corriente año, 30 de mayo específicamente -, dicho plazo se extenderá hasta el primer día hábil administrativo posterior”.

6- GENERAL BELGRANO (Delegación: XIV), 5300-650/06, 07-IX-2006.

No obstante lo señalado, se entiende que debe existir una comunicación previa al titular del Departamento Ejecutivo a los efectos de coordinar los aspectos prácticos para realizar el eventual análisis, a los efectos de no entorpecer las tareas habituales de la gestión municipal.⁸

Vista de los documentos por terceros ajenos al Cuerpo.⁹

No es menos cierto, que muchas veces los concejales carecen de conocimientos específicos en materia contable, razón por la que solicitan la concurrencia de expertos. La pregunta radica en determinar si estos últimos pueden acceder a los documentos municipales. Sobre el particular, el HTC ha dicho que si bien existe una tendencia a dar una mayor transparencia a los actos públicos, tal como lo prevén las leyes recientemente sancionadas en jurisdicción nacional y provincial bajo los números 25.917 y 13.295 respectivamente -

Régimen de Responsabilidad Fiscal -, no es menos cierto que ello debe hacerse en forma ordenada y de acuerdo a los preceptos legales vigentes.

El estudio de la Rendición de Cuentas de los Municipios constituye uno de los actos trascendentales de la gestión comunal; sobre el particular, el artículo 23 de la Ley 10.869 y sus modificatorias prevé la metodología para su concreción y detallando los estados que deben conformarla. Con relación a la documentación probatoria de la Rendición de Cuentas, dispone que quedará en custodia en el Departamento Ejecutivo y a disposición del Concejo Deliberante.

Sobre lo puntualmente consultado - posibilidad de que terceros, no integrantes del Cuerpo, puedan acceder a examinar la documentación citada -, en virtud de que dicha actividad tiene el objetivo de contribuir a que los Concejales se formen una opinión para emitir una Resolución sobre lo actuado por el Departamento Ejecutivo en calidad de administrador de la Comuna, se entiende que es un derecho/obligación propia e indelegable de este Cuerpo, lo cual excluye a otras personas del acceso a dicha documentación en esta instancia.

Compensación de excesos y gastos.

Ahora bien, hechos los análisis documentales respectivos, se plantea la decisión de aprobar o rechazar las cuentas y dentro de ese proceso, sancionar las eventuales ordenanzas que compensen excesos y gastos, como una manera de equilibrar las cuentas que se consideran.

El principio radica en que simultáneamente con el tratamiento de las cuentas, debe analizarse la posibilidad de analizar la compensación de excesos; ahora bien, el HTC ha admitido que resulta facultad del Honorable Concejo Deliberante tratar el tema aún cuando fuese presentada extemporáneamente¹⁰.

Dada la situación creada por las modificaciones a los artículos 118 y 120 de la Ley Orgánica de Municipalidades, resulta de interés reproducir textualmente la opinión del HTC, que señaló: “consulta respecto de las modificaciones de los artículos 118/120 de la Ley Orgánica de las Municipalidades practicadas mediante la sanción de la Ley 14062, por entender que resultan de confusa aplicación. Puntualmente las inquietudes son: si el Departamento Ejecutivo, en función del nuevo contenido del artículo 118º, tiene plena facultad para disponer transferencias por decreto y compensar excesos, como asimismo el alcance que tienen las atribuciones conferidas en el segundo párrafo del artículo 119º. Al respecto esta Secretaría informa: A los efectos de responder las inquietudes formuladas, se estima necesario efec-

7- MARCOS PAZ (Delegación: XI), 5300-4.456/05, 25/07/2005.

8- BRAGADO (Delegación: XVI), 5300-4.380/05, 03/06/2005.

9- ADOLFO ALSINA (Delegación: XII), 4001-614/05, 03/05/2005, Texto: Consulta: Sobre la posibilidad de que personas que no revistan el cargo de concejales puedan acceder en oportunidad del control anual a la documentación que conforma la Rendición de Cuentas.

10- MARCOS PAZ (Delegación XI), 5300-3642/10, 21-X-2010.

tuar una serie de consideraciones sobre las modificaciones normativas de estos artículos de la Ley Orgánica Municipal, dada la trascendencia que tienen las mismas en materia presupuestaria, tanto en lo que respecta a las modificaciones de créditos de partidas como, asimismo, por las consecuencias de su ejecución. Cabe señalar que la modificación del artículo 118º producida mediante la ley recientemente sancionada, consistió en la eliminación de la última parte del texto anterior que específicamente establecía que “los montos fijados a las partidas no podrán ser excedidos”. Con esta modificación se entiende que el legislador tuvo la intención de eliminar la prohibición de exceder los créditos de las partidas del presupuesto de gastos, manteniendo el monto total del presupuesto como único límite para la ejecución de los gastos municipales. Sin perjuicio de ello, se entiende que la propia reforma legislativa en análisis mantiene el tradicional concepto autoritativo de los créditos presupuestarios, al conservar en el artículo 119º - también modificado en esta instancia - con carácter de excepción, la autorización al Departamento Ejecutivo de realizar gastos en determinados supuestos aunque se excedan las partidas respectivas. Corroborra esta interpretación la circunstancia de que se mantienen vigentes los restantes artículos de la Ley Orgánica de las Municipalidades y del Tribunal de Cuentas (que pautan la materia de rendición de cuentas municipales), y otras, como el Decreto 2980/00, que mantienen la necesidad de autorizar créditos de partidas presupuestarias y el respectivo proceso de compensación de extralimitaciones. No obstante la conclusión vertida se advierte que, como consecuencia de las mayores facultades que la reforma le otorga al propio ejecutante del presupuesto de gastos - Departamento Ejecutivo - en materia de modificaciones presupuestarias, en la práctica las posibilidades de extralimitarse en la ejecución de las partidas presupuestarias se ha reducido notoriamente. Con respecto a la reforma legal en análisis, cabe agregar que si bien el actual texto del artículo 119º utiliza el término “podrá” en cuanto a requerir la intervención del Concejo para que se dispongan créditos suplementarios, utiliza la misma expresión del texto anterior, razón por la cual se entiende que continúa vigente la intervención obligatoria de dicho cuerpo cuando se incrementa el monto total del presupuesto de gastos. En cuanto a las ampliaciones de las partidas que se financien con recursos afectados se mantiene el texto anterior - las dispone directamente el Departamento Ejecutivo -, lo cual refuerza la interpretación expuesta en el párrafo precedente, pese a no dársele el carácter de excepción como en aquel texto.

Otro aspecto que debemos tener en cuenta es que se le otorga al Intendente la facultad de modificar partidas, pero solamente las que involucren a gastos corrientes; por tanto, se interpreta que con respecto a las restantes modificaciones presupuestarias, al no haber aclaración alguna, las mismas continúan siendo facultad del Concejo Deliberante.

Respecto de la redacción del actual artículo 120º, que se contradice con el texto del nuevo 119º, en cuanto a que obliga al Concejo a intervenir cuando se traten ampliaciones financiadas con créditos suplementarios, cabe como única posibilidad interpretar que en la nueva situación esta facultad está otorgada al Departamento Ejecutivo en caso de ampliaciones financiadas con recursos ya disponibles, quedando para el Concejo cuando se trate de recursos estimados a recaudar.

Sobre los recursos que pueden utilizarse para efectuar las ampliaciones presupuestarias en función del artículo en análisis, se considera necesario aclarar que cuando se financie con incrementos de recursos propios, el monto del mismo tendrá como límite el excedente de recaudación del total calculado para el ejercicio de recursos ordinarios no afectados (art. 120, inciso 2, texto anterior de la LOM); y cuando se utilicen los denominados “remanentes de ejercicios anteriores”, éstos se refieren a los excedentes de ejercicios acumulados al cierre del ejercicio anterior que no se hayan incluido en el cálculo de recursos presupuestado (art. 16, 1er. párrafo de las Disposiciones anexas al Decreto 2980/00), una vez detraída la deuda flotante acumulada, en forma similar a lo establecido por el artículo 26 inciso a) de las citadas disposiciones).

La interpretación restrictiva de las facultades que se le otorgan al titular del Departamento Ejecutivo mediante el artículo en análisis, está fundada en la necesidad de mantener el equilibrio presupuestario, principio fundamental para una sana administración de los municipios.

En otro nivel de análisis, se interpreta que los cambios producidos tienden a agilizar el uso de los actuales presupuestos de gastos, los que como consecuencia de la Reforma Administrativa Financiera en el Ámbito Municipal recientemente implementada en la Provincia, han originado una considerable cantidad de partidas presupuestarias, dada la apertura programática necesaria para plasmar la prestación de mayores servicios municipales. Concordantemente con ello se le han otorgado al Intendente Municipal mayores facultades para efectuar modificaciones presupuestarias con el objeto de adaptar el presupuesto a las necesidades de funcionamiento de la administración municipal, manteniendo en cabeza del Concejo las autorizaciones para aquellos gastos no corrientes y la compensación de excesos” ¹¹.

En acuerdo con esta línea, se ha planteado frente a la consulta de si el Departamento Deliberativo se encuentra facultado para refrendar decretos del Departamento Ejecutivo donde se amplió el Cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos del ejercicio una vez finalizado el mismo; se ha respondido que: “El artículo 173 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que el ejercicio financiero y patrimonial comenzará el 1° de enero y terminará el 31 de diciembre de cada año, salvo para los casos de excepción exclusivamente contables; una vez finalizado el mismo no está contemplada la posibilidad de ampliar tanto el cálculo como el presupuesto de gastos o realizar transferencias de partidas presupuestarias aunque el proyecto de ordenanza fuere presentado durante el ejercicio y no se hubiere aprobado al cierre de éste. La ordenanza de aprobación o convalidación con fecha posterior del cierre del ejercicio se considera extemporánea; la única convalidación factible es la establecida por el artículo 232 del Reglamento de Contabilidad, que eventualmente podría utilizarse de no haberse elevado la Rendición de Cuentas del ejercicio al H. Concejo Deliberante.

Merece destacar que si bien en todos los decretos agregados en las presentes actuaciones imponen en su artículo primero que las ampliaciones del Cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos son ad referendum del H. Concejo Deliberante, algunos de ellos tratan de recursos afectados; se aclara a tal efecto que el artículo 119 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, último párrafo, exceptúa de la obligación de autorización del H. Concejo Deliberante cuando las ampliaciones se financien con estos recursos, estando el Departamento Ejecutivo facultado para realizar dichas ampliaciones. En cuanto a la responsabilidad de los concejales que aprobaran los decretos ad referendum del ejercicio fenecido, se entiende que éstos se encuentran alcanzados por las responsabilidades que devienen de los artículos 241 y siguientes de la Ley Orgánica de las Municipalidades” ¹²

En acuerdo con esta línea, se ha planteado frente a la consulta de si el Departamento Deliberativo se encuentra facultado para refrendar decretos del Departamento Ejecutivo donde se amplió el Cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos del ejercicio una vez finalizado el mismo; se ha respondido que: “El artículo 173 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que el ejercicio financiero y patrimonial comenzará el 1° de enero y terminará el 31 de diciembre de cada año, salvo para los casos de excepción exclusivamente contables; una vez finalizado el mismo no está contemplada la posibilidad de ampliar tanto el cálculo como el presupuesto de gastos o realizar transferencias de partidas presupuestarias aunque el proyecto de ordenanza fuere presentado durante el ejercicio y no se hubiere aprobado al cierre de éste. La ordenanza de aprobación o convalidación con fecha posterior del cierre del ejercicio se considera extemporánea; la única convalidación factible es la establecida por el artículo 232 del Reglamento de Contabilidad, que eventualmente podría utilizarse de no haberse elevado la Rendición de Cuentas del ejercicio al H. Concejo Deliberante.

11- GENERAL ALVEAR (Delegación XIII), 5300-3322/10, 16-VI-2010.

Merece destacar que si bien en todos los decretos agregados en las presentes actuaciones imponen en su artículo primero que las ampliaciones del Cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos son ad referendum del H. Concejo Deliberante, algunos de ellos tratan de recursos afectados; se aclara a tal efecto que el artículo 119 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, último párrafo, exceptúa de la obligación de autorización del H. Concejo Deliberante cuando las ampliaciones se financien con estos recursos, estando el Departamento Ejecutivo facultado para realizar dichas ampliaciones. En cuanto a la responsabilidad de los concejales que aprobaran los decretos ad referendum del ejercicio fenecido, se entiende que éstos se encuentran alcanzados por las responsabilidades que devienen de los artículos 241 y siguientes de la Ley Orgánica de las Municipalidades”¹²

Excusación de los concejales de votar en las sesiones sobre rendiciones de cuenta.

Siendo éste uno de aquellos actos para los que se prevé votación nominal, toda vez que lo que se decide podría generar eventual responsabilidad por parte de quién tome parte en el acto y apruebe las cuentas, es posible ver en la práctica la actitud de algunos concejales, de intentar evitar asumir tal riesgo; muchas veces ausentándose de las sesiones o simplemente intentando abstenerse de votar. Respecto de este último supuesto, cabe recordar que la posibilidad de no emitir voto debe considerarse en forma restrictiva y previa autorización expresa, conforme a los Reglamentos Internos por parte del Cuerpo.

Otra circunstancia que suele ocurrir radica en la eventual inhabilidad que puede aparecer para decidir cuestiones, en las que la propia gestión previa del concejal se ponga en juego (por ejemplo el caso de que haya sido funcionario en el Ejecutivo y que haya pasado al HCD), o el que haya sido proveedor. Sobre el particular parece razonable el criterio asumido por el Honorable Tribunal de Cuentas, en el sentido de que resultaría suficiente que el funcionario se excusara de participar en esa votación en particular, delimitando así claramente su responsabilidad.¹³

¿Puede considerarse la rendición de cuentas de un ejercicio, sin haber considerado el anterior?

Si bien no debería ser un supuesto a ocurrir en una realidad ordenada; ha acaecido que se presentara a tratamiento del Honorable Concejo Deliberante, la rendición de cuentas de un ejercicio ulterior a uno que no ha sido tratado con anterioridad.

Sobre el particular, la respuesta que dio el Honorable Tribunal de Cuentas, radicó en determinar que se debían considerar los ingresos y egresos sin considerar en los aspectos patri-

12- BARADERO (Delegación: XVII), 4009-164/09, 13-XI/2009.

13- MARCOS PAZ (Delegación: XI), 5300-1493/08, 24-VII-2008. Consulta: Sobre la posible situación de incompatibilidad de un concejal, quien votó la rendición de cuentas y la compensación de excesos al cierre del ejercicio 2007 que dotaba de créditos a partidas para cancelar órdenes de pago por deudas del ejercicio 2006, cuando era proveedor de la Comuna. Por tal motivo solicita se dictamine si existe incompatibilidad ante la votación, y ante ello qué responsabilidad le cabría al cuerpo que preside por la votación del mencionado edil. Respuesta: En las presentes actuaciones se aclara que la deuda con el acreedor se generó en el momento en que no era concejal, absteniéndose de votar cuando se trató la rendición de cuentas del ejercicio 2006, donde se analizó el gasto que involucraba a su propia persona. Con respecto a los excesos producidos en partidas de gastos, el artículo 67 de la Ley Orgánica de las Municipalidades establece que para ser compensados los gastos deben ser considerados de legítima procedencia; con respecto a los gastos que se cancelan por las partidas presupuestarias, tienen la particularidad de que el Concejo Deliberante ya se expidió sobre su legitimidad en el año anterior - de haberse declarado como deuda en el mismo -, razón por la cual se entiende que es un exceso de rigorismo formal que el Concejal nuevamente se haya tenido que abstener de votar sobre la rendición de cuentas correspondiente al ejercicio 2007, salvo que haya existido una presunción de ilegalidad en el pago propiamente dicho.

14- CORONEL PRINGLES (Delegación: IX), 5300-1495/1993, 02-VI-1993.

15- ESTEBAN ECHEVERRIA (Delegación: IV), 5300-442/97, 02-VII-1997.

moniales, ni en el arrastre de saldos.¹⁴

Posibilidad de anular una resolución sobre aprobación o no de rendición de cuentas.

Una cuestión aún menos usual radica en la posibilidad de que sancionada una Ordenanza sobre la rendición de cuentas, se plante su ulterior modificación. El principio general de que una norma de carácter posterior deroga a una anterior, pareciera aplicable al caso y así lo ha expresado en concreto el Honorable Tribunal de Cuentas ¹⁵