

Notas sobre Empleo Público Municipal

Hugo L. Domingo y Agustín R. Moscariello ¹

Revista de Derecho Público 2012-1, Empleo Público-1, Rubinzal Culzoni, junio de 2012, pág. 453

1) Introducción:

Será objeto del presente estudio la regulación del empleo público en nuestro país, con particular referencia al sistema santafesino.

La importancia del tema radica en que, según se sabe, en el interior de la República Argentina la gran mayoría de los agentes públicos se encuentran empleados en comunas y municipios. Por tanto, el Estado municipal se erige - particularmente en comunidades pequeñas y alejadas- en la principal fuente de trabajo en relación de dependencia.

Una primera aclaración, es que con la expresión empleo público se está abarcando tanto a los empleados como los funcionarios, denominaciones que la doctrina engloba en la de “agente público”².

En segundo lugar, debe señalarse que ser agente público no implica necesariamente prestar un servicio público: de hecho, por un lado, hay agentes que cumplen una función pública y no un servicio público; y por el otro, hay personas que, como los dependientes de concesionarios o licenciarios de servicios públicos, a pesar de prestar un servicio público, no son agentes públicos.

En tercer lugar, cabe señalar que empleados públicos no son solo los dependientes del órgano ejecutivo, pues también los hay de los órganos judicial y legislativo³.

En cuarto lugar, consideramos necesario recordar que si bien generalmente las funciones de policía están a cargo de empleados públicos, no siempre es así, porque hay casos, como los del personal de un colegio profesional, que a pesar de cumplir materialmente funciones de policía en materia de matrícula y de naturaleza disciplinaria, no son empleados públicos⁴.

En quinto lugar, es de observar, en el plano procesal, especialmente en Santa Fe, el distinto tratamiento que se da a los casos de empleados públicos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial ⁵

¹ Profesores de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial de la Universidad Católica Argentina, Sede Rosario.

² Conf. SARMIENTO GARCIA, Jorge H. y PETRA RECABARREN, Guillermo M., “Introducción al estudio de la relación de empleo público”, en Jurisprudencia Argentina, 1973, sección Doctrina, pag. 149.

³ Acerca del concepto de “función pública” encontramos dos concepciones. Una *amplia*: que incluye a todas las funciones del Estado –administrativas, legislativas y judiciales- ejercidas en el contexto de la competencia legalmente asignada. Y otra *restringida*: que remite exclusivamente a las actividades administrativas (Conf. IVANEGA, Miriam M, Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009, 57.). En general, se encuentra en los trabajos académicos que se pasa de una concepción a la otra, no obstante, que la concepción restringida es la que ha consitado mayor atención doctrinaria.

⁴ Del mismo modo y más allá de la legitimidad o no de la delegación del ejercicio de funciones de policía en entes privados, los empleados de la empresa que controla el estacionamiento medido en la ciudad de Rosario ejercen funciones de policía, pero no son empleados públicos.

⁵ La ley N° 11.330, de la Provincia de Santa Fe, no admite el recurso contencioso administrativo

En sexto lugar, debe meritarse que todos los empleados públicos municipales están regidos por un mismo estatuto (con la excepción de los funcionarios médicos, que en Rosario tienen un estatuto distinto), no ocurre lo mismo, en cambio, con los empleados públicos provinciales (los hay judiciales, legislativos, de la policía de seguridad, de los entes autárquicos como la EPE que se rigen por la ley de creación:v.gr. Ley 10.014).-

Por último, debemos aclarar que no formará parte de este trabajo la polémica suscitada acerca de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. Solo remarcaremos que para la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina de Marienhoff, se trata de un contrato administrativo⁶.

Al tiempo que para la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe⁷, al igual que la Cámara de lo Contencioso Administrativo -en adelante CCA- de Santa Fe⁸ -siguiendo las enseñanzas de Diez⁹- se trata de una relación estatutaria. En cuanto a la CCA n° 2 de Rosario, en un precedente parece acercarse a la tesis contractualista¹⁰, con cita de Ivanega¹¹.

2) Encuadre Constitucional y legal del empleo público municipal

La materia que nos ocupa tiene basamento en normativa tanto de índole supranacional como nacional y provincial, y dentro de ésta última esfera en el orden constitucional, legal y reglamentario.

En el ámbito supranacional, debemos mencionar los tratados de protección de derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional por la reforma de 1994, lo que vino a significar una sustancial ampliación del catálogo de derechos protegidos, estableciendo a su vez la sujeción del Estado al control de una serie de órganos como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo

contra actos dictados en función administrativa interna por los poderes Judicial y Legislativo, salvo lo que dispongan leyes especiales, como la que rige el empleo público de los empleados del Poder Legislativo, que admite aquél recurso. Conf. LISA, Federico J. y WEDER, Rubén L., El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe⁶ tomo 1, pag. 132. En cambio, no ocurre lo mismo con los empleados del Poder Judicial (Conf. Corte Suprema de Justicia de Santa Fe in re "Ponce Miguel A.", de fecha 15/08/2.001, La Ley Litoral 2002, pag. 797.

⁶ Conf. CSJN "Guida" (Fallos 323:1566) y "Tobar" (La Ley 2002-E, 428 y Fallos 326:2059).

⁷ ZINGARETTI, Gisela, "Algunas aproximaciones acerca del empleo público con especial referencia a su consideración jurisprudencial", en Revista de Derecho Público 2007-2, Contratos administrativos II, Rubinzal Culzoni, pág. 216, nota n° 6. De igual modo, IVANEGA, Miriam M, Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 94.

⁸ CCA n° 1 de Santa Fe in re "Leschiutta, Amadeo c/ Provincia de Santa Fe", 26/02/2002, S.T. 1, pág. 69.

⁹ DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, tomo III, Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, pág. 505.

¹⁰ Cámara de lo Contencioso administrativo n° 2 de Rosario, en los autos "Bello, Juan Salustiano c/ Municipalidad de Rosario", en el voto del Dr. Andrada, publicado en RAP 380, pág. 107 (sección jurisprudencia), con nota de CASTELLI, Violeta, "Empleado público contratado. Un fallo garantista".

¹¹ Resulta obvio, que la situación del empleado público va a diferir si se considera que se encuentra en una relación estatutaria o contractual. Teniendo, en principio más garantías en el caso que se considere que se encuentra amparado por un contrato. De todos modos, la evolución jurisprudencial y el reconocimiento de los poderes de emergencia ha sido tan amplia que en los hechos la diferencia se termina por diluir.

vinculado al acatamiento de dichos pactos¹², lo cual es aplicable al empleo público municipal porque atañen a la dignidad humana.

En el ámbito nacional, los preceptos referentes, expresa o implícitamente, al tema del empleo público municipal en la Constitución Nacional son el art. 5, 14bis, 16 y 123¹³.

En el ámbito provincial, encontramos tratado el tema del empleo público en los artículos 6º (extensión de los derechos federales), 7º (dignidad del hombre), 8º (igualdad ante la ley), 14 (derecho a ejercer una actividad o profesión), 18 (responsabilidad de los funcionarios públicos), 20 (protección del trabajo en todas sus formas), 21, 106 y 107 (sobre régimen municipal)¹⁴.

En cuanto al basamento legal en la provincia de Santa Fe, rige la Ley Orgánica de Municipalidades 2756, la ley Orgánica de Comunas 2439 y la ley 9286 del Estatuto y Escalafón de empleados públicos municipales y comunales¹⁵.

Por último, en lo que respecta a la fuente reglamentaria, dada la profusión y variedad de reglamentos emitidos por distintos municipios, se hace materialmente imposible su mención en particular. Aunque es dable destacar que cuando hablamos de normas reglamentarias nos referimos tanto a los reglamentos emanados del órgano ejecutivo como a las ordenanzas, pese a que la naturaleza jurídica de estas últimas está discutida en doctrina.

3) Competencia para legislar en materia de empleo público municipal

El primer interrogante que surge al acercarnos al tema que nos ocupa es el relativo a la “esfera de competencia constitucional” competente para legislar sobre esta materia. Vale decir, corresponde a Municipios o a las provincias.

Consideramos que la respuesta a este interrogante dependerá del grado de autonomía reconocido a cada municipio, como así mismo de las competencias establecidas en las distintas constituciones provinciales, leyes orgánicas o cartas orgánicas. Por tanto, como otros temas de derecho municipal, la respuesta estará condicionada por un lugar y un tiempo determinado.

En el caso de la provincia de Santa Fe, tenemos que la misma ha dictado la ley de Estatuto¹⁶ y Escalafón¹⁷ del empleo público municipal 9286, y los dos municipios más importantes (Rosario y Santa Fe) han dictado sus ordenanzas sobre

¹² IVANEGA, Miriam M, Las relaciones de empleo público, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 44 y ss.

¹³ CASSAGNE, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el empleo público”, La Ley diario del 28 de octubre de 2010, pág. 1 y ss.

¹⁴ Se aclara que las citas de la Constitución Provincial están referidas únicamente a la parte dogmática de la misma, expresa exclusión de las mandas constitucionales que refieren a designaciones del poder ejecutivo y legislativo provincial por ser ajenas a nuestro estudio -sin embargo, los principios emergentes de los mismos pueden ser aplicados en materia municipal-.

¹⁵ Existen otras normas vinculadas a otros aspectos del empleo público municipal: así entre otros, la ley de licencias, justificaciones y franquicias (ley 9.256); de mobbing (nº 12.434) -que conforme al art. 2 de la misma es aplicable directamente a los municipios-.

¹⁶ El “Estatuto” “es el conjunto de normas jurídicas que regulan la organización de los agentes de la administración pública, incluyéndose modalidades de ingreso, ascensos, remociones, deberes y derechos”. IVANEGA, Miriam M., Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 93.

¹⁷ El “Escalafón” es “una norma que regula las condiciones de ascenso, los concursos, que suele estar ubicado en clases o grupos -según lo determine cada ordenamiento- la ubicación en dicho escalafón determinará la ubicación del agente dentro de la estructura”. IVANEGA, Miriam M., Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 59.

empleo público (3574/1984 y 8527/1983, respectivamente). Esto último en virtud de la manda prevista por el artículo 38 inciso 68, de la Ley Orgánica de Municipalidades 2756, que habilita el dictado de ordenanzas sobre “escalafón y estabilidad de los empleados de la administración municipal”.

Ahora bien, ¿qué sucede si la ordenanza dictada por el municipio contradice lo dicho por la ley provincial de empleo público municipal? ¿Cuál de los dos regímenes tendrá preferencia?

Esto es lo que sucedió en el leading case “Rivademar, Ángela c/ Municipalidad de Rosario”¹⁸, donde la CSJN invocando la autonomía municipal dio preferencia a la normativa dictada por el Municipio.

De todos modos, por aplicación del artículo 134 anexo I de la ley 9286, podemos decir que se debe concebir a dicha ley como un régimen de “presupuestos mínimos” laborales¹⁹. O si se quiere, el “orden público laboral” (en versión iuspublicista), de modo que los municipios y comunas podrían ampliar la esfera de derechos de los agentes, mas no restringirla vía ordenanza.

En definitiva, en orden a las competencias y en el aspecto abordado en este acápite, podemos concluir -al menos en de Santa Fe- que si bien la provincia tiene la competencia para dictar leyes en materia de empleo público municipal, ello en absoluto enerva la potestad de los municipios para regular mediante ordenanzas dicha materia. Demostrando la praxis que dichas ordenanzas pueden incluso apartarse del estatuto provincial, postura que ha sido convalidada por la jurisprudencia.

4) Competencia en materia de empleo público municipal dentro del Municipio

Conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Municipios 2756 (en adelante LOM) corresponde a la competencia del Concejo Deliberante conforme el artículo 39 inciso 68, dictar ordenanzas sobre escalafón y estabilidad de los empleados de la administración municipal. Así como nombrar y remover a los funcionarios de su inmediata dependencia (art. 39 inc. 2 LOM), lo que entendemos excluye la competencia del Intendente respecto a los mismos.

Por su parte compete al Departamento Ejecutivo, y a su titular, el Intendente municipal²⁰, nombrar los empleados de su dependencia y removerlos siempre que lo estime conveniente, con excepción de los nombrados con acuerdo -del Concejo Deliberante- (art. 41 inc. 8 LOM). También le corresponde ejercer la superintendencia y dirección inmediata de los empleados de su dependencia (art. 41 inc. 9 LOM); así como la facultad genérica de imponer multas (art. 41 inc 7 LOM).

De tal modo, es competencia del Concejo Deliberante la creación del marco sobre escalafón, así como el nombramiento y remoción de sus empleados -vale decir, los de su inmediata dependencia-. De igual modo, le corresponde el conocimiento de lo todo lo vinculado a ello (v.gr. la tramitación de los expedientes administrativos, la resolución de recursos administrativos que interpongan los

¹⁸ La Ley 1989-C, pág. 49.

¹⁹ Ello por cuanto, el Art. 135 anexo I ley 9286 establece que: “En caso de que una municipalidad o comuna cuente con beneficios superiores a los del ámbito de aplicación del presente estatuto, será de opción la implementación y/o aplicación de los mismos”.

²⁰ Conf. Art. 29 LOM 2756.

agentes contra sanciones impuestas).

Al tiempo que corresponde al Departamento ejecutivo nombrar y remover al resto de los empleados municipales, así como ejercer la superintendencia sobre los mismos (de igual modo, la tramitación de sumarios, resolución de recursos, etc, por sí o por delegación, o por medio de sus inferiores, si tuvieran asignada tal competencia).

De todos modos, el Concejo Deliberante tiene competencia para nombrar en su seno comisiones investigadoras para que informe sobre la marcha de la administración municipal o sobre irregularidades que cometiere el personal (art. 39 inc. 69 LOM). Entendemos que la locución "personal" alude a todo el personal municipal y no solo al del Concejo.

En cuanto a los funcionarios "políticos", el Concejo Deliberante tiene las atribuciones que surgen de los artículos 29 y 39 inciso 3º, 17 y 70, que más abajo analizaremos con más detalle.

5) Ingresos a la función pública municipal:

5.1) Modos normales

Tradicionalmente, se han postulado como los modos de ingreso voluntario regular a la función pública a: a) la elección; b) por nombramiento; c) accesión, y d) contrato ad-hoc²¹.

Vale la pena recordar que el concurso no es un modo de ingreso a la función pública, sino un modo de selección de la persona -quien luego, generalmente, ingresará por medio de un nombramiento-.

De todos modos, huelga remarcar la importancia que tiene el concurso como método de seleccionar a las personas más idóneas para el ejercicio de la función pública, lo que llevará a una mayor profesionalización y eficiencia del servicio público²². Ello por cuanto, la suerte de la gestión pública del Estado depende, principalmente, de la calidad del recurso humano.

5.2) Casos peculiares de ingreso a la función pública municipal y comunal:

Sin embargo, en el derecho administrativo municipal encontramos algunas formas peculiares de ingreso a la función pública:

e) sorteo

Encontramos a esta peculiar forma de ingreso a la función pública²³ en el

²¹ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 98.

²² En derecho mexicano, se habla de "servidor público" (quizás en parte derivado del "*public service*" del derecho norteamericano) como especie dentro del género "función pública", lo que no debe ser confundido con el servicio público (como actividad prestacional del Estado, de cuño francés). Conf. BÉJAR RIVERA, Luis José, Curso de derecho administrativo, Oxford University Press, México D.F., 2007, pág. 53 y ss., quien caracteriza a éstos como "a aquel ciudadano investido de un cargo, empleo o función pública, ligado por un vínculo de régimen jurídico, profesionalmente, al cuadro de personal del poder público" (pág. 63). Consideramos que el concepto de "servidor público" -si bien puede traer lugar a confusiones- es válido en cuanto resalta la noción de servicio. Vale decir, del ejercicio del poder desde una concepción cristiana, como servicio a los demás, y no como imposición o dominación. Nociones éstas a veces olvidadas tanto en ámbitos políticos dirigenciales como en la organización burocrática.

²³ La doctrina administrativista consideraba que el ingreso por sorteo se producía también en el caso de los peritos judiciales o síndicos en un concurso o quiebra. Sin embargo, más modernamente se ha considerado que dichas personas no ingresaban a la función pública (ni adquirirían la categoría

derecho municipal santafesino. Específicamente, en el artículo 142 *in fine* de la Ley Orgánica de Comunas (LOC) 2439. Donde se prevé que para el caso de empate en la elección de miembros de la Comisión Comunal, se proceda al método del sorteo para ver cual de las listas empatadas es consagrada. Así ha sucedido en varias localidades de la provincia de Santa Fe durante el año 2011 ²⁴.

f) Herencia:

En primer lugar, cabe recordar que Marienhoff considera que la herencia como medio de ingreso a la función pública pertenece al pasado, y que en principio, está abolida en los pueblos de occidente. Ello por cuanto, no lo considera propio de una república, sino que para el autor solo se conserva en las monarquías (siendo el paradigma de ello el cargo de Rey)²⁵.

Sin embargo, encontramos vigente esta forma de ingreso a la función pública en el derecho administrativo municipal. Tal es el caso del artículo 130 Anexo I Ley Empleo Público Municipal Sta. Fe 9286.

Dicha norma ha sido declarada inconstitucional por la Corte Provincial in re “Keaodeelert c/Municipalidad de Coronda”²⁶

Para resolver así, el Alto Tribunal provincial consideró al referido artículo como violatorio del artículo 16 de la CN (igualdad e idoneidad) y artículo 14 de la Constitución Provincial; así como que tampoco tenía la reclamante un derecho subjetivo a la función pública, y que aceptar el criterio de la norma implicaría crear una condición de admisibilidad para el ingreso claramente discriminatoria, que configuraría un verdadero privilegio. Y la afectación de la potestad de designación o selección del agente por parte del Municipio -lo cual pensamos que implicaría un avasallamiento de la autonomía municipal en dicho aspecto-.

Finalmente, la Corte Provincial concluyó en la irrazonabilidad e ilegitimidad de la categoría especial creada por el artículo 130 anexo I, a la par que consideró imposible concebirla, desde el punto de vista constitucional, como una clásica medida de acción “positiva o afirmativa”.

El criterio de “Keaodeelert” fue reiterado por el Alto Tribunal provincial en

de agentes públicos), sino que son meros auxiliares de justicia. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV in re “Amiano” (La Ley 1999-F, 499) consideró que el Síndico era un funcionario judicial, y que por tanto, era responsable el Estado por el daño causado por la omisión del primero de anotar una inhabilitación. La Corte Suprema luego, por su parte, consideró que el Síndico (J.A. 2004-I-77) no era “un funcionario del Estado, sino del concurso”, y por tanto, no cabe responsabilizar al Estado por los daños ocasionados por aquel. Se trata, según la CSJN, de un auxiliar de la justicia, sin subordinación jerárquica, y que no puede ser considerado empleado público en los términos del art. 1112 del Código Civil.

²⁴ Por dicho método fue elegido en 2011 Gabriel Rébora como presidente comunal de Melincué. Conf. <http://www.launo.fm/2011/07/30/por-sorteo-gabriel-rebora-es-el-nuevo-presidente-comunal-de-melincue/> (rescatado de internet en fecha 04/01/2012). De igual modo, durante 2011 otras tres comunas fueron elegidos sus miembros de la comisión comunal por medio del sorteo (Esteban, Rams, Las Avispas y Santa Clara de Buena Vista), ver: http://www.lacapital.com.ar/ed_impresa/2011/7/edicion_1002/contenidos/noticia_5290.html (rescatado de internet en fecha 04/01/2012).

²⁵ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 82.

²⁶ *La Ley Litoral* 2005, pág. 399, donde la cónyuge superviviente de un agente municipal fallecido -argentina naturalizada, refugiada de Laos- solicitó se la designe como empleada municipal *efectiva* en virtud del art. 130 anexo I ley 9286. Ello por cuanto, por su precariedad económica y social había prestado funciones como trabajadora eventual o por contrato del mismo Municipio.

“Navarrete”²⁷.

Respecto de la jurisprudencia de la CCA n° 1 de Santa Fe, podemos mencionar al caso “Vargas”²⁸ donde se rechazó la pretensión de ingreso a la Municipalidad demandada.

Otro caso particular, fue el resuelto por el mismo Tribunal en los autos “Pacheco”²⁹, donde la Municipalidad demandada reconoció el derecho de la recurrente (hija de un funcionario municipal de planta permanente fallecido) a ingresar a la función, al tiempo que no cuestionó la constitucionalidad del artículo 130 del Anexo I de la ley 9286 (en el caso, se trataba de la ordenanza 8527/83 de la Municipalidad de San Justo), así como reconoció la existencia de cargos vacantes en categorías inferiores.

De tal modo, la Cámara de Santa Fe admitió el recurso contencioso administrativo interpuesto por Pacheco, y condenó a la Municipalidad a que, previa verificación de los requisitos legales de ingreso, proceda a dictar un acto administrativo designando a la actora directamente y sin prueba de selección.

Así la Cámara, ante el particular reconocimiento efectuado por la demandada, y al no haber solicitado ésta la declaración de inconstitucionalidad del artículo 130 anexo I de la ley 9286 no tuvo más opción que reconocer el derecho de la recurrente. Asimismo, el Tribunal colegiado santafesino se abstuvo de efectuar el control de constitucionalidad de oficio de dicho artículo ³⁰.

Ello nos lleva al interrogante de cómo se podrían compatibilizar el ingreso directo y sin prueba de selección, con la manda que exige el mismo artículo de que

²⁷ CSJFe in re “Navarrete, Filomena c/ Comuna de Bernabé Molina”, de fecha 08/06/2005, LexisNexis On line: 35025713, en este caso, se trata de una concubina de un agente municipal fallecido.

²⁸ CCA n° 1 Santa Fe, in re “Vargas, Andrés c/ Municipalidad de Santa Fe”, del 25/03/2010, LexisNexis On line 70062106, donde el reclamo era efectuado por el hijo de un agente fallecido. En el caso se trataba del art 131 de la ordenanza 8527 de la Municipalidad de Santa Fe. Al igual que en el caso “Piriz, Hernán Oscar c/ Municipalidad de Coronda” del 18/08/2005 (A. y S. CCA 1 tomo 2, pág. 431) del mismo Tribunal donde se sostuvo idéntico criterio.

²⁹ CCA n° 1 de Santa Fe, “Pacheco, Magdalena Beatriz c/ Municipalidad de San Justo”, de fecha 16/03/2004, Reg. S. T. 2, pág. 443.

³⁰ Asimismo, del voto del juez Lisa, surge que la negativa de la Municipalidad de disponer el ingreso de la reclamante con el fundamento de que en el puesto se manejaban equipos pesados podría significar una discriminación ilegítima. Conf. LISA, Federico, “Los elementos de la relación de empleo público en la jurisprudencia. (Sujetos, objeto y contenido)”, en Revista de Derecho Público 2007-2, Contratos administrativos II, Rubinzal Culzoni, pág. 183. El magistrado consideró que el agrupamiento donde se desempeñaba el padre de la actora era comprensivo de tareas suficientemente variadas en cuanto a la posibilidad de ser desempeñadas por personal femenino. Ello nos remite a las nociones de “escrutinio estricto” y “escrutinio intermedio” receptado por la CSJN -por influencias del constitucionalismo norteamericano- en “Repetto”, “Gosttchau”. Ello nos lleva al interrogante de que sucede con la presunción de legitimidad del acto administrativo dictado en consecuencia de una ley que adolece de ese “tufillo” de inconstitucionalidad con la que carga por afectar una “libertad preferida”, y ser sometida por tanto, no ya un juicio de razonabilidad, sino a un “escrutinio estricto”. ¿Sigue gozando ese acto de la presunción de legitimidad? Sammartino responde a este interrogante, sosteniendo que una norma presumida inconstitucional “no puede sustentar jurídicamente a un acto administrativo”. Y por tanto, cuando la Administración aplique igualmente dicha ley (presumida inconstitucional) el acto adolecerá de vicio grave en la causa, lo que se reflejará en el objeto. SAMMARTINO, Patricio M. E., “La causa y objeto del acto administrativo en el Estado constitucional” en AAVV Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 83. Sobre *escrutinio estricto*, ver ATTA, Gustavo A., “El control de razonabilidad: escrutinio estricto”, La Ley 2003-C, 247.

se deben cumplir los requisitos legales de ingreso. Pareciera que éstos últimos se refieren a los requisitos exigidos en el anexo II de la misma ley, conforme los requerimientos de los distintos agrupamientos.

Este particular modo de ingreso a la función pública plantea varios interrogantes ¿es legítimo en un Estado de Derecho y a la luz del requisito constitucional de la idoneidad (art. 16 Const.Nac) “heredar” la función pública? ¿es dicho cargo “heredable” o puede ser considerado como una suerte de “bien ganancial”?

Otra particularidad de los planteos efectuados por parientes directos de agentes municipales fallecidos³¹, es que en general, solicitan su ingreso como empleados municipales permanentes “y/o contratados”; cuando en realidad, no tendrían derecho a ingresar a planta como contratados. Ello por cuanto esta última categoría no da el derecho de ingresar a planta permanente de las municipalidades. En todo caso, de prosperar esta solicitud, el pariente del agente fallecido tendría derecho -eventualmente- a ser contratado mediante un contrato de plazo determinado, y vencido dicho término quedaría nuevamente fuera de la función pública.

Finalmente, de lege ferenda podemos agregar sobre este particular modo de ingreso, que el mismo se contradice con las modernas tendencias en doctrina por el cuales -en virtud de tratados internacionales tales como la Convención Latinoamericana de Lucha contra la Corrupción- vamos camino a exigir siempre, en aras de garantizar el cumplimiento de la idoneidad- el concurso como de selección de la persona que ingresará a la función pública. Modo de selección que se vuelve casi imposible ante la situación planteada por el artículo 130 anexo I ley 9286.

g) “permuta” con otro empleado municipal.

La normativa santafesina contempla, en el artículo 15 inciso m) anexo I de la ley 9286 -previsto como derecho del funcionario- y en el artículo 58 *in fine* anexo I de la ley 9286 la figura de la “permuta”³² (presente también en el estatuto del empleado público provincial, pero con distinta consecuencia).

Se trata de un caso de “ingreso” a la nueva municipalidad o comuna; por cuanto, si bien la persona ya se encuentra en la función pública, no es todavía agente del municipio o comuna a la cual busca trasladarse.

De tal modo, la permuta es un modo de ingreso a la función pública respecto del nuevo “empleador”, al ser la relación de empleo público “personal, formal, documentada y voluntaria”³³ al cambiar una de las partes (Estado), es claro que estamos ante una nueva relación de empleo público -más allá que se le reconozca la antigüedad-.

El requisito exigido por la norma es que se trate de agentes de igual nivel y jerarquía, que trabajen en otras comunas o municipios de la provincia, y que no se

³¹ En realidad la norma contempla únicamente el “derecho” del hijo/a y de la viuda.

³² Art. 58 anexo I ley 9286.- Los agentes tendrán derecho a permutar cargos de igual nivel y jerarquía siempre que no se afecten las necesidades del servicio dentro del ámbito municipal o comunal de su asiento, *como así también podrán permutar con agentes de igual nivel y jerarquía de otras municipalidades y comunas de la provincia.*

³³ Conf. ZINGARETTI, Gisela: “Algunas aproximaciones acerca del empleo público con especial referencia a su consideración jurisprudencial” en *Revista de Derecho Público*, Rubinzal Culzoni, 2007-2, pág. 213.

afecten las necesidades del servicio³⁴. Consideramos como requisito implícito que ambos agentes estén en condiciones de ingresar al empleo público -es obvio que dicho requisito se debe cumplir, por cuanto ambos ya están en la función-.

En cuanto al procedimiento administrativo, partiendo de la base del acuerdo entre dos empleados públicos de cambiar o permutar funciones -consideramos claro que una situación de este tipo no podría imponerse de modo unilateral desde la Administración municipal- cada funcionario deberá hacer el planteo o reclamación ante su propia municipalidad o comuna solicitando el cambio, y éste deberá ser aceptado por acto administrativo con la condición de que la otra autoridad administrativa haga la propio -caso contrario-, la permuta o cambio ser vería frustrada.

Se trata de dos actos administrativos “vinculados” (no en el sentido de reglados), sino que están relacionados de modo extrínseco entre sí. Configurándose, de tal modo, un supuesto de actividad interadministrativa.

Ahora bien, ¿será discrecional o reglado para la municipalidad o comuna aceptar dicha permuta? Repasemos una vez más la redacción.

El artículo 58 establece esta posibilidad como derecho de los funcionarios (al igual que el 15 inc. m) anexo I ley 9286). ¿Ello significa que la municipalidad debe aceptarlo sin más? Consideramos que no.

La clave de bóveda está en la manda que dispone “*siempre que no se afecten las necesidades del servicio dentro del ámbito municipal o comunal de su asiento*”. De tal modo, la apreciación de las necesidades del servicio es una típica atribución discrecional de la Administración. He aquí entonces, la disposición que habilita la actividad discrecional³⁵.

Finalmente, no consideramos jurídicamente viable la permuta impuesta por la Municipalidad, sino que -reiteramos- se trata de un derecho.

6) Clasificación del empleo público municipal:

La ley 9286 clasifica al empleado público municipal (que se encuentra regido por dicho estatuto) en dos grandes grupos: a) personal permanente (comunmente llamado de “planta”) y b) personal no permanente, y a éstos, los clasifica en tres sub-categorías: contratados, de gabinete y transitorios³⁶.

6.1.- Permanente: Ingresan mediante el sistema de selección que corresponda, tienen estabilidad y se incorporan a la carrera administrativa y le mantienen su cargo hasta tanto sean separados según los medios legalmente previstos (vgr. sea jubilación o exoneración o cesantía, o renuncia).

³⁴ Si bien dicho requisito aparece en la primera parte del art. 58, consideramos que es de aplicación también a la segunda parte.

³⁵ Siempre con los límites de su ejercicio razonable, el control mediante los elementos reglados, los principios generales del derecho y la constatación de los “hechos determinantes”; lo que puede ser materia de recursos administrativos y judiciales, siendo el legitimado pasivo cualquiera de las dos municipalidades o comunas actantes.

³⁶ La ley marco de empleo público nacional incluye tres tipos de personal: el que tiene estabilidad, el contratado y el de gabinete (conf. art. 7 ley 25.164). En doctrina, una clasificación más acabada fue dada por la Dra. Ivanega: 1) personal con estabilidad, 2) personal sin estabilidad; y dentro de esta especie: 2.1) contratado, 2.2) transitorio o temporario, 2.3) pasantes, 2.4) de confianza o Gabinete, 2.5) interino, 2.6) ad-honorem, 2.7) de hecho. Conf. IVANEGA, Miriam M, Las relaciones de empleo público, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 120 y ss.

6.2.- No permanentes: la ley 9286 los clasifica en tres sub-grupos:

a.- Contratados: aquellos cuya relación laboral está regida por un contrato de plazo determinado y que presta servicios en forma personal y directa con una retribución sujeta al cumplimiento de las etapas que se determinen (art. 8º anexo I, ley 9286).

Está destinado únicamente a la realización de trabajos que por su naturaleza o duración, no pueden ser realizados por el personal permanente.

La norma establece además expresamente respecto de la duración del contrato, que el decreto que apruebe el contrato deberá fijarse término de vencimiento del mismo.

Muchas veces se habla del personal “contratado” como género que incluye todos los tipos de empleo público no permanente: transitorio, de gabinete y contratos ad-hoc³⁷. Sin embargo, bajo éste acápite nos referimos a los contratados “propios”. Vale decir, como aquellos que tienen un contrato “ad-hoc”, con exclusión de los transitorios y de gabinete.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia en los autos “Tempesta, Luis c/Provincia de Santa Fe”³⁸ -si bien en un caso de empleo público provincial, pero que es extensible a todo empleo público- ha dicho que los contratados no tienen estabilidad, y que sin acto expreso no se puede modificar el status de contratado a permanente. Igual doctrina tiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Vaquero”³⁹.

Surge el interrogante, a la luz de los leading cases “Sánchez” y “Ramos” de la CSJN, de si no se incluye en el decreto aprobatorio del contrato el plazo del mismo (conf. lo requerido por el art. 8 *in fine* anexo I ley 9286), ¿estamos en dicho caso ante el incumplimiento del ordenamiento jurídico exigido por los precedentes citados a los fines de configurarse un supuesto de responsabilidad del Estado (y la consiguiente indemnización al finalizar el vínculo)?

En caso que se considere procedente la indemnización, ¿estamos ante un supuesto de responsabilidad del Estado por actividad lícita o ilícita?

A priori pareciera que es un caso de responsabilidad ilícita -al haberse incumplido con el ordenamiento jurídico-; sin embargo, la decisión de la continuación o no de un contrato es un típico caso de mérito, oportunidad o conveniencia.

La Cámara de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Rosario resolvió en la causa “Bello”⁴⁰ el planteo de un arriero que había estado contratado (con sucesivas prórrogas) por la Municipalidad de Rosario durante más de quince años, y que buscaba la anulación del decreto que establecía *ex post facto* un plazo a su contrato y su cesantía, así como la incorporación a planta permanente, con más los “salarios caídos” y eventualmente, el resarcimiento del daño moral.

El tribunal rosarino desestima la pretensión de incorporación a planta por aplicación del holding de la Corte Provincial en “Álvarez”; mas impone el pago de los

³⁷ BONATO, Mauro Raúl, “El personal contratado por la Administración Pública y su cesantía. Análisis jurisprudencial”, Lex Fori On line, 18/08/2010, Revista nº 242, recuperado de internet en fecha 17/11/2011 de: <http://lexforionline.com/doctrina.php>

³⁸ AyS 113:45

³⁹ Resuelto en fecha 23/08/2001, Revista de Derecho Administrativo, Nº 42, págs. 393/400.

⁴⁰ “Bello, Juan Salustiano c/ Municipalidad de Rosario”, del 27/08/2009, publicado en RAP nº 380 (sección jurisprudencia comentada) pág. 107 y ss.

salarios caídos⁴¹ al estar viciada la actividad de la Administración municipal -por desviación de poder y falta de motivación suficiente- al haber mantenido al empleado municipal bajo el status de “contratado” durante un lapso tan prolongado de tiempo⁴².

Por su parte, la Cámara de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Santa Fe ha tenido la expresa oportunidad de tratar el tema de los empleados comunales y la aplicación del criterio de “Sánchez” y “Ramos”.

Se trató de lo resuelto en “Novalanek”⁴³, donde el actor -una persona contratada por tres meses para realizar tareas en el cementerio comunal- solicita al finalizar la relación contractual la indemnización por cesantía injustificada, salarios caídos, el reintegro a las funciones, el pago de suplementos por horas extras y actividad riesgosa, y el pago del proporcional de las vacaciones.

La Cámara reiteró el criterio sostenido por la Corte provincial y Nacional respecto de los empleados contratados, al señalar que quien “realiza tareas típicas de la actividad permanente de la Administración, no resulta suficiente, por sí solo, para demostrar la existencia de una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado”. Y que “el mero transcurso del tiempo y la invocada continuidad de la prestación de los servicios no convierte en permanente la relación nacida y ejecutada bajo la condición de la transitoriedad. La permanencia y la consiguiente estabilidad en el cargo, sólo se adquiere luego de satisfechos los recaudos formales exigidos por la legislación aplicable”.

De todos modos, la parte más novedosa del fallo lo encontramos en el voto concurrente del Dr. Federico Lisa, donde le aplica el “test de Sánchez y Ramos” al entuerto.

Ello, para llegar a la conclusión de que en el caso de marras no concurrían -ni remotamente- las razones de antijuridicidad que condujeron a la CSJN a sostener en “Ramos” la existencia de un supuesto de “despido arbitrario” a los fines del cobro de una indemnización. Vale decir, para dicho magistrado, se deberá probar en cada caso el actuar ilegítimo de la Administración a los fines que proceda una indemnización.

Y que la referida indemnización sea porque se ha configurado un supuesto de “despido arbitrario” nos remite a la idea de la Dra. Ivanega de que el derecho de los trabajadores (sean públicos estatales o sean privados bajo la LCT) tiende a unificarse en cuanto a las garantías que brinda a éstos⁴⁴.

⁴¹ Salarios que le corresponden por el lapso de dos años -conforme la doctrina de “Alcácer”- al considerarse que ese el plazo normal para un tramitación diligente del procedimiento y proceso administrativo.

⁴² En la nota que la Dra. Castelli realizara al fallo remarca la Maestra, con cita de Marienhoff, que técnicamente no puede hablarse de “salarios caídos”, ya que el empleado se vio impedido de prestar sus servicios, “sino más bien debe considerarse a tal resarcimiento que como sanción se le impone a la Administración con gran acierto en este fallo, como indemnización. Vale decir, lo que comúnmente se denomina salarios caídos, debe interpretarse como indemnización”. CASTELLI, Violeta, “Empleado público contratado. Un fallo garantista”, RAP nº 380, pág. 107 (sección jurisprudencia comentada).

⁴³ “Novanalek, Mario Abel c/ Comuna de Humberto Primo”, A. y S. tomo 22, pág. 487/502, del 14/12/21010.

⁴⁴ La postura más radical que hemos podido encontrar al respecto, es la esgrimida por Abal y Sotura, quienes argumentan que a los trabajadores del Estado tienen opción a como “techo” la protección de máxima que otorga la garantía de la estabilidad absoluta (siempre que el agente contratado - sostienen- sea destinado a la ejecución de tareas del giro habitual de la actividad administrativa y

El quid estará en poder vaticinar cuándo se configura la ilicitud del obrar de la Administración, sea la desviación de poder y el abuso de las formas, o irrazonable extensión de los contratos ad-hoc.

En “Ramos” pareciera ser que dicha ilegalidad se configura cuando se sobrepasa sobradamente el plazo máximo de contrataciones previsto en la norma. De todos modos, queda el interrogante de “¿cuánto tiempo es suficiente para generar una razonable expectativa de permanencia laboral?”⁴⁵.

En “Cerigliano”, sin embargo, la CSJN acepta nuevamente la indemnización del personal contratado sin que exista normativa alguna que limite el término de los contratos.

Ante esta situación, es evidente que resulta harto difícil aventurar una solución general a la problemática de los contratados. Estando los operadores del derecho sujetos a la discrecionalidad judicial a la hora de determinar la ilicitud o no del obrar administrativo; ora en la determinación de la extensión de tiempo que genera una “razonable expectativa de permanencia laboral”⁴⁶, ora para la determinación de la desviación de poder.

Pensamos que no contradice a cuanto venimos diciendo, lo dispuesto por el artículo 134 anexo I Ley 9286. Ya que como resolvió la Corte Provincial en los casos “Alvarez”⁴⁷ y “Caillet Bois”⁴⁸ no es razonable pensar que el legislador ha admitido la posibilidad de que se sustituyan los rigurosos procedimientos de selección de personal, con el “simple recurso de proceder a la celebración de contratos”.

De modo tal, la circunstancia de resultar comprendido en las prescripciones de dicho precepto no confiere a los agentes un derecho a ser convalidados como personal de planta permanente, por cuanto es el acto jurídico de la designación el que fijó el status legal de los mismos, y que el “automatismo al que refiere la norma mencionada debe entenderse limitado al derecho de los agentes a ser considerados por la administración para el eventual ingreso a la planta permanente, a la que solo se lo podrá incorporar, si además de reunir las condiciones del artículo 134 anexo I, cumplimentasen los recaudos de ingreso previstos en la ley 9286”.

b.- De gabinete: son aquellos que cumplen funciones de asesoramiento o asistencia administrativa. Cesan al mismo tiempo que la autoridad cuyo gabinete integran, no suponen jerarquía alguna fuera del ámbito del mismo (art. 7 anexo I, ley 9286).

Comprende al personal que desempeña funciones de colaboradores o asesores directos del Departamento Ejecutivo y sus secretarios y de las Comisiones

acrediten idoneidad), y como “piso” la protección mínima de la indemnización compensatoria (símil LCT) -para el caso que el empleado público así lo decida-. ABAL, Marcelo y SOTURA, Ricardo, “Agentes contratados por la Administración Pública Nacional”, La Ley jueves 21 de mayo de 2009, pág. 5.

⁴⁵ BONATO, Mauro Raúl, “Otra vez sobre el personal contratado”, Lex Fori On line, Revista 252, 15/06/2011, recuperado de internet en fecha 06/01/2012 en: http://lexforionline.com/doc_pdf.php?idDoctrina=59. El autor sostiene que una vez superado el umbral de la continuidad del vínculo, el actor deberá alegar y probar la desviación de poder de la Administración.

⁴⁶ Consideramos que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que habrá que determinar acudiendo a nuestra rica doctrina sobre la razonabilidad.

⁴⁷ A. y S. tomo 130 pág. 267.

⁴⁸ “Caillet Bois, Marcelo c/ Municipalidad de Roldán”, de fech 8/09/2004, Lexis Nexis On line: n° 70035785.

Comunales y de sus miembros y del presidente del Concejo Municipal o concejales. Sólo podrán ser designados en puestos previamente designados para tal fin (art. 6 anexo I ley 9286).

La Suprema Corte provincial en los autos “Gonzalez, Oscar Silvio c/ Municipalidad de Rosario”⁴⁹, resolvió que el actor era un empleado de gabinete (en el caso, se desempeñaba como oficial periodista dependiente de un bloque político partidario dentro del Concejo Deliberante de Rosario) y que por tanto, carecía de estabilidad.

Dicho fallo resuelve además el tema del agotamiento de la vía ante actos del Concejo Deliberante, dando la Corte provincial por agotada la vía administrativa con el recurso de reconsideración contra resoluciones del referido cuerpo colegiado (obviando al recurrente el deber de acudir por apelación ante el Intendente municipal)⁵⁰.

Además, el referido pronunciamiento trata acerca de si el cheque con la parte proporcional de la última remuneración configuraba un acto tácito por el cual se le notificaba al agente de gabinete de la resolución de cesantía. El Alto Tribunal provincial consideró que la mera percepción de remuneraciones liquidadas conforme actos administrativos no implica la notificación íntegra de dichos actos. Por tanto, rechaza que el cobro de dicho valor implique la notificación de un acto administrativo implícito.

Otro pronunciamiento acerca del personal de gabinete fue el recaído en los autos “Defagot, Vicente A. c/ Comuna de San Bernardo”⁵¹, donde la Corte provincial consideró que el Secretario administrativo de dicha comuna no revestía la categoría de agente permanente, sino que era de gabinete.

En el caso, el actor había sido nombrado como Secretario administrativo de la referida Comuna por la Comisión comunal, permaneciendo en el cargo durante varios períodos (mientras duró el mandato del presidente comunal que lo había elegido -juntamente con el resto de la Comisión-), luego con el cambio de gobierno dicho Secretario fue “cesanteado” de forma verbal.

Vale la pena recordar que el Secretario administrativo de una Comuna es el encargado de refrendar el libro especial en el que han de asentarse por orden cronológico y numeradas, las actas de las sesiones que celebre la Comisión (junto con el Presidente comunal y los vocales asistentes) -conf. art. 32 LOC 2439-, así como el refrendo de todos los actos firmados por el Presidente comunal -art.34 LOC-⁵².

⁴⁹ AyS 107:46, de fecha 13/04/1994.

⁵⁰ La Corte hace en el caso una interpretación armónica de los arts. 39 incs. 2 y 41 inc. 8 de la LOM n° 2756, así como del art. 46 de la ley 9286 (que establece la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración contra actos que afecten derechos de los agentes municipales y comunales). A ello podríamos agregar que el art. 5 de la ley 11.330 establece como “actos de la Administración pública” pasibles del recurso contencioso administrativo, entre otros, los actos individuales y generales dictados en ejercicio de función administrativa de los Concejos Deliberantes.

⁵¹ CSJFe, 24/03/2004, Lexis-Nexis n° 70035716.

⁵² La ley orgánica de Comuna no determina la naturaleza jurídica de dicho refrendo, así como tampoco la sanción por la falta del mismo. De tal modo, ante la ausencia de este requisito, ¿estaremos ante un acto administrativo comunal nulo o ineficaz?. Fabián Canda considera -si bien respecto del refrendo ministerial- que se trata de un componente del “debido procedimiento previo al dictado del acto”, por tanto, su ausencia -cuando la norma así lo exija- va a acarrear la nulidad absoluta del acto administrativo. CANDA, Fabián: “Control judicial del ejercicio de la función pública: la ausencia de refrendo ministerial en la aceptación de la renuncia de un funcionario. El

La Corte consideró que dicho funcionario revestía el carácter de político, más allá de recibir una remuneración⁵³ correspondiente a la categoría 18 -que el Tribunal consideró solo como una fórmula para determinar de manera contable sus emolumentos-, y por tanto, su situación se encuadraba en el marco de los artículos 6 y 7 anexo I ley 9286 (y su mandato cesó de modo automático al término de la gestión de la autoridad en cuyo Gabinete se desempeñaba).

Otra consideración que efectúa la Corte en dicho fallo, y que creemos importante, radica en el hecho de remarcar que la ley 9286 es aplicable tanto a Comunas como Municipios de la provincia -con las consiguientes diferencias de escala y organización administrativa existente entre grandes municipalidades y pequeñas comunas- por tanto, dicho cuerpo normativo “debe ser adecuadamente interpretado y racionalmente adaptado en función de las características propias de ente público de que se trate”.

c.-Agentes transitorios . La ley 9286 (al igual que la ley de empleo público provincial 8525) agrega una categoría más: los transitorios (la ley 8525 no menciona a los de gabinete): el que se emplea para la ejecución de servicios, explotaciones, obras o tareas de carácter temporario, eventual o estacional, que no puedan realizar el personal permanente, sin que se resienta la normal prestación de funciones específicas. La norma no exige a este personal título habilitante ni especialización (art. 9 anexo I, ley 9286).

La ley 8525 de empleo público provincial establece un tope para los funcionarios transitorios: nunca podrán prestar funciones por más de 12 meses (art. 9), límite que no aparece en la ley 9286.

7) Otros tipos de funcionarios, por fuera del estatuto y escalafón de la ley 9286

7.1) Funcionarios “políticos”:

Pasándonos ahora al concepto amplio de función pública, vale incluir allí a los funcionarios llamados “políticos-electivos” (miembros de comisiones comunales, concejales e intendentes). Los cuales, pese a estar excluidos del estatuto del empleo público⁵⁴, no por ello pierden su calificación como funcionarios públicos, por el contrario, le caben los deberes y responsabilidades, y le asisten los derechos que preveen las respectivas leyes orgánicas.

7.1.1) Miembros de Comisiones comunales:

La CCA n° 1 de Santa Fe en los autos “Toledo c/ Comuna de Zenon Pereyra”⁵⁵ resolvió que los miembros de la Comisión Comunal son “empleados públicos”, por más que no se encuentren dentro de la ley 9286. Según la Cámara, ellos encarnan una relación de servicio similar a la de los jueces.

Superior Tribunal fueguino y la valorización del procedimiento de formación de los actos administrativos”, S.J.A. 4/5/2011.

⁵³ La redacción de la LOC 2439 anterior a las reformas introducidas por la ley 11.358 (promulgada el 28/12/1995) autorizaba la fijación de una remuneración al Secretario administrativo de las Comunas para el caso que el mismo no fuere uno de los miembros electos de la Comisión comunal.

⁵⁴ Art. 2 inc. a) y b) Anexo I ley 9286.

⁵⁵ De fecha 7/12/2007, A. y S. tomo 7, pág. 79.

7.1.2) Miembros de Concejos Deliberantes municipales:

El caso más paradigmático sobre esta temática es sin dudas “Giordano Monti”⁵⁶ de la Corte Suprema Provincial, donde resolvió que, a pesar de las facultades privativas de orden disciplinario respecto de sus miembros que posee el Concejo Deliberante⁵⁷ y de la alta dosis de discrecionalidad en punto al fondo de sus decisiones, nada de ello impide a que el tribunal pueda verificar si el obrar de dicho órgano es adecuado a las normas constitucionales y legales, es decir, si la decisión ha sido razonable y no arbitraria.

La CCA 1 de Santa Fe, por su parte, resolvió el caso “Huber, Juan C. c/ Municipalidad de Coronda”⁵⁸, donde Huber cuestionaba el acto del Concejo Deliberante que dispuso su destitución como concejal⁵⁹, y la Cámara consideró que el asunto no era una “cuestión política no justiciable”⁶⁰, determinando por tanto, la naturaleza administrativa del caso, y ergo siendo atacable por vía del recurso contencioso administrativo. El tribunal no encontró razones para revocar la resolución del Concejo Deliberante⁶¹.

Otro caso resuelto por la misma Cámara, a través de una medida cautelar autónoma, fue en los autos “Fariz”⁶². En el cual el actor solicitó en su carácter de concejal suplente electo se le de posesión del cargo de concejal, a raíz del fallecimiento del Intendente ⁶³. El Tribunal, ante lo claro de la normativa en la ley orgánica, resolvió hacer lugar a la medida cautelar, ordenando al Concejo Deliberante de Vera dar posesión del cargo de concejal al reclamante.

⁵⁶ De fecha 02/08/2006, Lexis Nexis On line: 70034703.

⁵⁷ Al respecto cabe recordar que el art. 39 inc. 3 LOM establece la atribución de juzgar la elección de sus miembros; y art. 39 inc. 4, de corregir y aún excluir de su seno. Al tiempo que el art. 25 inc. 3 LOM trata acerca de la incompatibilidad de los Concejales que tengan contratos pendientes con la Municipalidad o “que en cualquier forma tenga relaciones de negocios con la misma”.

⁵⁸ De fecha 26/09/2006, Lexis-Nexis On line N° 70038865.

⁵⁹ Huber era abogado de la cooperativa local de servicios públicos (la cual tenía un contrato con la Municipalidad a los fines de la prestación de distintos servicios públicos) y de un proveedor de televisión por cable del lugar (el que se encontraba en un abierto conflicto con el otro proveedor de cable local), así como una alegada incompatibilidad moral.

⁶⁰ El art. 6 inciso a) ley 11.330 excluye de la jurisdicción contencioso administrativa a “los actos que comporten el ejercicio del poder político del Estado”.

⁶¹ Por cuanto ni la normativa provincial ni el reglamento interno del cuerpo reglaban el procedimiento, y al no encontrar vicios en el procedimiento, ni desviación de poder, así como tampoco haberse acreditado violación al derecho de defensa del ex-concejal.

⁶² Cámara de lo Contencioso Administrativo n° 1 de Santa Fe, in re “Fariz, Bruno Esteban c/ Municipalidad de Vera s/Medida cautelar autónoma”, de fecha 20/11/2009, A. y S. tomo 18, pág. 418.

⁶³ Ello debido a que por el fallecimiento del Intendente municipal se produjo un corrimiento, donde el presidente del Concejo asumió como titular del Departamento Ejecutivo, dejando librado su cargo en el cuerpo legislativo. Esto en virtud de lo reglado en el art. 33 y 104 de la LOM: “Artículo 33. En caso de vacancia, fallecimiento o ausencia por más de cinco días, el Intendente será suplido por el Presidente del Concejo Municipal y en defecto de éste por el vicepresidente primero o vicepresidente segundo, hasta tanto se nombre el reemplazante o cese la causa de la ausencia.” “Artículo 104. Los suplentes proclamados por la Junta Electoral, reemplazarán a los Concejales que renuncien, sean destituidos o fallezcan, efectuándose el reemplazo automáticamente, siguiendo el orden de colocación en la respectiva lista de candidatos. Los que resulten suplentes reemplazarán también a los Concejales que por ser Presidente o Vicepresidente primero o segundo del Concejo Municipal, se encuentren desempeñando las funciones que les asigna el Artículo 33 de la presente Ley. El reemplazo será automático y tendrá carácter temporario hasta el reintegro del reemplazado, gozando durante ese tiempo de las dietas que correspondan al titular”.

Finalmente, respecto de la remuneración de los Concejales, los mismos reciben una retribución por su labor denominada “dieta”⁶⁴.

8) Nombramientos con acuerdo del Concejo

El artículo 39 inciso 70 de la LOM dispone que los “... directores y gerentes de los bancos municipales de préstamos y demás funcionarios que por ordenanzas requieran acuerdo, serán nombrados previa formalidad de este requisito por el Concejo Municipal en sesión secreta, y a propuesta del DEM”.

Según dicho precepto, los “... pedidos de acuerdos se considerarán hecho efectivos si el Concejo no se pronunciara sobre ellos dentro de los quince días de haber tenido entrada el pliego correspondiente en secretaría...”

De ello cabe concluir que el legislador acepta expresamente que en el ámbito municipal, la exigencia del acuerdo puede establecerse por ordenanza; y al igual que la constitución provincial (art. 54 inc. 5º), también acepta la aplicación del silencio positivo en caso de que el Concejo no se pronuncie sobre el pedido de acuerdo dentro del plazo fijado por la ley⁶⁵.

Este tipo de nombramientos asume la naturaleza de un acto interorgánico complejo, cuyo procedimiento de formación contiene tres actos emitidos en dos tramos distintos pero unidos por la misma finalidad, a saber: a) primer tramo: compuesto por la propuesta del órgano ejecutivo y la conformidad del Concejo exteriorizada por medio del “acuerdo”; b) segundo tramo: dicho acuerdo, al emitirse luego el decreto de nombramiento, se fusiona con éste y dá lugar a la conformación del referido acto complejo al que hemos referido.⁶⁶

9) El Intendente municipal como funcionario público. Lo atinente a la determinación del sueldo del mismo

Tomando el concepto amplio de función pública, es evidente que el Intendente municipal es funcionario público, más allá de estar expresamente excluido del estatuto y escalafón del empleo público municipal (art. 2 inc. a. anexo I ley 9286).

De todos modos, en tanto funcionario público más alto del municipio su competencia, derechos y deberes estarán configurados por la Constitución provincial y la ley orgánica de municipios.

Así, un tema complejo en torno de la figura del Intendente municipal es el relativo a su remuneración, y la posibilidad de cobrar un extra en caso de ser profesional titulado.

Al respecto, por un lado, el art. 29 de la LOM establece que “... El intendente

⁶⁴ Ver ROSATTI, Horacio, Tratado de derecho municipal, tomo II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 228/229. En el aspecto normativo, el art. 28 de la LOM prevé que los Concejales tienen derecho a una dieta, que debe ser fijada por el Concejo con el voto de las 2/3 de todos sus miembros. Concatenado con ello, está el tema de los conflictos que se han planteado entre personal del Departamento Ejecutivo y Concejales de varios municipios de la provincia de Santa Fe y distintas cajas de jubilaciones, lo que consideramos configura un supuesto de conflicto interadministrativo, regulado por la ley 7893, así lo resolvió la CCA n° 1 in re “Municipalidad de la Ciudad de Gálvez / Municipalidad de Santa Fe s/Recurso Contencioso Administrativo”, de fecha 25/02/2010, A. y S. tomo 19, pág. 444, donde el tribunal santafesino se declara incompetente.

⁶⁵ En caso de negársele el acuerdo, el Intendente municipal puede insistir, y dicha insistencia debe ser rechazada con una mayoría calificada del Concejo (conf. Art. 39 inc. 71 LOM).

⁶⁶ DOMINGO, Hugo Luis: “El acuerdo del Senado para el nombramiento de funcionarios públicos. Anotaciones sobre su naturaleza y efectos jurídicos”, E.D. 30/04/2010, pág. 1 y ss.

gozará de un sueldo o retribución mensual...” y que dicho sueldo “...no será aumentado ni disminuido durante el período de su mandato, salvo resolución expresa del Concejo Municipal, tomada con el voto de las dos terceras partes de sus miembros”; y por el otro el artículo 39 inciso 17 de la LOM, que dentro de las atribuciones del Concejo Municipal menciona la de “fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración... En ningún caso el presupuesto votado podrá aumentar los sueldos y gastos *proyectados* por el Departamento Ejecutivo”.-

Cualquiera sea la interpretación que se le otorgue a la palabra sueldos, de la exégesis de los preceptos mencionados pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) que la determinación de las remuneraciones en el Municipio deben ser aprobadas por el presupuesto, siendo obviamente, esta una tarea eminentemente legislativa;

b) que el DEM puede *proyectar* gastos y sueldos;

c) que dichos gastos y sueldos *deben ser aprobados* por el cuerpo legislativo;

d) que, finalmente, la norma prevé una limitación a la facultad del Concejo: en el presupuesto no se puede *aumentar* los sueldos y saldos proyectados por el DEM.-

Es claro luego, que por el artículo 39 inciso 17) LOM el Concejo no puede *aumentar* el sueldo proyectado por el DEM (aquí se refiere a *cualquier* sueldo, incluido el del Intendente). Del artículo 29 *in fine* LOM surge que en principio -y aquí ya hablando específicamente del Intendente municipal- su sueldo no podría ser *aumentado* o *disminuido* durante su mandato (con la excepción antes mencionada).-

De una u otra manera, la *aprobación* de los sueldos corresponde al Concejo Deliberante, siendo una competencia netamente legislativa que las más de las veces va a estar enmarcada dentro del presupuesto anual, con la excepción prevista en el artículo 29 LOM, que permite una modificación del sueldo del Intendente más allá del presupuesto.-

En caso de ser fijado el sueldo por órgano incompetente, dicho acto administrativo será nulo por vicio en la competencia. Dicha incompetencia, estaría configurada como la que Agustín Gordillo dio en llamar “*incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*”⁶⁷.-

El mencionado e hipotético acto administrativo nulo, debería en principio ser revocado por la misma administración, teniendo en cuenta la amplia potestad auto-revocatoria de que cuentan los Entes Estatales en el ordenamiento jurídico administrativo santafesino.

Por otro lado, se encontrarían afectadas las competencias legales del Concejo Deliberante, produciéndose un avance del DEM sobre el primero.

Si el DEM insistiese en su actitud, desafiando la competencia del Concejo Deliberante en la materia, consideramos que habría un conflicto de poderes entre el Ejecutivo y Legislativo municipal.

Es útil recordar que nuestra Constitución provincial no prevé una solución judicial a un conflicto municipal de tal tipo, tampoco la ley 11.330 de recurso contencioso administrativo, (judicialización que es posible en otras provincias, entendiendo en general la Corte Suprema o Superior tribunal provincial en instancia originaria, como sucede por ejemplo en la provincia de Buenos Aires).

⁶⁷ GORDILLO, Agustín: Tratado de derecho administrativo, tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pág. XII-18.-

De tal modo, de persistir el conflicto institucional, las soluciones deberán ser políticas: sea mediante la negociación política partidaria (solución de mínima) o mediante la intervención provincial al municipio (solución de máxima) (conf. Art 108 Constitución prov.)-.

10) Funcionarios de facto:

Respecto de los “funcionarios de facto” municipales, vale la pena traer a consideración el caso de los vendedores de tickets para el estacionamiento medido, sistema que funcionara en la ciudad de Rosario.

Se trataba de particulares que suscribieron un contrato de “locación de servicios” con la municipalidad a los fines de comercializar los tickets o billetes de estacionamiento medido (además, efectuar actividades de control, y en su caso, alertar de infracciones a los inspectores municipales), reclamando ante la Municipalidad de Rosario su nombramiento como agentes del Estado bajo la protección de la ley 9286, esgrimiendo entre otras razones, su categoría de funcionarios de hecho, así como el hecho de haber efectuado una “gestión de negocios” a favor de la Municipalidad demandada.

Dicha pretensión fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en “Carrasco”⁶⁸, al considerar que no tenían un derecho a ingresar en la función público en los términos de la ley 9286, sino que eran particulares que celebraron un contrato con la Municipalidad⁶⁹.

Resulta a todas luces claro que los ya extintos vendedores de tickets para estacionamiento medido no eran funcionarios de hecho, sino que se encontraban ligados con la Municipalidad por medio de un contrato de locación de servicios⁷⁰.

11) Empleados de bancos municipales y de entidades autárquicas

Con respecto a los bancos municipales de préstamos, la designación de directores y gerentes podrá requerir acuerdo del Concejo Deliberante o no, según lo establezca la respectiva ordenanza. Y en el primer caso se regirá por el artículo 39 inciso 70 de la LOM como ya hemos visto. En cuanto al estatuto de derechos y deberes de sus empleados, según lo dispuesto por el artículo 2 inciso g anexo I de la ley 9286, están excluidos del estatuto.

En segundo lugar, respecto de los empleados de entidades autárquicas, tenemos que los miembros de sus directorios están excluidos del estatuto del

⁶⁸ “Carrasco, Mario E. y otros c/ Municipalidad de Rosario”, de fecha 20/08/1997, Lexis-Nexis n° 70015435.

⁶⁹ Y que habían recibido su remuneración oportunamente y nada tenían que reclamar al Municipio (tampoco el haber esgrimido la teoría del funcionario de hecho conlleva el derecho a ser nombrado, sino en todo caso, el derecho a una contraprestación pecuniaria por los servicios prestados). Asimismo, la Corte local consideró que estos vendedores se encontraban entre la excepciones previstas por el art. 2 inc. II de la ley 9286: “El personal de los organismos o sectores que por la especial característica de sus actividades, requieran un régimen particular cuando así lo resuelvan las autoridades municipales y comunales”.

⁷⁰ De todos modos, al tener dichos vendedores “delegadas” ciertas competencias de control y fiscalización, no deja de ser interesante el planteo efectuado por los recurrentes. Finalmente, es claro, como remarcó la Corte, que sostener la teoría del funcionario de hecho no tiene como consecuencia natural la incorporación de la persona a planta permanente, sino antes bien tiene como contrapartida la posibilidad de solicitar una contraprestación pecuniaria -así como la imputación al Estado de lo obrado por el funcionario de hecho-.

empleado público ley 9286, artículo 2 inciso f anexo I, no así su personal.

12) Empleados de los SAMCo (Servicio para la Atención Médica de la Comunidad)

En este tipo de entes, dada la intervención obligatoria que tienen los municipios y comunas en su consejo de Administración⁷¹ surge la duda acerca de la naturaleza de la relación de empleo, y en su caso, si la misma es provincial o municipal.

Al respecto, hay que distinguir la naturaleza de la entidad, de la naturaleza jurídica de la relación entre su personal y la misma.

En cuanto a lo primero, si bien estos entes son personas de derecho privado (aunque por la naturaleza y funciones que le acuerda la ley, participan del derecho público, pero no integran la Administración pública en sentido subjetivo)⁷².

En segundo lugar, respecto del personal, lo dicho precedentemente, no obsta a que en el ámbito de estas entidades coexista personal vinculado por relaciones jurídicas de empleo público y personal vinculado por relaciones propias del derecho laboral.

Ahora bien, en cuanto al personal que se desempeña como empleado público, son en principio agentes de la provincia⁷³, y no de los municipios o comunas⁷⁴.

Finalmente, cabe la duda de qué ocurre en los casos en que el ente no haya nacido jurídicamente como tal, pero sin embargo presta funciones como centro de salud con personal contratado -generalmente- por la municipalidad. La duda disminuiría en caso que existiese un contrato de locación de servicios, no así en cambio en el caso que no hubiera tal contrato, y la relación perdurara por un tiempo prolongado.

13) Empleados de Consorcios camineros, ¿son empleados públicos municipales?

La ley 11.204 santafesina autoriza a los municipios y comunas en su art. 5 a constituir mediante convenios "unidades ejecutoras", vulgarmente conocido como consorcios camineros, siendo consideradas éstas por dicha ley "personas jurídicas o consorcios públicos".

Se trata de un supuesto de regionalización "ad-hoc", especial o para un tema en particular (y que se opone a la regionalización plena).

En cuanto a sus empleados, es claro que quienes laboren en la misma, serán en todo caso empleados del Consorcio Caminero, y no de los municipios y comunas

⁷¹ Art. 10 ley 6312.

⁷² Art. 5 ley 6312.

⁷³ LISA, Federico, "Los elementos de la relación de empleo público en la jurisprudencia", en AAVV Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos, tomo II, 2007-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 175 y ss.

⁷⁴ Sin embargo, y si bien el fallo no aclara si se trata de un SAMCo o no, aunque sí se trataba de un centro de salud de la localidad de Coronel Fraga creado por una Resolución del Ministerio de Salud Provincial -vale decir, mediante la misma forma exigida para los SAMCo (art. 5 ley 6312)-, en un caso resuelto por la CCA n° 1 en autos "Baez, Graciela Alva c/ Fassino, Gabriel Juan, Comuna de Coronel Fraga y/o Provincia de Santa Fe" (A. y S. tomo 13, pág. 258) de fecha 8/09/2008, se admitió la competencia del Tribunal aunque entre los demandados se encontraba una Comuna.

que la integran -en tanto, aquellos sean considerados personas jurídicas-.

Consideramos que si el empleador es un consorcio público y las funciones son las propias para la prestación de un servicio público, sus empleados serán agentes públicos⁷⁵.

14) Quid: el caso de los empleados de las micro-regiones intermunicipales

Distinto al anterior sería el caso de que varios municipios celebren un acuerdo regional para uno o varios fines determinados (como el caso actual del Gran Rosario, en proceso de formación).

En ese caso, dado que la región no tiene personalidad jurídica⁷⁶ distinta de los miembros que la integran, y para dar más claridad a la relación de empleo que surja, sería conveniente que en el respectivo acuerdo regional se establezca la naturaleza del vínculo, pues de lo contrario, estaríamos ante una relación de empleo "multilateral", con la consiguiente responsabilidad de cada uno de los municipios⁷⁷.

15) Los empleados de comisiones vecinales, ¿son empleados públicos?

Las Comisiones vecinales funcionan como modernas formas de descentralización para la prestación de servicios públicos y la construcción de obra pública municipales, así como canales participativos en la formulación de políticas públicas⁷⁸. Coexisten en ellos una actuación pública y privada, donde se entremezclan los intereses específicos de esas asociaciones con el interés general que gestiona la Administración⁷⁹. Tienen como sustrato un sentido de solidaridad⁸⁰ y de subsidiariedad.

Surge el interrogante, todavía sin respuesta -consideramos-, de si son entes públicos no estatales, o no lo son.

A nivel municipal está bastante extendido su funcionamiento en distintos municipios del país, como una forma de acercar la gestión municipal al vecino, siempre con el control y fiscalización del municipio⁸¹. Los vecinos del lugar eligen de modo directo y democrático la autoridades de estas comisiones⁸².

En el caso de la provincia de Santa Fe, la ley orgánica de municipalidades

⁷⁵ Finalmente, la propia norma prevé que el personal de la Dirección Provincial de Vialidad que fuere afectado continuará bajo el mismo régimen laboral del Estatuto Escalafón para agentes viales provinciales de la República Argentina. Es decir, éstos mantendrán su condición de empleados públicos bajo el régimen anterior.

⁷⁶ DOMINGO, Hugo Luis y MOSCARIELLO, Agustín R., "Personalidad jurídica de la Región Centro" La Ley Litoral 2007, pág. 1027.

⁷⁷ De todos modos, la práctica indica que en estos casos, los Municipios suelen aportar los empleados de sus propios planteles de agentes para que cumplan funciones en el Consorcio.

⁷⁸ Muñoz, Ricardo Alberto (h), "El marco regulatorio de los servicios públicos prestados por asociaciones vecinales", La Ley Córdoba 2011 (octubre), pág. 933.

⁷⁹ SAPP, José Roberto, "Comisiones vecinales, Asociaciones vecinales. Entes privados ejerciendo funciones públicas", E.D.A. 2005-531.

⁸⁰ Principio consagrado en el art. 1 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

⁸¹ Muñoz, Ricardo Alberto (h), "El marco regulatorio de los servicios públicos prestados por asociaciones vecinales", La Ley Córdoba 2011 (octubre), pág. 933.

⁸² Consideramos que en el caso que estas comisiones vecinales sean reputadas como personas públicas no estatales y ejerzan "prerrogativas de poder", sería factible para el Municipio disponer de su intervención. Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "Intervenciones administrativas dispuestas por el Poder Ejecutivo (lo atinente a personas y empresas privadas y públicas no estatales)", La Ley 1984-D, 884. Sobre el tema de la intervención administrativa, aunque con otra postura respecto de la intervención por parte del ejecutivo de personas no estatales, remitimos al excelente trabajo de OTEIZA, Mariano J., La intervención administrativa en el Sector Público, RAP, Buenos Aires, 2011.

prevé como competencia del Concejo Deliberante su creación, así como la reglamentación de sus facultades (art. 39 inc. 7 ley).

Ante ello, si estas comisiones ejercen las más de las veces competencias o prerrogativas de poder, surge el interrogante: ¿son sus empleados funcionarios públicos del municipio? La respuesta que, a priori, cabe brindar es negativa⁸³.

16) Estatuto de derechos y deberes del empleado público municipal.

Entre los derechos más relevantes del empleado público municipal, que por cierto no difiere de los derechos que en general tienen lo demás agentes estatales, podemos mencionar.

16.1) Estabilidad

La estabilidad del empleo público municipal es el derecho del agente permanente de conservar el empleo, la jerarquía y nivel alcanzados (conforme el art. 16 anexo I ley 9286). Entendiéndose por tal, la ubicación en el respectivo régimen escalafonario, los atributos inherentes a los mismos y la inamovilidad en la residencia, siempre que el servicio lo consienta, una vez confirmado como empleado permanente, luego de transcurridos los tres primeros meses de servicio efectivo (conf. art. 12 anexo I ley 9286)⁸⁴.

Como vemos, según la normativa para el empleo público municipal la estabilidad comprende la inamovilidad, al igual que en el caso del empleo público provincial⁸⁵, apartándose así del criterio doctrinario de ciertos autores⁸⁶.

De más está decir que después de los fallos “Madorrán”⁸⁷ y “Ruiz” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la estabilidad del agente municipal permanente debe entenderse como propia o absoluta.

Tanto es así que antes de dichos pronunciamientos, ya la ley 9286 propugnaba la misma interpretación (conforme art. 47 y 48 anexo I ley 9286).

Sin embargo, debe aclararse que siguiendo jurisprudencia de la Corte Provincial, pese al expreso reconocimiento de la procedencia de los salarios caídos (desde la cesantía hasta la reincorporación), tal reconocimiento debe serlo por un lapso estimado en dos años, por haber sido éste el plazo considerado como razonable en función de la duración del procedimiento y proceso administrativo⁸⁸.

⁸³ Aún para el caso que se las considerase como entes públicos no estatales, la doctrina considera que nunca sus empleados son funcionarios públicos. Por todos, CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 225.

⁸⁴ En caso de los empleados públicos provinciales, el nombramiento es provisional durante los primeros doce meses (art. 4 ley 8525).

⁸⁵ Art. 16 ley 8525.

⁸⁶ Así por ejemplo Marienhoff, quien opina que la estabilidad se diferencia de la inamovilidad. Ver MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, tomo III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978 pag. 282. En cambio, otros autores coinciden con el criterio legal, conf. DIEZ, Manuel María, op. cit. Pág. 607 y ss.

⁸⁷ La Ley 2007-C, pág. 258.

⁸⁸ “Contemplados tales aspectos se concluye que el plazo máximo en que normalmente debe desarrollarse el reclamo administrativo y judicial, no puede exceder, razonablemente, de un período de dos años, si se imprime a las actuaciones administrativas y judiciales el ritmo en que conforme a las normas legales y sin innecesarias dilaciones, deberían desarrollarse”, CSJSFe in re “Alcacer, Miguel Ángel c/ Provincia de Santa Fe s/RCA”, de fecha 03/08/1994, A. y S. tomo 109, pág. 164/197. Planteo del Alto Tribunal que consideramos dogmático y que no se condice con la duración real que suele tener un procedimiento administrativo y posterior proceso (que generalmente supera con creces los dos años estimados por el tribunal).

a) ¿Indemnización sustitutiva a opción del recurrente?

Según es sabido, la estabilidad implica que solamente la misma cesa por las casuales establecidas por el Estatuto o por haber alcanzado la edad y servicio superior en dos años a la mínima para gozar de la jubilación ordinaria del personal dependiente (art. 16 2do párrafo anexo I ley 9286).

Ahora bien, cabe interrogarse qué ocurre cuando la Administración extingue la relación por causales no previstas en el Estatuto, vale decir, de modo ilegítimo (v.gr. sin sumario previo en materia disciplinaria cuando la ley exige dicho recaudo).

Consideramos que en tal caso le corresponde al agente el derecho a ser reintegrado a la función, o conforme una interpretación armónica de los artículos 49, 50 y la remisión efectuada al art. 24 del anexo I ley 9286, a opción del mismo el derecho a percibir una indemnización sustitutiva -el 100% del resarcimiento previsto en el art. 24-, con más los salarios devengados desde la fecha de cese.

Pensamos que resulta claro -más aún a partir de la doctrina de la CSNJ en “Madorrán”⁸⁹ y “Ruiz”- que dicha opción no puede ser impuesta por la Administración -en cuyo caso se estaría desvirtuando la naturaleza “absoluta” de la estabilidad del funcionario-. Vale decir, la opción es del funcionario ilegítimamente separado, nunca de la Administración.

¿Cambia algo el holding de “Madorrán” en el uso de la opción? Creemos que no. Serían contra legem que por haberse dictado tal decisorio a nivel nacional se le niegue la opción al empleado ilegítimamente cesanteado a percibir dicha indemnización.

En cuanto a lo procesal y procedimental, el artículo 50 anexo I ley 9286 dispone que el agente tendrá derecho a reclamar ante la autoridad superior el pago de la indemnización por la que hubiera optado, dentro de los 20 días de haberse notificado de la sentencia que dispuso su reincorporación.

De la lectura de dicha disposición surge que la opción puede ser ejercida después de dictada la sentencia que ordena la reincorporación. Vale decir, pareciera que el actor podría reclamar judicialmente su reincorporación, y luego, una vez lograda ésta, optar por la indemnización. Así surge de la literalidad de la disposición.

Debiendo luego el agente cesanteado efectuar un reclamo ante la autoridad administrativa, la que deberá efectuar el pago en el plazo máximo de veinte días (confr. Art. 50 anexo I ley 9286).

De todos modos, consideramos que resulta prudente hacer uso de la opción al momento de interponer el recurso contencioso administrativo (o al menos, dejar reservado el derecho de hacerlo). En cuyo caso, -y de prosperar el planteo del actor- estaríamos ante un supuesto de las sentencias de naturaleza alternativa, donde la jurisdicción contencioso administrativa ordenará la reincorporación o el pago de la indemnización a opción del recurrente⁹⁰.

⁸⁹ La Ley 2007-C, pág. 258.

⁹⁰ La ventaja que le encontramos a hacer uso de la opción al momento de interponer el recurso contencioso administrativo (o al menos, dejar reservado el derecho de hacerlo) se encuentra en que el actor se ahorra el trabajo de tener que iniciar luego de la sentencia un reclamo administrativo a los fines de lograr la indemnización sustitutiva (con el consiguiente peligro de la que la Administración niegue el pedido o no responda en tiempo a dicho reclamo, negando en tal caso el derecho al agente, quien deberá acudir nuevamente a la justicia para hacer efectivos sus derechos). En cambio, en el caso de hacer uso de la opción con el recurso contencioso, con la eventual sentencia ya la Administración se encuentra compelida a cumplir con la orden judicial.

16.2) Derecho a la carrera

El “derecho a la carrera”, según la ley 9286 corresponde únicamente al personal permanente, y condicionado al ingreso por concurso de los postulantes y condiciones de aptitud, debiendo iniciarse en la categoría más baja del agrupamiento (conf. los arts. 3, 4 y 5 anexo II ley 9286-)⁹¹.

16.3) Indemnización por accidentes laborales e incapacidad inculpable

La ley 9286, reconoce entre otras indemnizaciones, la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, y las indemnizaciones por cesantía por enfermedad inculposa.

El art. 6 inciso d, de la ley 11.330 excluye expresamente del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa a los actos que resuelven sobre reclamos de agentes estatales, en materia de accidentes de trabajo. Al tiempo que la jurisprudencia ha interpretado igualmente excluida de dicha jurisdicción a los casos en que se reclame indemnización por cesantía por incapacidad inculposa (art. 23 inc. g, anexo I ley 9286), y reconoce en tales supuestos el desplazamiento a la competencia laboral común⁹².

16.4) Remuneración

Dando por sentado que el sueldo es un derecho inherente al empleo público, lo que nos exige de mayores comentarios al respecto, en orden a destacar particularidades del empleo público municipal, cabe considerar los aspectos vinculados a la prescripción y a la embargabilidad.

a) Prescripción de las remuneraciones y demás créditos derivados de la relación de empleo público municipal

No existe ninguna norma expresa en la ley 9286 sobre este punto (solución que aceptarían los partidarios de que tal es una cuestión de fondo, que por tanto debe ser regulada por el Congreso Nacional). La jurisprudencia santafesina a partir del fallo “Leones”⁹³ de la Corte Provincial sostuvo la aplicabilidad del plazo de prescripción bienal del artículo 256 de la ley de contrato de trabajo.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe: “Daperno, Jorge Lorenzo c/Comuna de Cañada Dulce”, de fecha 22/03/1995, Lexis-Nexis On line Nro. 18/2100. De igual modo, “González, Roberto c/ Municipalidad de Rosario” (13/04/1994), A. y S. tomo 107, pág. 36-46.

⁹² Criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe in re “Leones, Jalime María c/ Municipalidad de Santa Fe s/ Recurso de Inconstitucionalidad” de fecha 26/02/2003, A. y S. tomo 186, pág. 69/97; “Muñoz, Electra Josefa Salvador c/ Municipalidad de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de plena jurisdicción”, del 21/08/1996, A. y S. tomo 129, pág. 52-57, y “Romiti, Mafalda c/ Provincia de Santa Fe”, 10/05/1995, Lexis Nexis On line Nro. 18/2025. Sin embargo, en otros pronunciamientos el Alto Tribunal había aceptado la jurisdicción contencioso administrativa (causa “Cardozo, Máximo c/ Municipalidad de Rosario s/RCAPJ”, 17/05/2000, A. y S. tomo 162 pág. 350-356 -bajo la vigencia de la anterior ley 4106 de Recurso Contencioso Administrativo-, donde se sigue el criterio de “Tissenbaum, Clementina Magdalena Torre De c/ Municipalidad de Santa Fe s/RCAPJ”, del 21/12/1989, A. y S. tomo 78, pág. 481-485 y “Pissani, Osvaldo c/ Municipalidad de Rosario s/RCAPJ”, de fecha 02/08/1995, A. y S. tomo 118, pág. 300-308,entre otros)

⁹³ “Leones, Jalime María c/ Municipalidad de Santa Fe s/ Recurso de Inconstitucionalidad” de fecha 26/02/2003, A. y S. tomo 186, pág. 69/97. En igual sentido, del empleo público provincial, “Fernández, Juan T. C/Provincia de Santa Fe”, 17/11/2004, La Ley Litoral 2005 (febrero), pág. 63. Es de destacar que en el ámbito provincial la ley 13.065 dispone en su art. 29 que las deudas vinculadas a la relación de empleo público provincial prescriben a los dos años.

b) Embargabilidad de los sueldos municipales

Sabido es que según el decreto nacional 6754/43 (ratificado por ley 13.894) los sueldos de los empleados públicos, sean nacionales, provinciales o municipales han sido declarados inembargables por obligaciones de préstamos de dinero o compra de mercaderías, salvo en la proporción fijada en el decreto (20% de la remuneración nominal mensual), y siempre y cuando se reúnan las condiciones en él establecidas.

Esta disposición, según la jurisprudencia de la CCA n° 1 es aplicable asimismo a los empleados municipales⁹⁴.

9) Deber de obediencia

Mucho se ha escrito sobre el deber de obediencia y el derecho al examen de los funcionarios públicos⁹⁵. Lo cierto es que la “obediencia debida” ha sido abandonada aún en los ámbitos militares y policiales, donde la jerarquía se encuentra más acentuada⁹⁶.

Repasando las teorías que admiten el derecho de examen del funcionario público (con el consiguiente derecho a negarse a cumplir una orden ilegítima), encontramos en el art. 58 de la LOM santafesina un caso de la llamada “teoría de la reiteración”⁹⁷.

Dicho precepto sostiene que serán solidariamente responsables (de la ilegalidad del pago) el Intendente que autorice una orden de pago ilícita y el contador *que no la observe por una sola vez*. De tal modo, cabe inferir *a contrario sensu*, que si el contador municipal observare por una vez la ilicitud del pago, no será responsable solidariamente con el Intendente por dicha ilegalidad.

Ahora bien, ¿es extensible a toda la Administración municipal este supuesto de teoría de la reiteración? Consideramos que -por lo excepcional de la teoría- la respuesta que se impone es la negativa. Operará únicamente para el caso de contadores municipales y ante una orden directa del Intendente⁹⁸.

⁹⁴ In re “Godoy, Adriano José y Meza, Aidee c/ Municipalidad de Santa Fe s/RCA”, del 28/12/2006, A. y S. tomo 7, pág. 288, donde el tribunal se refiere a este tema como *obiter dictum*.

⁹⁵ Del art. 13 inc. d) anexo I ley 9286 surge el deber de obediencia, y -tácitamente- consagra además el derecho de examen de la legalidad formal: “Obedecer toda orden emanada de un superior jerárquico con atribuciones para darla, que reúna las formalidades del caso y tenga por objeto la realización de actos de servicios compatibles con las funciones del agente. La orden será impartida por escrito cuando su cumplimiento sea susceptible de producir la responsabilidad personal del empleado”.

⁹⁶ “la jerarquía es -como se sabe- un principio jurídico de toda organización administrativa, y, por tanto, no predicable exclusivamente de la correspondiente a las fuerzas de seguridad. Y también es propio de toda organización administrativa la existencia de una serie de órganos caracterizados por las dos figuras típicas de la “línea” y el “grado”. ... los especiales fines que justifican la existencia de la Institución [Policial] (el mantenimiento del orden público y la paz social; ley 7395, art. 1), (justifican) potenciar la rigurosidad del poder jerárquico y la disciplina -al igual que en los ámbitos castrenses-...” (CCA1: “Morello”; S. T. 2, pág. 15, del 15.4.2004).

⁹⁷ DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, tomo III, Omeba, Buenos Aires, 1967, pág. 406. Las otras teorías que aceptan el derecho de examen son: la teoría de la legalidad formal y de la legalidad formal y material.

⁹⁸ Otro interrogante que surge, es ¿se puede tratar de cualquier “contador” municipal que cumpla funciones como tal en la Municipalidad? ¿o la norma se refiere únicamente al Contador general de la Administración municipal?.

Por su parte, la Corte Provincial santafesina in re “Fritzler”⁹⁹ -si bien en un caso de empleo público provincial y en caso de funcionarios médicos- aceptó *obitum dictum* que el inferior pueda llevar a cabo un examen formal de la orden.

Ahora bien, cuando la norma consagra la teoría de la reiteración -como consideramos sucede en el art. 58 de la LOM-, ¿dicha reiteración del superior deslinda de toda responsabilidad al inferior¹⁰⁰?

En primer lugar, es claro que se deslinda de responsabilidad disciplinaria, y consideramos que lo mismo sucede con las demás responsabilidades, aún la penal. Ello por cuanto, el derecho no puede exigir dos conductas contrapuestas o contradictorias entre sí, para luego hacer responsable a la persona por haber seguido uno de los cursos de acción.

17) Responsabilidad de los funcionarios públicos municipales

El agente público municipal, como cualquier otro funcionario público, puede incurrir en distintos tipos de responsabilidad.

Veamos las particularidades que presenta la normativa aplicable a los funcionarios municipales, remitiéndonos a las obras generales en cuanto a los demás aspectos que atañen a éste acápite (a fin de no abrumar al lector con repeticiones sobreabundantes).

17.1) Responsabilidad disciplinaria

El anexo I de la ley 9286 establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que se corporiza en el sumario administrativo. En realidad dicha responsabilidad no es aplicable a todos los funcionarios municipales, por lo pronto están excluidos los funcionarios a los cuales no les es aplicable el estatuto, y a quienes se le aplica no todos son responsables disciplinariamente.

Algunas dudas razonables se plantean respecto del caso de los contratados: a) ¿pueden los mismos ser sometidos a sumario?, b) En su caso, ¿cómo concluiría ese sumario?

En cuanto al primer interrogante, en el ámbito municipal santafesino el artículo 66 anexo I ley 9286 no formula ninguna distinción al respecto, al aludir al personal municipal en general (en concordancia con lo dispuesto en el art. 5 anexo I ley 9286), con lo cual la respuesta al primer interrogante debería ser positiva¹⁰¹.

Más difícil de resolver es el segundo interrogante, supuesto que a nuestro juicio admite una bifurcación interpretativa: si el sumario culmina estando el contrato en curso y la sanción es expulsiva, podría rescindirse el contrato teniendo dicha rescisión el efecto de una cesantía. En cambio, si el sumario culmina con el mismo resultado, pero estando vencido el contrato, disponer una cesantía sería abstracto (por cuanto el contrato se ha extinguido por el paso del tiempo). De todos modos, aquí cabría que la Administración expresara que de estar en curso el contrato se adoptaría una resolución rescisoria, dejando constancia de ello en el legajo del agente (ello en miras de futuras contrataciones o nombramientos).

La ley prevé medidas cautelares a adoptar por el instructor durante la tramitación del sumario, así por ejemplo la suspensión preventiva cuyo término no

⁹⁹ Corte Suprema Provincial en “Fritzler, María Belkis Gutman c/ Provincia de Santa Fe” de fecha 20/04/1999, A. y S. tomo 154 p 469-479.

¹⁰⁰ Llamemosle “insistido” o sujeto pasivo de la insistencia del superior.

¹⁰¹ En tal sentido, IVANEGA, Miriam M., Cuestiones de Potestad Disciplinaria y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 137 y ss. En contra, la jurisprudencia administrativa de la PTN.

podrá exceder de noventa días (art. 124 anexo I ley 9286).¹⁰²

En caso de renuncia la ley 9286 (art. 117 anexo I) establece que cuando un agente sometido a sumario renuncia, ésta podrá ser aceptada quedando el renunciante vinculado al procedimiento sumarial, cuyas conclusiones le serán aplicables; a tal punto que de merecer una sanción expulsiva se transformará la aceptación de la renuncia en cesantía o exoneración según correspondiere¹⁰³.

La ley 9286 fija en su artículo 115 anexo I un término de prescripción de dos años de cometida la falta para iniciar el sumario, dejando un vacío legal en cuanto al término de prescripción de la potestad sancionatoria de la Administración (que sí está prevista en el régimen provincial)¹⁰⁴.

El Estatuto en análisis prevé causales objetivas de cesantía cuya comprobación amerita la aplicación de tal sanción sin sumario previo. Así por ejemplo en el caso de inasistencias injustificadas que excedan los 10 días continuos o discontinuos en los 12 meses inmediatos anteriores (art. 63 inc. a y 65 último párrafo anexo I ley 9286).

Aunque la ley no lo exige para éste supuesto en forma expresa, creemos que en tales casos, a fin de respetar la garantía constitucional de la defensa en juicio, deberá darse una vista al agente previa a la sanción (procedimiento que la ley establece únicamente para casos de sanciones menos graves)¹⁰⁵.

La normativa que rige el empleo público municipal no regula, a diferencia de otros regímenes, los plazos de rehabilitación en caso de sanción expulsiva¹⁰⁶.

Por último cualquier tipo de sanción, en tanto que se trata de actos administrativos, son impugnables por los recursos administrativos y judiciales previstos por el ordenamiento, aunque vale la pena aclarar que en sede judicial no se aplica en esta materia la teoría de la subsunción¹⁰⁷.

¹⁰² La CCA n° 2 de Rosario dispuso que el plazo de 90 días es el plazo máximo permitido por la ley, incluyendo las prórrogas (In re “Loza, José Harol c/ Municipalidad de Villa Constitución s/RCA”, del 09/03/2009, Acuerdo N° 87).

¹⁰³ Esta regulación difiere del aplicable al régimen de los empleados públicos provinciales, en el cual, la renuncia del agente produce su baja una vez notificada su aceptación o vencido el plazo de 30 días (del art. 13 inc. h) ley 8525), salvo que con anterior al vencimiento de dicho término se haya dispuesto a su respecto la instrucción de un procedimiento disciplinario (art. 48 ley 8525).

¹⁰⁴ Art. 57 Ley 8525 que establece que no pueden ordenarse la formación de sumario *ni sancionarse al agente* después de cinco años de ocurrido el hecho, salvo que se trate de actos que causen daño patrimonial al Estado. Dado que en materia disciplinaria no rige la prohibición de analogía - aplicable en el derecho penal sustantivo- y que la aplicación de esta norma es en beneficio del agente, la misma podría ser traspolada al ámbito municipal. Conf. GOANE, René Mario, “Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público”, La Ley diario del 11 de junio de 2008, pág. 4

¹⁰⁵ Así se ha expedido la jurisprudencia, confrontar en tal sentido CCA n° 1 “Garavaglia, Nelio César c/ Municipalidad de Calchaquí s/RCA”, 15/09/2009 (A. y S. tomo 17 pág. 205), y “Vega, Pablo César c/ Municipalidad de Esperanza s/RCA”, 27/12/2007 (A. y S. tomo 11, pág. 315).

¹⁰⁶ Así la ley marco de regulación del empleo público nacional n° 25.164 establece un período de rehabilitación mayor en el caso de la exoneración (4 años) que en el de la cesantía (2 años), lo que explica la mayor gravedad de la primera respecto de la segunda. Conf. CANDIA, Fabián Omar, “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)”, El Derecho Serie Administrativa, diario del 1° de diciembre de 2003, pág. 7

¹⁰⁷ Confr. CCA n° 1 de Santa Fe, “Vega, Pablo César c/ Municipalidad de Esperanza”, de fecha 27/12/2007, A. y S. tomo 11, pág. 315.

17.2) Responsabilidad civil de funcionarios municipales

La responsabilidad civil¹⁰⁸ de los funcionarios municipales se encuentra regulada en parte en la ley orgánica de municipios, y -en sus aspectos procesales- por la ley de defensa en juicio del Estado n° 7234 (y modificatorias).

La Constitución provincial cuenta con dos mandatos sobre la responsabilidad del Estado, en sus artículos 9 y 18¹⁰⁹. Al respecto, vale la pena recordar sumariamente, la discusión doctrinal en cuanto a si la responsabilidad del Estado -y por añadidura la responsabilidad civil del funcionario dado la íntima conexión entre ambos- es un tema propio del derecho privado, o si se trata de un tema que integra el derecho administrativo, y por ende, que las provincias pueden regular.

Entrando en el aspecto procesal, vemos que la ley de Defensa en juicio del Estado n° 7234 también tiene previsiones al respecto en su artículo 10^o 110. Donde establece que en las demandas contra la Provincia, sus entidades autárquicas o *municipios o comunas* por resarcimiento de daños y perjuicios derivados de actos ilícitos imputables a sus agentes, será obligación de los representantes legales efectuar *la citación al pleito de o los agentes involucrados*. Y que luego de condenado al pago el Estado, se requerirá de agentes responsables el *reembolso* de lo pagado dentro del plazo que se les fije, en su defecto, retención de haberes y en su caso, el Poder ejecutivo puede condonar la deuda del agente por resolución fundada cuando las circunstancias del caso lo ameriten.

Consideramos que la citación prevista por el artículo 10 configura la denominada “denuncia de litis” regulada por el artículo 305 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

Como nota especial en el caso santafesino, tenemos que la LOM 2756 contiene preceptos expuestos acerca de la responsabilidad civil del Intendente y de los empleados municipales.

Así encontramos que el art. 60 LOM establece que el Intendente y los empleados responden individualmente por los actos que importen extralimitación,

¹⁰⁸La Dra. Ivanega distingue entre responsabilidad civil y patrimonial, donde la primera se refiere a los daños causados por el agente a terceros. Y la “responsabilidad patrimonial” se refiere a los daños producidos a los bienes de la Administración. Dice Ivanega, que ambas responsabilidades poseen un objeto resarcitorio, pero difieren sus procedimientos y ámbitos de aplicación. Así, en el ámbito nacional, la ley 24.156 de Administración financiera del Estado ha conformado un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial. Conf. IVANEGA, Miriam M., Cuestiones de Potestad Disciplinaria y derecho de defensa, RAP, Buenos Aires, 2010, pág. 18 y ss.

¹⁰⁹**Const. Prov. art. 9°:** “Cuando prospere el recurso de revisión por verificarse la inocencia del condenado, la Provincia indemniza los daños que se le hubiere causado”. **Const. Prov. art. 18°:** “En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños y perjuicios por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que le competen, sin perjuicio de la obligación de reembolso de éstos. Tal responsabilidad se rige por normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”. Es evidente que el art. 9 no es de ningún modo aplicable a los municipios (ya que se refiere al recurso de revisión judicial); en tanto que surge la duda respecto de la aplicabilidad o no a los funcionarios municipales del art. 18. La respuesta estará condicionada por el grado de autonomía que estemos dispuestos a aceptarles a los municipios. De todos modos, el precepto será -en todo caso- aplicable a los municipios de modo analógico, y además, surge la misma solución surge de los principios generales de la responsabilidad extracontractual del Estado.

¹¹⁰ Se puede entender que esta norma es reglamentaria del art. 18 de la Constitución Provincial.

transgresión u omisión de sus deberes¹¹¹. El mismo dispone que la demanda no procederá contra los funcionarios mencionados “sin previa declaración judicial de ser ilegal o nulo el acto que produjese responsabilidad personal”¹¹².

Nótese que en éste caso la necesidad de la declaración previa de nulidad o ilegalidad del acto generador de responsabilidad, que por principios generales, doctrinarios¹¹³ y jurisprudenciales¹¹⁴ se aplica a la responsabilidad del Estado, aquí por imperio de la ley orgánica provincial es una exigencia que se extiende también al supuesto de responsabilidad personal del funcionario.

Corresponderá a futuras investigaciones determinar la constitucionalidad de tal precepto en orden a la competencia de la provincia para dictar normas en materia de la responsabilidad civil del funcionario municipal. Ello a partir de que cierto sector de la doctrina considera que la responsabilidad del Estado trasunta una cuestión de derecho administrativo, y por ende, de carácter local¹¹⁵; tesis criticada por sólidos fundamentos por calificada doctrina¹¹⁶.

17.3) Responsabilidad penal

Este tipo de responsabilidad tiende a perseguir conductas disvaliosas consideradas *hacia fuera* de la propia Administración, es decir, de cara a los particulares o a la sociedad toda¹¹⁷, y es propia del derecho penal.

Sólo diremos que usualmente, se distinguen los delitos donde el sujeto activo debe ser necesariamente un funcionario público, de aquellos delitos que se ven agravados por la presencia de un agente público¹¹⁸.

En la LOM santafesina encontramos varias disposiciones relacionadas con la responsabilidad penal de los funcionarios, en lo referido a qué se debe hacer en el aspecto administrativo frente a un caso de delito penal de un funcionario municipal.

Así por ejemplo el artículo 61 LOM alude al deber de comunicación inmediata

¹¹¹ Es de notar que la ley orgánica de municipios del año 1883 (art. 93), así como la de 1886 (art. 89) establecían expresamente además de lo transcrito, que los empleados del Departamento Ejecutivo respondían por los “daños y perjuicios”. Dicha expresión fue suprimida con la ley orgánica de 1900 (art. 45). COMISIÓN REDACTORA DE LA HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, Historia de las Instituciones de la Provincia de Santa Fe, Edición oficial, Santa Fe, 1972, tomo VII, pp. 48/80. El texto vigente del art. 60 LOM fue aprobado sin reformas por la Legislatura, tal como estaba redactado en el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo provincial a la misma. Ver DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE SENADORES DE LA PROVINCIA DE SANTA FE, 11º sesión ordinaria, del 9 de junio de 1939, pág. 235 y 13º sesión ordinaria, 12 de junio de 1939, pág. 342.

¹¹² Repárese que este “antejuicio” o “declaración previa de nulidad” rige solo para los actos administrativos y no para los hechos.

¹¹³ LISA, Federico J., “La Responsabilidad del Estado en la provincia de Santa Fe (con particular referencia a la actividad ilegítima)”, en AAVV La Responsabilidad del Estado, XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2005, año XXVIII, nro 326, pág. 156 y ss.

¹¹⁴ Por todos, CSJN in re “Alántara Díaz Colodrero”, Fallos 319:1476.

¹¹⁵ Véase al respecto, PERRINO, Pablo y GAMBIER, Beltrán, “¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?”, J.A. 1996-IV-793.

¹¹⁶ En tal sentido, la intervención de Ramón Pizarro en CASSAGNE, Juan Carlos; LUQUI, Roberto Enrique; y PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad del Estado”, La Ley On line.

¹¹⁷ CANDA, Fabián, “La responsabilidad penal de los agentes de la Administración Pública”, en AAVV Jornadas sobre Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Editorial Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, 2001, pág. 625.

¹¹⁸ CANASI, José, Derecho administrativo, Vol I, Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1972, pág. 721.

del hecho delictivo al juez competente. El artículo 62 legitima a cualquier habitante del municipio a denunciar ante el Concejo Municipal cualquier delito que cometan sus miembros, empleados o Intendente, o ante éste último cuando sean empleados del Departamento Ejecutivo. Más aún el artículo 63 establece que en caso de inacción del Intendente, el denunciante puede dirigirse al Concejo Municipal, o en su defecto a la justicia.

En igual sentido, el artículo 31 LOM prevé que el Intendente y los Concejales son personalmente responsables ante la justicia ordinaria por los delitos o abusos que cometan en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la responsabilidad penal de los Concejales, el artículo 64 LOM establece la inmunidad de arresto y opinión de los mismos¹¹⁹. “Los Concejales no pueden ser detenidos o arrestados sin orden expresa del juez competente, salvo el caso de in fraganti delito, ni molestados en ninguna forma por opiniones vertidas en el recinto de sesiones”¹²⁰.

La constitucionalidad de esta norma se puede salvar teniendo en cuenta que se trata de una disposición análoga a la contenida en las Constituciones Nacional y Provincial (respecto a los diputados y senadores), y a la similar naturaleza de sus funciones, ceñido al orden municipal -en cuanto a lo deliberativo-. Máxime si se considera que la LOM hace las veces de Constitución o Carta Municipal.

17.4) Responsabilidad política de funcionarios municipales

a) Responsabilidad de los miembros de las Comisiones Comunales

En la Ley Orgánica de Comunas 2439 encontramos, como supuesto de responsabilidad política, la posibilidad del “recall” o revocación de mandato mediante votación popular.

Así, vemos que el artículo 153 ley 2439 establece que cuando la cuarta parte de los vecinos inscriptos en el padrón comunal juzgaran que existe *mal desempeño de las funciones de todos o alguno de los miembros de la Comisión Comunal*, podrán presentar una solicitud revocatoria al presidente de la misma.

Éste deberá, dentro de los 20 días siguientes a la presentación, convocar al cuerpo electoral a fin de que, los votantes se pronuncien por la revocación o rechazo, votando los vecinos por “sí” o por “no” (en un plazo no mayor de 40 días).

La LOC establece además dos limitaciones temporales a este instrumento; a) una general ya que no podrá ser usado dentro de los primeros seis meses del ejercicio del mandato, ni tampoco cuando faltan menos de cuatro meses para el cumplimiento del mismo (art. 154 ley 2439).

Y además, b) otra especial, para el caso de haberse efectuado este procedimiento y fuese adverso el resultado a la revocatoria; en tal supuesto, no podrá hacerse uso nuevamente de este procedimiento contra el o los mismos funcionarios, hasta un año después del comicio revocatorio anterior (art. 155 ley 2439).

Consideramos que tal instituto del “recall” viene a suplantar al juicio político de

¹¹⁹ Al respecto, ver el Acuerdo N° 5 del 5 de febrero de 1990 en autos “D., C.A. S/ Calumnias e injurias”, de la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, donde el Tribunal consideró que los dichos de un Concejel -tomados como injuriosos por el querellante- por el ámbito y la investidura hacían aplicable la casual de justificación prevista en el art. 34 inciso 4° del Código Penal.

¹²⁰ ROSATTI, Horacio, op. cit., tomo II, pág. 230 y ss.

los miembros de las Comisiones comunales.

b) Responsabilidad política del Intendente Municipal

No se encuentra previsto en la Constitución provincial de Santa Fe (ni la LOM) el “juicio político” del Intendente municipal.

Sin embargo, encontramos en la LOM en su art. 39 inciso 5º como competencia del Concejo Deliberante- la potestad de solicitar al Poder Ejecutivo provincial la destitución del Intendente Municipal por las causales previstas en los incisos anteriores¹²¹. Nótese que el Concejo Municipal no tiene en este caso una facultad de destitución directa del Intendente, como lo contemplan otras leyes orgánicas, sino que su potestad se circunscribe a instar un pedido de destitución ante el Poder Ejecutivo provincial.

Esta disposición, que viene a hacer las veces de “juicio político” al titular del Departamento Ejecutivo municipal, es a nuestro entender de dudosa constitucionalidad.

Ello debido que a luz de la autonomía municipal, conforme el artículo 5 y 123 de la Constitución nacional, los holdings de “Rivademar”¹²², “Rosario c/ Provincia Santa Fe”¹²³ y “Municipalidad de La Plata”¹²⁴ de la CSJN, sumado al artículo 107 de la Constitución provincial¹²⁵ y el artículo 2 LOM, resulta irrazonable que sea el Poder Ejecutivo provincial quien disponga la destitución del Intendente. En tanto aparece como un avasallamiento del Ejecutivo provincial sobre la autonomía municipal¹²⁶.

17.4.3) Responsabilidad política de los Concejales

Por su parte, respecto de los Concejales municipales vemos que la LOM establece, también en el artículo 39, la facultad de juzgar la elección de sus miembros (inc. 3º), así como corregir y aún excluir de su seno -con dos tercios de la totalidad de los votos de los concejales en ejercicio- a los miembros del cuerpo por las mismas causales arriba expresadas respecto del Intendente municipal (inc. 4º).

También el artículo 59 de la LOM establece una suerte de responsabilidad política tanto para concejales como el Intendente, en los casos que tengan participación en los contratos y actos administrativos a que se refiere el artículo 25 incisos 3º, 4º y 6º, los que cesarán de hecho en sus funciones¹²⁷.

¹²¹ Esto es desorden de conducta en el desempeño de sus funciones y removerlos por inhabilidad física o legal, siendo causa bastante para la exclusión o remoción cualquier participación en provecho propio en los contratos o en las empresas encargadas de servicios públicos del resorte o jurisdicción municipal -conforme inciso 4 del art. 39 LOM-.

¹²² La Ley 1989-C, pág. 49.

¹²³ La Ley 1992-A, pág. 396.

¹²⁴ La Ley 2002-F, pág. 483.

¹²⁵ Que dispone que los municipios son organizados por ley sobre la base de: (inciso 1º) un *gobierno dotado de facultades propias y con las atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los intereses locales* (inciso 3º). Lo traduce la idea de un municipio como ente con competencias que le son propias -dejando de lado la discusión de si dichas competencias sobre “originarias” o “delegadas”-.

¹²⁶ En tal caso, quizá se podría plantear un amparo por parte del Intendente, y para el caso que se considere que el obrar del Ejecutivo provincial significa un avasallamiento de la autonomía municipal, podría también pensarse en interponer el recurso contencioso administrativo previsto por el art. 35 de la ley 11.330 por ante la Corte Provincial en instancia originaria, previa reclamación administrativa ante el Poder Ejecutivo provincial.

¹²⁷ La norma aclara que tales previsiones son sin perjuicio de la facultad de la Municipalidad de anular

La norma no establece cómo se hará efectiva dicha responsabilidad política.

Igualmente, es dable interpretar que respecto de los Concejales será mediante el procedimiento previsto en el artículo 39, inciso 4º LOM -en su caso, se deberá estar a lo establecido en el reglamento interno que establezca el mismo Cuerpo, conforme el artículo 39, inciso 1º, LOM-.

Respecto del Intendente municipal, la norma tampoco aclara que trámite seguir cuando el mismo incurra en las conductas prohibidas.

17.5) Responsabilidad contable de los funcionarios municipales

Las ciudades de Rosario¹²⁸ y Santa Fe¹²⁹ cuentan con tribunales de cuentas, donde se efectúa el control externo de la actividad administrativa, a fin de investigar la responsabilidad interna de los funcionarios frente al Estado municipal.

La Ley orgánica de municipios de la provincia de Santa Fe nada dice al respecto. De todos modos consideramos que los municipios en uso de su autonomía administrativa, pueden crear este tipo de instituciones.

En el caso de Rosario, su Tribunal de Cuentas efectúa el control de legalidad a posteriori de los actos (art. 18, inc. d, ordenanza 6.199) -en lo relativo a lo hacendal-, así como el control y evaluación de la gestión municipal (art. 18, inc a).

Se pronuncia mediante dictámenes, que serán previos a toda acción judicial (art. 21) o administrativa.

El tribunal de la ciudad de Santa Fe, por su parte, tiene competencia para realizar juicios de cuentas¹³⁰ y de responsabilidad¹³¹.

18) Epílogo

Como anticipamos en la introducción, hemos pretendido plantear- a modo de notas- algunas facetas específicas del empleo público municipal, con un abordaje especial del ordenamiento santafesino.

Empero, lejos de considerar agotado el tratamiento de los distintos aspectos del tema analizado, nuestra intención fue trazar un esquema de las diversas cuestiones dables de suscitarse con relación al mismo, para que sirva de incentivo a futuras investigaciones.

Somos concientes que muchos de los puntos de vista expuestos a lo largo del trabajo son opinables, y que, ciertamente, las facetas examinadas pueden ser susceptibles de otros enfoques, incluso más enriquecedores. Todo ello es natural, tratándose de una indagación de índole jurídica, ámbito en el cual, según sabemos, generalmente no existen verdades irrefutables.

De tal suerte, si bien deseamos que este humilde aporte sea provechoso para quienes se interesen por la materia que nos ocupa, ello no significa que sus conclusiones sean indiscutibles. Por el contrario, se aceptarán las críticas fundadas, porque entendemos que, como decía Popper, “los que están dispuestos a exponer

el acto o contrato efectuado en contravención a la ley, con lo cual se está reconociendo la denominada facultad de autotutela declarativa de la Administración. Aspecto novedoso, si se tiene en cuenta que la ley orgánica data del año 1939, y que ya la ley orgánica de 1883 (art. 92) lo tenía. COMISIÓN REDACTORA..., op. cit., pág. 49.

¹²⁸ Organizado por ordenanza 6.199, que modifica las ordenanzas 5.689 y 5.728.

¹²⁹ Creado por ordenanza 9.124.

¹³⁰ BIELSA, Rafael, Derecho administrativo, Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 1966, pág. 515, llamada “jurisdicción objetiva” por el autor.

¹³¹ Art. 18 inciso h) ordenanza 11.558.

sus ideas a la aventura de la refutación no pueden tomar parte del juego de la ciencia”.