



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



**Ref. Expte. N°5428-P-2007-00106-
Pérez Oscar Raúl solicita pago de la
Licencia Anual no gozada durante
período Junio 2006 al 18/04/2007”.**

**AL SEÑOR FISCAL DE ESTADO
DE LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS**
S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en las cuales se solicita Dictamen legal sobre la procedencia de la solicitud efectuada por el peticionante de fs. 1/2, en relación a que se proceda a efectivizar el pago de las licencias no gozadas que le corresponderían por el desempeño de sus funciones como Director General de Policía entre las fechas 01/05/06 y hasta el 18/04/07, cargo ocupado conforme designación efectuada por Decreto N°1022/06 (31/05/06 BO 07/06/06).

La problemática específica a abordar en el análisis de las presentes actuaciones, radica en determinar si le es aplicable al personal que ostenta cargos fuera de nivel, el régimen sobre vacaciones establecido en la Ley N°5811, lo que conforme se describirá en el presente, ha motivado la emisión de Informes y Dictámenes contradictorios de diferentes órganos de asesoramiento y contables.

A los efectos de desarrollar en forma prolija y sistemática el tema sometido a análisis, se desarrollarán los aspectos relacionados al Derecho a las vacaciones (punto I), a la eventual procedencia de la aplicación del régimen previsto en la Ley N°5811 al funcionario peticionante según los antecedentes doctrinarios existentes y citados por los órganos intervinientes (punto II) para finalizar exponiendo las conclusiones a las que arriba este órgano de control (punto III).

I. El término vacación identifica el descanso temporal de una actividad habitual, principalmente del trabajo remunerado o de los estudios, así como el tiempo que dura la cesación de trabajo¹.

Desde el punto de vista de la actividad laboral, las vacaciones, así como las demás pausas reconocidas por las legislaciones, tienen un sentido eminentemente higiénico, esto es, dar al trabajador la posibilidad de descansar y restaurar sus energías físicas e intelectuales. Secundariamente, la posibilidad de tomar vacaciones, contribuye al afianzamiento de la vida familiar², favorece la inserción social, promueve y desarrolla el turismo, etc.

El derecho a las vacaciones ha sido definido por la O.I.T. como un número previamente determinado de jornadas consecutivas, fuera de los días festivos y los días de enfermedad y convalecencia, durante los cuales, cada año, cumpliendo el trabajador ciertas condiciones de servicios, interrumpe su trabajo y continúa percibiendo su remuneración. Se trata de un descanso anual obligatorio pago: el trabajador es dispensado de todo trabajo durante un cierto número de días consecutivos de cada año, después de un período mínimo de servicios continuos, con derecho a percibir sus remuneraciones habituales³.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico las vacaciones pueden definirse como el lapso continuado de descanso anual remunerado al cual, en relación con su antigüedad en la empresa, tiene derecho el trabajador que ha prestado un mínimo de servicios para lograr su reestablecimiento psíquico y físico⁴.

El reconocimiento del derecho a las vacaciones ha tenido lugar en la legislación positiva de la primera mitad del siglo XX, en el marco del desarrollo del moderno "Derecho del Trabajo" siendo antecedentes relevantes la ley de Francia del 20/06/36, a la que siguió en forma inmediata el reconocimiento a

¹ Proviene del latín "vacare" que, en relación a la persona, significa "cesar por algún tiempo en sus habituales negocios, estudios o trabajo" y respecto de un empleo, cargo o dignidad, expresa "quedar sin persona que lo desempeñe o posea". De idéntica raíz proviene el término "vagar", que significa "tener tiempo y lugar suficiente o necesario para hacer algo", así como "estar ocioso" (Diccionario de la Real Academia Española, 2004).

² Sobre el particular, se ha dicho que el instituto de las vacaciones tiene la finalidad de lograr no sólo la reparación física y moral del trabajador, sino también, que se proyecte en la vida social (CNAT, Sala VII, 24/06/88, "Furbatto Horacio y otro c/Excelsior Cía de Seguros", DT 1989-A-81).

³ Citado en GRISOLIA, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Bs. As., Lexis Nexis, T - I, pp. 821 y ssgtes.

⁴ FERNANDEZ MADRID, Juan C., CENTENO, Norberto O. y LOPEZ, Justo, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Contabilidad Moderna, 1987, T- II, pp. 741, citada en obra de Antonio Vázquez Vialard y Raúl Horacio Ojeda en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada", Bs. As., Rubinzal Culzoni, T- II, pp. 293 y ssgtes.

nivel internacional de ese mismo derecho, formulado en el Convenio 52 de la O.I.T (ratificado por la República Argentina por Ley N°13.560), estando actualmente consagrado en el art. 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948).

En la Argentina el beneficio de las vacaciones fue introducida en 1932 mediante la Ley N°11.729 (modificatorio del art. 156 del Código de Comercio y aplicable sólo en ese ámbito), lo que dio lugar a que en 1945 el Decreto N°1740/45 fijase un régimen especial para el personal de la industria. Ambos sistemas fueron luego subrogados al sancionarse la Ley N°20.744 sin perjuicio de los mayores beneficios que pueden existir en Convenciones Colectivas de Trabajo y la protección de este instituto tiene actualmente fuente constitucional al estar expresamente recepcionado en el art. 14 bis. de la Constitución Nacional.

Para el Sector Público (tanto nacional como provincial) los regímenes de licencias están recepcionados en las normas administrativas que regulan el empleo en cada uno de los niveles estadales, esto es Ley N°25.164 y Ley N°5811 y mod. respectivamente⁵ y sin perjuicio de lo que establecen determinados regímenes especiales.

Efectuada esta breve pero necesaria introducción puede afirmarse que tanto en el ámbito privado como en el público, nacional y/o provincial, los trabajadores (entendido este término en sentido amplio) ostentan derecho al goce de las vacaciones, siendo su raigambre de índole constitucional (conforme recepción en tratados internacionales en el art. 75 inc. 22 y expreso texto constitucional del art. 14 bis citado).

De los fundamentos que se han reseñado como generadores de este beneficio (protección de la salud psicofísica del agente, desarrollo familiar e interacción social, deviene en forma inevitable la consecuencia de que, las vacaciones, no pueden en ningún régimen, en principio, ser compensadas en

⁵ En la Nación las Licencias Ordinarias se encuentran previstas en los arts. 16 inc. f) y 19 de la Ley 25.164 (que remite a los convenios Colectivos y mientras estos no se perfeccionen, al régimen vigente), En la provincia están reguladas en la Ley N°5811.

dinero, tanto en el ámbito privado como público y salvo circunstancias excepcionales (vg. Art. 162 de la LCT -que tiene como excepción el art. 156 del mismo instrumento legal-; art. 39 de la Ley Nº5811 -que reconoce excepciones en los tres incisos del mismo artículo-⁶).

II. Sentado este principio básico que justifica el derecho, aun de los funcionarios que ocupan cargos normalmente denominados "fuera de nivel", de disponer de vacaciones, cabe analizar ahora si el régimen contenido en la Ley Nº5811 es aplicable a los mismos, y en el caso concreto, al reclamante en estas actuaciones (ex Director) o si por el contrario, la especial naturaleza de las funciones que los mismos ejercen, los excluyen de la aplicación de la citada normativa, de lo que derivará si corresponde su pago en caso de no haber sido gozadas o no. (REDACCION)

Es necesario destacar liminarmente, que existen Informes y Dictámenes contrapuestos en estas actuaciones habida cuenta de que el Ministerio de Seguridad y Ministerio de Hacienda han considerado procedente la petición (Dictámenes de fs. 10 -Asesoría Letrada de Ministerio de Seguridad en fecha 04/10/07- y 20 y vta. y 28/29, Dictámenes Nros. 653/08 y 511/08 del Ministerio de Hacienda de fechas 15/09/08 y 27/09/10-) mientras que la Contaduría General de la Provincia de Mendoza, con fundamento en el Dictamen Nº92/88 de la Asesoría de Gobierno (emitido el 03/02/88) ha entendido, en los informes de fs. 27 y 31 (de fechas 15/04/2010 y 06/12/2010), que no correspondería hacer lugar a la petición.

Así las cosas, en primer término, es oportuno traer a este procedimiento, cita de los Dictámenes emitidos por Asesoría del Ministerio de Hacienda Nro. 163/93, por Asesoría de Gobierno Nros. 51/88 y 404/93 y el emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, de fecha 26/08/93 (al cual se adjunta copia del Dictamen emitido con fecha

⁶ Artículo 39 de la Ley Nº5811 "La licencia anual no podrá compensarse en dinero y vencidos los plazos fijados por la presente Ley para su goce, se perderá el beneficio, excepto que ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1) Que el agente haya cesado en el servicio por cualquier causa, sin gozar de su licencia anual, en cuyo caso se le liquidará una indemnización supletoria, igual a la remuneración de un día por cada veinte (20) días trabajados efectivamente; si el cese se produjera antes del 31 de mayo y el empleado no hubiere gozado de su licencia correspondiente al año anterior, deberá adicionarse el importe de la retribución del número de días de licencia que le hubiere correspondido por dicho período. Si el cese se produjera por fallecimiento del agente, la indemnización corresponderá a sus herederos forzosos, sin necesidad de declaratoria. 2) Que el agente hubiese acordado por escrito con el responsable de la repartición, la acumulación a un período de licencia posterior, de hasta un tercio la licencia del período inmediatamente anterior, en cuyo caso se le otorgará la licencia acumulada, aún cuando deba iniciarse o concluir fuera de la época del año fijada en el inciso 3) del artículo 38 de la presente Ley; 3) Que se haya producido la suspensión o interrupción de la licencia anual del agente, por los motivos previstos en el inciso 7) del artículo 38 de la presente Ley".



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



09/12/91) en los que, las conclusiones análogas consideraron que los funcionarios de carácter "constitucional" no están alcanzados por las disposiciones contenidas en la Ley que regula el empleo público (en ese momento Ley Nº4216) por los fundamentos dados en los mismos y a los cuales remito en mérito a la brevedad, debiendo destacarse que el dictamen de Fiscalía aludido es terminante en cuanto expresa en su conclusión que *"se aconseja rechazar cualquier solicitud de pago de licencias no gozadas que pudiere promover un funcionario público incluido en la nómina que transcribe el punto 7 del dictamen citado ut. supra"* (refiere al Dictamen de Asesoría de Gobierno⁷).

En este orden de ideas, destaco que es en principio, acertada la crítica efectuada en el Dictamen Nº511/10 del Ministerio de Hacienda aludido, en relación a que la fundamentación dada por la Contaduría General de la Provincia para sostener la postura negatoria de la aplicación del régimen de licencias a los Directores en el dictamen de Asesoría de Gobierno citado (Dictamen Nº92/98 de fecha 03/02/1988 emitido en expte. Nº030-B-88 "Bosques y Recursos Naturales Dirección, Renovables Abogado en carácter de Asesor Letrado") no resulta idóneo a ese fin, toda vez que, efectivamente, como también se afirma en el mismo y según reseña precedentemente efectuada, el tema específico está tratado en Dictamen diverso al aludido por la Contaduría General de la Provincia.

En efecto, sobre el tema en análisis se ha manifestado la Asesoría de Gobierno en Dictamen Nº163/93-14/07/93-(emitido en Expte. Nº764-D-93-"Dto. Liquidaciones s/Dictamen Licencia funcionarios fuera de nivel", con expresa remisión al Dictamen Nº51/88, de fecha 22/01/88, producido en expte. Nº20-D-87-Departamento de Ajustes Contaduría Gral. s/Dictamen sobre licencias anuales de algunos funcionarios de la Provincia"), en el cual el máximo órgano de asesoramiento legal del Estado Provincial ha considerado EXPRESAMENTE EXCLUIDOS a los Directores de entidades centralizadas y/o

⁷ En la enumeración que efectúa la Asesoría de Gobierno no se incluye a los Directores de entidades centralizadas o desconcentradas.

desconcentradas, de la enumeración de funcionarios a los que considera inaplicable el régimen contenido en la entonces vigente Ley N°4216 y Decreto N°2117/78, al entender que a los funcionarios señalados en virtud de la costumbre administrativa y especialmente en virtud de lo dispuesto por el art. 13 de la Ley N°4126, les resulta aplicable el régimen en cuestión⁸.

Tal como lo adelantara el Dictamen de Asesoría Legal del Ministerio de Hacienda, con cita textual del Dictamen N°51/88 de Asesoría de Gobierno mencionado ut. supra, no se incluye en la enumeración de los funcionarios de carácter constitucional, a los "Directores" de la administración centralizada y desconcentrada, sino que por el contrario, EXPRESAMENTE SE LOS EXCLUYE, lo que lleva, en el razonamiento del titular de ese órgano de asesoramiento a concluir que el mismo se encuentra incluido en los alcances de la normativa de marras (ley N°5811) según fundamento parcialmente reseñado en el párrafo anterior y a considerar procedente la pretensión del presentante.

La Asesoría de Gobierno, conforme lo dicho, expresamente ha dado tratamiento al tema específico de los "Directores" considerando a los mismos fuera de la nómina de agentes estatales que estarían excluidos de la aplicación del régimen de licencias previsto en la Ley N°5811 en el mentado Dictamen N°51/88. Se lee así en el párrafo segundo del punto 7, del Dictamen N°51/88, que la exclusión de los directores de la Administración centralizada y desconcentrada se fundaría en la "costumbre administrativa" (como elemento integrador), con especial referencia a la previsión del art. 13 de la derogada Ley 4216 (en el cual no figuraban los Directores como autoridad política con facultades para otorgar las licencias), postura que se considera vigente luego de la sanción de la Ley N°5811 conforme surge del Dictamen N°163/93 del Ministerio de Hacienda (emitido el 14/07/63 en el expte. N°764-D-93- "Dto. Liquidaciones s/Dict. Licencia funcionarios fuera de nivel") adherido por la Asesoría de Gobierno en Dictamen N°404/93 -de fecha 05/08/93- producido en la misma pieza administrativa.

⁸ Se lee además, en el Dictamen N°51/88, agregado en copia en el expediente referido, que "Excluimos de esta enumeración a los directores de la administración centralizada y desconcentrada, porque si bien actualmente son funcionarios fuera de escala, de conformidad al régimen jurídico anterior; la costumbre administrativa posterior a su derogación y especialmente en virtud de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 4216, les resulta aplicable el régimen en cuestión. Por los mismos motivos y especialmente en virtud de una costumbre constitucional integradora del derecho positivo excluimos también de la enumeración al Contador y Tesorero de la Provincia funcionarios que además se encuentran escalafonados a nivel de dirección". Las aseveraciones vertidas en el Dictamen en análisis fueron ratificadas en cuanto a su vigencia luego de la sanción de la Ley N°5811 y Decreto N°727/93 (que derogaron la Ley N°4216 y su Decreto

En sentido general coincidente, el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza ha entendido que los funcionarios superiores de los poderes públicos y autoridades superiores no les corresponde el derecho a compensar las licencias no gozadas, expresando al respecto que: "... 1. La ley sostiene como principio que las licencias no son compensables en dinero. 2. Es excepción a dicho principio el caso de cesación del agente en sus funciones, sin que hubiese tenido la oportunidad real de gozar de su período vacacional, en cuyo caso la licencia deviene compensable. 3. Tal compensación no corresponde a los funcionarios superiores de los poderes públicos y autoridades superiores. 4. Nada obsta a que hagan valer los períodos no gozados en relación a sus cargos de planta retenidos, de modo tal que se acumulen los períodos que se les adeuden para que puedan efectivamente gozarlos aún antes de retomar sus funciones en dichos cargos retenidos..."⁹.

En síntesis, la resolución de la presente causa administrativa, respecto de la cual se comparten, en términos generales, los lineamientos esgrimidos en los Dictámenes de Asesoría de Gobierno, Fiscalía de Estado y Honorable Tribunal de Cuentas precedentemente reseñados, radica en determinar si los "Directores de la administración centralizada o desconcentrada" deben ser considerados como funcionarios "constitucionales", y por lo tanto excluidos de la aplicación del régimen de la Ley N°5811 que regula la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas o, si por el contrario (y tal como se afirmara específicamente en los Dictámenes citados ut. supra de Asesoría de Gobierno y Fiscalía de Estado que remite a aquéllos), los mismos están excluidos de esa enumeración, en virtud de la costumbre administrativa y como tal, sujetos al régimen en cuestión.

III. En este contexto, en referencia al objeto determinado precedentemente, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que:

Reglamentario N°2117/78), en Dictamen N°163/93 -14/07/93- del Ministerio de Hacienda y N°404/93 - 05/08/93- de la Asesoría de Gobierno que adhirió al precedentemente citado.

⁹ Dictamen de fecha 09/12/99.

1. Asiste a los Directores el derecho a gozar de sus licencias, siendo éste un derecho esencial titularizado por todo trabajador (público o privado de cualquier jerarquía o sometido a cualquier régimen de trabajo) conforme los fundamentos reseñados en el punto I del presente dictamen.

2. Los Directores son funcionarios "fuera de nivel" y conforman el plantel de índole política de gobierno del Poder Ejecutivo ya que forma parte del núcleo de gestión del órgano administrador (son funcionarios "fuera de nivel", sus cargos son temporarios, no participa de la carrera administrativa, su ingreso no está sometido a las normas que rigen para los demás agentes del estado, no cumplen horarios ni los registran, su permanencia depende de la decisión discrecional del superior o del Poder Ejecutivo, sus salarios están regulados en forma especial en la Ley N°5811, etc.).

Así las cosas, en el tema específico que nos ocupa, no parece razonable excluir a los Directores del régimen que se considera aplicable a los funcionarios considerados "constitucionales" subsumiéndolos en consecuencia en las previsiones sobre licencia aplicables a los agentes de la administración pública en el marco de la Ley N°5811 (en especial en lo referido al pago de las licencias que pudieren no haber gozado).

En tanto los Directores participan de un régimen análogo al de los otros funcionarios (en cuanto a la naturaleza de su cargo y funciones) no encuentro fundamento suficiente para considerar procedente su inclusión en los regímenes aplicables al agente público y su exclusión del régimen excepcional aplicable al funcionario político o de índole constitucional (en los términos sentados por la Asesoría de Gobierno en Dictamen N°51/88).

Resulta relevante en este aspecto, observar que en el caso concreto (y al igual que los funcionarios superiores) el Director no goza, necesariamente de las vacaciones en los plazos prescriptos legalmente, no se conceden necesariamente por los términos mencionados (pueden ser lapsos mayores o menores), no se registran los períodos que eventualmente gozan durante otras épocas del año, y que permiten normalmente el control sobre los lapsos adeudados, no se solicitan ni registran conforme procedimientos ordinarios, etc., lo que torna inaplicable el régimen en cuestión.

En consecuencia, no observándose diferencias sustanciales entre la naturaleza de la relación establecida entre los funcionarios considerados

"constitucionales" en el marco de los dictámenes antecedentes, y de los Directores de los entes centralizados y desconcentrados (excluidos de aquel marco en virtud de la "costumbre administrativa") se considera que los mismos no están amparados por las disposiciones de la Ley N°5811 en relación al goce de las licencias ordinarias y mucho menos, respecto de las previsiones que prevén su pago en los términos del art. 39 del mismo instrumento legal.

3. En apoyo de la conclusión inicial a que se ha arribado en el punto precedente, se destaca que la Ley N°5811, ha dado expreso y conjunto tratamiento a los funcionarios en cuestión, al disponer sobre su exclusión de las normas del Decreto Ley N°560/73 y al establecer la estructura salarial de los mismos, en la Ley N°5811 (arts. 26 a 29).

En este marco, el art. 2 inc. b) excluye de la aplicación de las disposiciones del Decreto Ley N°560/73 y mod. a los Subsecretarios de Ministerios, Directores, Directores Gerentes, Secretarios, Jefes, Administradores, Habilitados, Delegados Regionales, de zona y departamentales de las reparticiones públicas y Asesores Letrados, Asesores Técnicos y Apoderados; pero en su parte final, expresamente permite su aplicación a los agentes públicos que, aun cuando ostenten cargos de mayor jerarquía quedarán sujetos al régimen del Decreto N°560/73 y sus mod., en tanto cumplan los recaudos allí consignados, que tienden a garantizar la aplicación de sus disposiciones al personal que esté desarrollando una carrera administrativa¹⁰.

Esta posición resulta incluso compatible con la opinión sentada en el marco de la doctrina administrativa sentada por Asesoría de Gobierno y

¹⁰ Reza la parte final del artículo en cuestión: "Entiéndese comprendidos en la excepción del inc. b), a los subdirectores o quienes deban reemplazar al director o jefe de cada repartición, sección o departamento, cualquiera sea la designación que a estos se les dé en la ley de presupuesto. Dicha excepción no comprende a los funcionarios cuya designación proceda de ascenso, siempre que éstos tengan una antigüedad como agentes de la administración pública pendiente del poder ejecutivo o de reparticiones autárquicas o descentralizadas, mayor de diez (10) años, sin interrupción de continuidad y que los ascensos que lo lleven al cargo mencionado en este artículo, guarden adecuada graduación ascendente y sucesiva, debiendo los dos (2) últimos ascensos, por lo menos, correspondientes a cargos de presupuesto dentro de la misma repartición.

Fiscalía de Estado en referencia a la posibilidad de aplicar el Estatuto del Empleado Público (y normas complementarias) a los funcionarios excluidos por el art. 2 del mencionado instrumento legal (cuyos fundamentos básicos han sido esgrimidos en el punto 2), considerando que en el caso concreto la misma resulta autoexcluida en tanto ventilar las cuestiones referidas a vacaciones de los Directores en el marco de la Ley N°5811, resulta *incompatible con su situación de revista y con la índole de los cargos que desempeña*¹¹.

En efecto, es doctrina sentada por Asesoría de Gobierno de que si bien los Directores son uno de los funcionarios excluidos del Régimen del Empleo Público conforme el artículo reseñado del Decreto Ley N°560/73 mod. por art. 2 de la Ley N°320 -que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los "Directores"-, no por ello se tornan inaplicables las normas que sobre la materia el mismo contiene, habida cuenta de que ello importa básicamente una exclusión del derecho a la estabilidad, pero no de los principios o normas allí establecidos y en tanto los mismos no resulten incompatibles con su situación de revista o la índole del cargo que desempeña. En especial, se ha entendido que le resultarán aplicables las previsiones que sobre prohibiciones o inhabilidades posee previstas expresamente el mismo. Así lo ha considerado (y ha sido compartido por este Organo de Control) la Asesoría de Gobierno de la Provincia de Mendoza al expresar: *"La prohibición o inhabilidad contenida en el inc. c) del art. 14 del Dec. Ley N°560/73, tiene un evidente fundamento ético y constituye un verdadero principio general ...La circunstancia de que, tanto en el estatuto general (Decreto Ley N° 560/73) como el Estatuto Escalafón Municipal (Ley N° 5892) existan funcionarios exceptuados de sus alcances, tal como lo ha dicho esta Asesoría y lo reconoce la doctrina (cfr. Emili Eduardo, "Los estatutos de los agentes del estado", en obra colectiva "Nociones de derecho administrativo", Mendoza, 199, pp 171 y 172), no importa sino, fundamentalmente, una exclusión del derecho a la estabilidad. No de los principios o normas allí contenidos y que no resulten*

¹¹ Ver Asesoría de Gobierno, Dictamen N°60/96, Expte. N°65-F-95 y Fiscalía de Estado, Dictamen N°1267/10 de fecha 27/09/10. Este criterio se ve implícitamente ratificado por la S.C. Justicia Prov. Al haber admitido la instrucción de sumario administrativo a un Director en el caso N°41109 - "ANDALUZ DE ROSAS RICARDO MANUEL PROVINCIA DE MENDOZA ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Fecha: 19-10-1984 (Ubicación: LS185 - Fs.384) en tanto consideró que La exclusión de una agente de los alcances del Estatuto del Empleado Público no puede justificar su oposición para la sustanciación del sumario administrativo ordenado por la autoridad administrativa, toda vez que el poder administrador se encuentra legítimamente facultado para ello (art. 128, inc.1 Const. Pcial.

incompatibles con su situación de revista o la índole de los cargos que desempeñan¹² (la negrita me pertenece).

A su vez, la normativa que rige actualmente el salario de los Directores, bajo el Título III "Remuneraciones de las Autoridades Superiores" (Capítulo I a IV) de la Ley N°5811, incluye a la casi totalidad de los funcionarios considerados por la Asesoría de Gobierno como "constitucionales" (vg. Gobernador, Vice, Ministros, Subsecretarios, Legisladores y Personal Superior del Poder Legislativo, Fiscal de Estado y Asesor de Gobierno -arts 26 a 29-) determinando claramente el carácter especial de los mismos y su estructura salarial encontrándose expresamente comprendidos en la mencionada enumeración legal los Directores (Capítulo IV, art. 29 "Cargos de Mayor Jerarquía", Anexo VI) lo que los sitúa, a criterio del suscripto en un régimen salarial y funcional específico e independiente del resto de los empleados de la administración pública, análogo al de los funcionarios con los que comparte su ubicación en este aspecto.

4. Asimismo, entiendo que la "costumbre" no es fundamento suficiente para justificar la subsunción del caso concreto en las disposiciones de la Ley N°5811 y bajo un régimen diferenciado de los restantes funcionarios considerados "constitucionales", ello en virtud de que la normativa fundante de esta conclusión ha variado (Ley N°4216 y régimen antecedente); a lo que debe adicionarse además que, en principio, la misma no es pacíficamente reconocida fuente autónoma del Derecho Administrativo, particularmente cuando posee naturaleza de "contra legem". En este sentido, siguiendo a Miguel S. Marienhoff (con cita de diversos autores) puede clasificarse la costumbre en tres clases distintas: a) La costumbre según la ley, interpretativa o "secundum legem", (que es aquella a la cual la ley remite la solución del caso, pues la norma consuetudinaria deriva aquí su vigencia de una disposición de la ley¹³), la cual si bien no ofrece dificultad alguna acerca

¹² Asesoría de Gobierno, Dictamen N°60/96 en Expte. N°65-F-95.

¹³ Es lo que ocurre, entre nosotros, con las siguientes disposiciones del Código Civil: artículo 950, que sujeta las "formas" de los actos jurídicos al régimen de las leyes y usos del lugar; artículo 1424, referente al plazo

de su aplicabilidad, lo cierto es que no es por sí una fuente de derecho, sino que, en esos supuestos, la fuente es la ley que la acepta y se refiere a ella. "La costumbre según ley expresa Legaz y Lacambra no es, en rigor, Derecho consuetudinario, sino el Derecho escrito convertido en costumbre: es decir, un Derecho cuyas normas escritas han sido realmente aceptadas por la sociedad como formas de vida, es decir, vividas consuetudinariamente por ésta"¹⁴. b) La costumbre introductiva, supletoria de la ley, o "praeter legem"¹⁵, que en nuestro sistema para algunos autores era fuente de derecho (vg. Manuel María Díez¹⁶) mientras que otros negaban a la misma tal calidad (ver Miguel S. Marienhoff¹⁷), habiendo quedado expresamente incorporada al artículo 17 del Código Civil por la reforma introducida al art. 17 por la Ley N°17.711, ya que prevé su operatividad cuando exista vacío o laguna de la ley; y c) la costumbre contraria a la ley, derogatoria o "contra legem", es la que, al ir contra la ley vigente, plantea el problema de si la costumbre puede o no derogar la ley y convertirse en fuente del derecho, lo que en nuestro país resulta imposible de materializar, porque carece de imperio para derogar la ley

que determine el uso del país para hacer efectivo el precio de la cosa comprada; artículo 1627, que establece que en la locación de servicios, a falta de convención, rige el precio de costumbre; artículo 2631, que obliga al dueño de un predio a recibir las goteras del edificio vecino, cuando así lo imponga la costumbre del pueblo; etcétera. Esta clase de costumbre está expresamente prevista por el artículo 17 del Código Civil, que dice así: "El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

¹⁴ Luis Legaz y Lacambra, página 304. En sentido concordante al del texto: Bullrich: "Principios...", página 79; Villegas Basavilbaso, tomo 1., páginas 323 y 329-330; Giuseppe Ferrari: "Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario", página 126; Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", página 79.

¹⁵ Ese tipo de costumbre es el que acarrea verdaderos problemas en relación a su aplicación. Mientras un sector afirma que la costumbre "praeter legem" es fuente jurídica entre nosotros -vg. Villegas Basavilbaso, tomo 1., página 330 y siguientes; Bielsa, tomo 1., página 51; Llambías, tomo 1., página 72; Díez: "Derecho Administrativo", tomo 1., página 488 y siguientes-, la mayoría de nuestros expositores niega esta postura -Salvat, "Parte General", n. 330, páginas 172-173, Buenos Aires 1931; Bullrich: "Principios...", página 78; Busso, tomo 1., página 174, n. 79; Gordillo: "Introducción...", páginas 62-63-. También la doctrina internacional está dividida al respecto; sostienen que la costumbre praeter legem es fuente jurídica: Posada, tomo 1., páginas 142-143 y 146, números 14, 15 y 18; Fleiner, páginas 71-72; Forsthoff, páginas 208-215; Caetano, página 63. Se pronuncian en contra de que la costumbre praeter legem sea fuente jurídica: Mayer, tomo 1., páginas 168-173; Vanni: "Filosofía del Derecho", páginas 105, 109 y 110; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1., página 60; Merkl, páginas 140-141; D'Alessio, tomo 1., páginas 144-145; Vitta, tomo 1., páginas 79-81; Waline, página 16; Silva Cimma, tomo 1., página 309; Garrido Falla, tomo 1., página 263. Miguel S. Marienhoff se ha pronunciado en contra en "Acerca del llamado derecho judicial: su alcance. La costumbre derogatoria o contra legem. La justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, páginas 74-75, sección doctrinaria.

¹⁶ María Díez, Manuel, "Derecho Administrativo", Bs. As., Plus Ultra, 1974, 2da. Ed., T I, pp. 488 y sgtes.

¹⁷ Marienhoff, Miguel S., en "Tratado de Derecho Administrativo", T I, Bs. As., Abeledo Perrot, 1965, pp 290. Consideraba el autor citado que no es ni puede ser fuente jurídica éte tipod e costumbre, ya que se oponen a ello los artículos 19 y 22 de la Constitución Nacional. El primero de éstos en tanto establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la "ley", ni privado de hacer lo que ella no prohíbe. El segundo de estos textos en cuanto dispone que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. En consecuencia, como la "costumbre" difiere de la "ley" derecho no escrito y derecho escrito, respectivamente, va de suyo que no es fuente jurídica entre nosotros y carece de fuerza obligatoria por expresa disposición constitucional. Además, como la costumbre es producto espontáneo del pueblo, ella no puede tener valor alguno como norma jurídica, porque el pueblo no ha podido implantarla, ya que él no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. De modo que, en nuestro sistema jurídico, sólo la costumbre basada en "ley" (secundum legem) es fuente jurídica



vigente. Así lo proclamaba el Código Civil en su artículo 17 que expresaba "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos"¹⁸. Este texto, incluido en el título preliminar del Código, constituía una disposición de carácter general, que regía tanto para el derecho privado como para el derecho público, por lo que se comparte el criterio de diversos tratadistas relativo a que la costumbre "contra legem" no es fuente jurídica entre nosotros¹⁹. El actual texto del art. 17 no es menos contundente en este sentido al expresar que "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legamente", de cuya redacción no puede inferirse tácitamente la validez de esta clase de costumbre²⁰.

En mérito a lo que dejo expuesto, a falta de "ley" que lo autorice, la costumbre administrativa y menos aún la práctica administrativa²¹ no obliga a la Administración respecto a terceros, ni al administrado respecto a la Administración. Ambos sólo quedan obligados a la "ley" lato sensu, vale decir, tanto a la ley formal como a la material, pues ambos tipos de ley integran el bloque de la legalidad.

El hecho de que la naturaleza de su cargo tenga respaldo en el marco de la normativa citada (Decreto Ley N°560/73 y sus mod. y Ley N°5811) refuerza la posición asumida en el presente dictamen, ya que no existiría una "situación no reglada legalmente", por lo que mantener el criterio esbozado importaría intentar sostener una costumbre no ya "praeter legem" (cuya

¹⁸ Esa parte del art. 17 del Código Civil fue suprimida en la reforma de 1968. Pero el contenido de ese texto sigue imperando como principio general de derecho, pues, salvo texto expreso y válido en contrario, la atribución de dejar sin efecto una "ley" le corresponde al mismo órgano que la dictó, temperamento que se justifica por el principio del "paralelismo de las competencias".

¹⁹ Así, si bien el maestro Villegas Basavilbaso ("Derecho Administrativo", tomo 4., páginas 609-610 y 621-626). Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1., página 310. Además: Mayer, tomo 1., página 173. En contra: Díez: "Derecho Administrativo", tomo 1., página 492.

²⁰ En contra, Cassagne Juan Carlos, en "Derecho Administrativo", Lexis Nexis, 2004, T I, pp. 207.

²¹ Marienhoff, Miguel S. diferencia la costumbre de la "práctica administrativa", con fundamento en el artículo 17 del Código Civil de vigencia en el ámbito jurídico privado y público, que en efecto hablaba de "costumbre o práctica" (La reforma al Código Civil, efectuada en 1968, eliminó del art. 17 toda referencia a la "práctica"). La generalidad de la doctrina niega que la "práctica" administrativa sea fuente jurídica. Se sostiene que sólo constituye una actividad interna de la Administración, y no una producción espontánea de la vida social. Algunos tratadistas, para hacer resaltar el fundamento de su afirmación y darle base jurídica a ésta, asimilan la "práctica administrativa" al "reglamento interno", que sólo obliga a la Administración.

remisión ya me resulta cuestionable en el ámbito administrativo) sino incluso "contra legem".

5. No se observan en definitiva, razones suficientes para dar tratamiento diferenciado a los funcionarios normalmente denominados como "fuera de nivel", lo que podría importar incluso la violación del principio de "Igualdad ante la ley" (art. 16 de la C. Nacional y 7 de la C. Provincial) toda vez que los mismos, se encuentran en términos generales, en análogas circunstancias legales y funcionales y estarían siendo sometidos a regímenes legislativos diferentes a la hora de juzgar el caso concreto sometido a análisis.

6. Finalmente, a ello deben agregarse razones de índole práctica, tales como que los Directores (como el resto de los funcionarios enunciados) no poseen sistemas de registración de ingreso o egreso (control horario) o cómputo de las vacaciones que eventualmente gozan, ya que obviamente, la responsabilidad elevada que importa el ejercicio de sus funciones, dependen de la confianza del Poder Ejecutivo y Ministro del cual dependen (y con quien acuerdan épocas y extensiones), no siendo en consecuencia posible registrar con certeza los días de vacaciones que eventualmente hubieran gozado en el año, lo que torna imposible aplicar los regímenes pretendidos, lo que abona lo expresado en el punto 3 en relación a la "incompatibilidad" de aplicación del régimen propuesto.

En virtud de lo expuesto en los puntos precedentes, esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que los Directores están incorporados en el marco de los funcionarios que se encuentran excluidos de la aplicación del régimen de licencias previsto en los arts. 37 a 39 de la Ley N°5811, debiendo ser rechazada por acto administrativo idóneo la petición de que se compensen las mismas (no gozadas) en dinero (art. 39 de la Ley N°5811).

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos Administrativos, Fiscalía de Estado.
Dict. 0155/11
Mendoza, 02/02/11.

ABEL A. ALBARRACIN
Dirección de Asuntos Administrativos
FISCALÍA DE ESTADO
PROVINCIA DE MENDOZA



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO



Mendoza, 02/02/11.

Compartiendo el suscripto el Dictamen que antecede, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento del Sr. Ministro de Seguridad, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

FISCALIA DE ESTADO	
DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	
SALIÓ Fecha:	03 FEB 2011
Hora:	9:00 folios: 40
Tramitó:	