

Expte. N° 13-06764164-1 “Acotur S.A.
c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/
Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La firma Acotur S.A., contratista de la obra Complejo Penitenciario II- Area Administrativa- Complejo Penitenciario San Felipe, deduce acción procesal administrativa contra el Decreto N° 1206/2021 de fecha 20 de agosto de 2021 por el que se rechaza sustancialmente el Recurso Jerárquico interpuesto contra la Resolución N° 164 emitida por el Ministro de Planificación e Infraestructura en fecha 06 de agosto del 2020 que rechaza parcialmente el Recurso de Revocatoria contra la Resolución N° 160 del Subsecretario e Infraestructura.

Tal decisión aplica a la firma mencionada una multa de \$1.347.000 en concepto de sanción por incumplimiento del Art. 10.1 inciso d (Incumplimiento de una orden reiterada) de la inspección) y f (incumplimiento en las normas de higiene y seguridad en el trabajo), la cual fue revocada parcialmente por Resolución N° 164-PIP-2020, en la cual se determinó subsistente la multa del inc. 10.1 inciso f por la suma de \$ 673.000.

II- La actora en su presentación expresa que el acto administrativo cuestionado se encuentra gravemente viciado en su voluntad, con fundamentaciones muy vagas y genéricas, sin efectuar una correcta valoración de los elementos probatorios.

Aduce que no se identifican los marcos legales que ponen de manifiesto la conducta endilgada (mala colocación de andamios) objeto de la sanción lo cual afecta el debido proceso legal y torna arbitraria la sanción.

Señala que por cada orden de servicio emitida y en la que se lo emplazaba a cumplir irregularidades, su parte cumplía en forma inmediata, tal como se acompañó elementos de prueba (libro de higiene y

seguridad), los cuales refrendan el cumplimiento de las mismas.

Denuncia afectación al derecho de propiedad ya que se intenta buscar un desplazamiento patrimonial con una resolución carente de sustento fáctico.

III. La Provincia de Mendoza en su contestación solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Sostiene que la actora en cada una de sus presentaciones elude analizar las normas específicas que regulan la relación contractual de obra pública, que entrañan no solamente el sometimiento voluntario a un régimen jurídico determinado, sino la aceptación del régimen de seguimiento y fiscalización técnica de la obra, en manos de los Inspectores de Obra, cuyas directivas no solamente no cumplió conforme a pliego, sino que además discute sin razón alguna.

Advierte que la queja de la actora radica solamente en que la Administración: a) Le aplica multa a pesar de que una vez observada la conducta ilícita, procedió a la regularización en forma inmediata y b) porque la Administración revocó una de las multas impuestas en respeto al principio del non bis in idem, pero no expresó cuál era la que dejaba vigente, motivo absolutamente erróneo, equívoco y desacertado; y c) Que la multa no es concomitante al hecho que sanciona, desnaturalizando la finalidad de la sanción.

En relación al punto a) aclara que una vez que los inspectores de obra “detectan la existencia de un incumplimiento a las normas”, ya de la técnica constructiva, ya de higiene y seguridad industrial, el incumplimiento queda configurado, y no lo sana su conducta correctiva del mismo, ni desaparece como antecedente desfavorable a los fines de configurar “reincidencia”.

Advierte que la primera de las resoluciones por las cuales se aplica multa (Res. N° 160/19 EX -2019-03422256-GDEMZA-MESA#MEIYE) expresa claramente los artículos e incisos del Pliego de Bases y Condiciones Particulares que reputa infringidos (Conf. Art. 1 de la parte dispositiva), y en ese contexto no se puede invocar violación alguna a los principios de legalidad y mucho menos al derecho de defensa; Pese a todo, cuando la actora recurre la Res. N° 160/19, el mismo es resuelto por Res. N° 164/20 (EX – 2019 – 05131486 – GDEMZA – MESA#MEIYE) y con base en

el dictamen producido por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Planificación y Estructura Pública al Orden 21 del citado expediente, se le hace lugar parcialmente, y se deja sin efecto la multa aplicada en el Art. 10.1 Inciso “d” del PBYCPL (Conf. Art. 2), quedando subsistente la contemplada por el art. 10.1 inciso “f” PBYCPL (Conf. Art. 3).

Agrega que se trata de una pena pecuniaria y las mismas están previstas en el art. 40 de la Ley N° 4416, el cual transcribe.

IV- Fiscalía de Estado se presenta y manifiesta que considera inviable el pedido de nulidad realizado por la actora del Decreto 1206/21 del Poder Ejecutivo, al no adolecer el mismo de vicios que pudieran causar su nulidad, sino que ha sido dictado conforme a la normativa vigente y en los tiempos que marca la misma, en absoluto respeto de los procedimientos de la Ley 9003, y dando participación al administrado, por lo que no se ha violado de manera alguna su derecho de legítima defensa, conforme lo establece el art. 18 de la C.N.

Agrega que el acto administrativo en cuestión, dispone el rechazo del Recurso Jerárquico interpuesto por la accionante, quien para ello además de considerar lo expuesto en la Resolución 164/2020 a la que cita y forma parte del acto cuestionado, agrega en oportunidad de emitirlo, la existencia de informes técnicos de Inspección de Obra, los que tienen carácter coincidente, al decir que la contratista realizó de un modo deficiente la colocación de andamios (más allá de la colocación de tuercas como refiere el actor cómo única causal) en la construcción de las obras del Complejo Penitenciario II- Área Administrativa San Felipe, como así también la falta de observación de normas para la excavación a cielo abierto y el incumplimiento de entregar la vestimenta adecuada al personal que se desarrolla bajo su dependencia en las citadas obras, ello con la graves consecuencias y consiguiente responsabilidad que podría generar en caso de accidentes laborales.

Alega que desde esa perspectiva, el acto administrativo dictado tanto por el Ministro como por el Señor Gobernador en la vía jerárquica, aparecen suficientemente fundados y motivados, ello conforme lo estipula el art. 33, 34, 35, 36, 37, 41, y 47 ccs. LPA.

Sostiene que la Administración en la instancia

recursiva, realiza un análisis que le permite corregir un error por duplicidad en la aplicación de la multa, se rectifica y la aplica una sola vez, y mantiene entonces sólo una sanción aplicada por los incumplimientos en que incurriera la accionante, sujetando su actuación al principio de legalidad, ya que aplica las normas como autoridad competente, que incluyen la facultad de corregir y sancionar, las que por otra parte eran conocidas y aceptadas por el contratante, ya que se trata de un Contrato de Obra Pública, con una finalidad de bien común, que el oferente conocía y voluntariamente se sometió a este, siendo el PGBYC como el PPBYC, ley para las partes y de aplicación obligatoria.

V- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i. Se advierte que la actora fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, reiterando argumentos ya expuestos en instancias anteriores que no logran desvirtuar, en concreto, los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados al emitir la resolución puesta en crisis ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

ii- Las constancias de autos, en especial la prueba instrumental (notas, actas y órdenes de servicio), confirman la posición adoptada por la accionada en las decisiones impugnadas las cuales resultan legítimas y ajustadas a derecho.

iii- Las resoluciones impugnadas describen los hechos, las normas infringidas y las pruebas que sustentan las medidas adoptadas, las cuales no se avizoran arbitrarias ni irrazonables.

iv- Acreditado el incumplimiento correspondía al contratante aplicar las consecuencias previstas en la norma ante tal supuesto.

En efecto, el art. 40 de la Ley N° 4416, expresamente establece: “El incumplimiento de las obligaciones contractuales dará lugar a la aplicación de las penalidades que fijare esta ley, su

reglamentación y los pliegos, salvo que el mismo obediere a hechos u omisiones imputables a la administración, caso fortuito, fuerza mayor, acto de los poderes públicos o hechos eximentes de responsabilidad debidamente justificados a juicio del comitente...”.

El Pliego de Bases y Condiciones Particulares determina Capítulo 10-Régimen de Sanciones y Rescisión del contrato. 10.1 Multas: El Contratista será pasible de las siguientes multas: d) Por incumplimiento de una orden reiterada por la inspección o en caso que el Contratista se negare a recibir Ordenes de la Inspección, una multa del 1 % del monto del Contrato por cada vez (...) f) Por incumplimiento a las normas de Higiene y Seguridad den el Trabajo, normas de Seguridad Social y Riesgos del Trabajo (Art. 6.6 Pliegos de Bases y Condiciones Generales Legales): 1 % del monto del Contrato por cada vez.

Explica Gordillo que en el caso de que la conducta a seguir por el administrador esté predeterminada por una norma “... la ley sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina qué es lo conveniente al interés público, en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de Derecho; no tiene él libertad para elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea una realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho...”¹.

Marienhoff por su parte explica que “en ejercicio de la actividad reglada, la administración aparece estrechamente vinculada a la ley, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas. Cuando ejerce una actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a

¹ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, VIII.19, www.gordillo.com.

*cumplir*².

En el presente caso, el orden normativo predetermina con claridad la solución a adoptar, no existiendo, por tanto, la posibilidad de apartarse de la misma.

Por las consideraciones vertidas, este Ministerio Público entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E. la rechace.

Despacho, 07 de diciembre de 2022.

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 3° ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.