Ministerio Público Fiscal
PROVINCIA DE MENDOZA

Expte. Nº 13-05353413-3, "Delta Constructora S.A. c/ Municipalidad de Las Heras p/ Acción Procesal Administrativa"

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Delta Constructora S.A. por intermedio de apoderado, objeta en autos la legitimidad del Decreto N° 1288 dictado por el Señor Intendente de la Municipalidad de Las Heras en fecha 18 de julio de 2019 y de la Resolución N° 30/20 del Honorable Concejo Deliberante de Las Heras del día 30de abril de 2020 que rechaza el recurso jerárquico planteado contra el Decreto 1485 de fecha 29 de agosto de 2019 del Poder Ejecutivo Municipal que desestima la revocatoria instada contra el Decreto 1288.

El acto originario impugnado Decreto N° 1288 dispone la Resolución del Contrato de obra pública celebrado con Delta Constructora S.A., adjudicataria de la Licitación Pública N° 1018, tramitada en expediente N° 201-M-19, mandando proceder a la ejecución de las garantías del Contrato de Obra y comunicar al RACOP todo lo actuado.

II- La actora en su presentación de fs. 56/64 relata que resultó adjudicataria de la obra licitada por la Municipalidad de Las Heras en el trámite del expediente N° 201/M/2019, Licitación Pública N° 1018 prevista para la construcción y remodelación de veredas de la Avenida General San Martín 2° Etapa, entre calles Urquiza- Pedro Pascual Segura y Vieytes-Pedraza y que durante la ejecución de la obra se produjeron diversos hechos que impidieron la ejecución normal de la contrata calificados de caso fortuito o fuerza mayor o, en su caso, imprevisión que excusa su responsabilidad.

Enumera como impedimentos fácticos, ajenos a la actividad de la contratista y del Municipio: Oposición de los frentistas a los trabajos, cambios en el proyecto, cambios en los planes de trabajo por ejecuciones precarias, cambios por niveles de vereda, adaptación de niveles, carencia de planos, orden de no iniciar nuevos trabajos, demoras en el plan de trabajo, vandalismo, robos, paralización de exempleados (que llegó al punto de

tener que tramitar una conciliación en la Subsecretaría de Trabajo, donde además la demandada retuvo ilegítimamente fondos, los que fueron requeridos a través de una acción de amparo), pagos improcedentes, entre otros.

Aduce violación directa e inmediata del derecho de defensa en juicio al desestimar la admisión y producción de prueba conducente y decisiva para la demostración de los extremos fácticos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor que impidieron cumplir el contrato, quedando además provocada la ruptura de la ecuación económica financiera (art. 18 y 17 C.N.).

III- A fs. 95/99 responde la Municipalidad de Las Heras accionada y solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Sostiene que no se han dado supuestos que configuren "caso fortuito o fuerza mayor" y además la actora incurrió desde el primer momento en innumerables incumplimientos que de manera aislada son graves y configuran de manera autónoma causales de rescisión.

Destaca sobre todo un incumplimiento claro de obligaciones laborales de la empresa Delta Constructora S.A. para con sus empleados al no pagarles sus sueldos y demás obligaciones sociales y previsionales, siendo este hecho el detonante final que desembocó en la decisión rescisoria, además del casi nulo avance en la obra.

Refiere que en tal sentido en fecha 21 de junio de 2019, los trabajadores de la empresa llevaron adelante una medida de acción directa conforme surge de Acta N° 00586796 de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo obrante a fs. 585 del expediente administrativo 201-M-2019, en la que los trabajadores manifestaron no haber cobrado los períodos de abril, mayo y los días correspondientes al mes en curso (junio), siendo el inicio de obra el 15 de abril de 2019, por lo que los trabajadores estaban reclamando el pago de su primer quincena, es decir desde un primer momento la empresa incumplió con su principal obligación laboral.

Agrega que como consecuencia de ello, en fecha 24/06/2016 en la Subsecretaría de Trabajo y Empleo se realizó una audiencia, Acta de fs. 586 y en fecha 25 de junio se llevó a cabo una nueva audiencia, donde la empresa efectuó un pago imputable a la segunda quincena de

mayo.

Señala que la empresa no cumplió con lo dispuesto en la audiencia ante lo cual, el Dr. Segura remitió oficio a la Municipalidad de Las Heras por el cual solicitaba que conforme lo establecido en el art. 3 de la Ley 6281 se procediera por parte del municipio a retener y depositar los montos correspondientes a los certificados adeudados.

Alega que por ello el Intendente dictó el Decreto N° 1263 de fecha 12/07/2019 por el que dispuso la retención del pago que surgía de la Orden de Pago N° 4854, correspondiente al Certificado N° 3 de la Licitación Pública N° 1018, el cual ascendía a la suma de $ 235.680,64 y se autorizó a Tesorería Municipal a proceder al retiro de dicho monto de las cuentas bancarias municipales y depositarlas en efectivo en la Subsecretaría de Trabajo y Empleo.

Menciona que en fecha 12/07/2019 la Tesorera Municipal concurrió personalmente a la Subsecretaría de Trabajo y Empleo, con la suma retenida a la Audiencia fijada para fecha 12/07/2019 en dicho organismo estatal.

Puntualiza que por otro lado, teniendo en cuenta el nulo avance de la obra y los innumerables problemas laborales, en fecha 11 de julio de 2019 la Arquitecta Patricia Encina, Jefa de Patrimonio a cargo de la Inspección de la Obra, Dirección de Estudios y Proyectos de la Municipalidad de Las Heras elevó a la Secretaria de Obras y Servicios Públicos, un pormenorizado informe sobre las dificultades presentadas en la ejecución de la obra hasta esa fecha.

Afirma que la empresa incurrió en un incumplimiento en el ritmo de la obra que para fecha 06 de mayo debió haber alcanzado el 25,2 %, y en su lugar había ejecutado el 4,09 %; además falta de colocación de carteles de obra, deficiente señalización ; falta de provisión de elementos de seguridad y trabajo para el personal.

Sostiene que dado el notable atraso se intimó a la empresa a la presentación de un nuevo plan de avance y a solicitar prórroga de al menos 60 días.

Relata que frente a los graves incumplimientos, previo dictamen legal el Intendente de la Municipalidad de Las Heras dictó el Decreto N° 1288 de fecha 18/07/2019 por el cual se dispuso la resolución del

Contrato de Obra Pública con la empresa Delta Constructora S.A. adjudicataria de la Licitación Pública N° 1018.

Considera que ninguno de los 15 supuestos que menciona la actora pueden configurar "caso fortuito o fuerza mayor, o en su caso imprevisión", muy por el contrario todos estos supuestos la empresa contratista los debió prever y es inadmisible que invoque supuestos problemas con los frentistas o que los niveles de vereda eran distintos o la existencia de construcciones clandestinas, ya que antes de licitar debió haber conocido el lugar en el cual iba a realizar la obra.

En relación a la supuesta denegación de prueba conducente y decisiva, interpreta que la misma no fue tal y además fue fundadamente rechazada por el Honorable Concejo Deliberante al surgir de manera clara de las constancias del expediente administrativo que los graves incumplimientos fueron atribuibles pura y exclusivamente a la empresa constructora y las testimoniales ofrecidas no podrán modificar ni explicar el grosero incumplimiento de las obligaciones desde un primer momento como ser el no pago a sus empleados o el nulo avance de las obras, además uno de los testigos era justamente la Inspectora de Obra la Arquitecta Encina, quien redactó el informe de fs. 589/591 del AEV, el que fue determinante para tomar la decisión resolutoria.

IV- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 108/112 y vta. y solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Sostiene que no hay lugar a dudas que el contrato quedó perfeccionado y tuvo principio de ejecución, hasta que la Administración, luego de dar innumerables oportunidades para que la contratista cumpliera con lo más básico, como es el pago de las obligaciones laborales de sus empleados, dispuso la resolución por los incumplimientos de la actora de los objetivos especificados en el contrato.

Invoca que en el caso de autos, el Municipio de Las Heras ejerció una facultad que no era implícita, sino que estaba expresamente prevista en el contrato, Pliego de Condiciones Generales y que la actora no pudo desconocer, pretendiendo disfrazar sus incumplimientos, bajo el ropaje de la "fuerza mayor, el caso fortuito o la imprevisión"; la inobservancia de las obligaciones laborales con sus empleados y que resultan acreditadas, es causal

suficiente para la resolución contractual; y ésta no ha sido ni siquiera la única.

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 juridicidad 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 (Libro de Nota de Pedido y Libro de órdenes de Servicio "obra: Construcción y Remodelación de veredas en Av. Gral., San Martín", Actas de la Subsecretaría de Trabajo), 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.

El art. 36 del PBCG determina que "El contratista deberá cumplir mensualmente con todas las leyes laborales, previsionales y normas sobre Higiene y Seguridad del Trabajo y las disposiciones contenidas en la Ley N° 24557 de Riesgos del Trabajo. Como prueba de ello deberá adjuntar con la factura mensual por la prestación del servicio los comprobantes respectivos. En caso contrario el municipio suspenderá el trámite de pago hasta que se regularice esta situación, la que deberá ser acreditada en forma fehaciente y supervisada por la Secretaría de Hacienda".

Por su parte el art. 13 del PCPT expresa que "El retraso en la terminación de las obras y/o trabajos, dentro del plazo determinado por el presente artículo, y que no cuente con la justificación

aprobada por la Inspección de Obra, generará la automática aplicación del régimen de multas estipulado en el art. 20 del presente pliego". Desde ya que ello no empece a la facultad rescisoria del Municipio, prevista en el art. 47 del PBCG. A ese respecto, corresponde destacar que de acuerdo con la parte pertinente del art. 19 del PCPT, "Si la inversión en un momento dado resultare inferior al setenta por ciento (70 %) de la prevista, por culpa exclusiva del Contratista, el Comitente tendrá derecho a rescindir el contrato".

El art. 47 del PBCG establece que "La Municipalidad podrá rescindir el contrato celebrad, por sí misma sin necesidad de intervención judicial alguna, siendo a cargo del Contratista los daños y perjuicios y los intereses respectivos, los que se harán efectivos sobre los bienes del contratista comenzando por el depósito de garantía. Son causales de rescisión: … d) Cuando el Contratista obrase con dolo o culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias concernientes al objeto de la presente licitación… Resuelta la rescisión del contrato, el Contratista perderá automáticamente el depósito en garantía en favor de la Municipalidad y los intereses y responderá además, por los daños y perjuicios que sufra la Municipalidad a causa del nuevo contrato que deba celebrar para asumir por su cuenta para no suspender la obra… En ningún caso el Contratista tendrá derecho a reclamar indemnización alguna al Municipio".

Asimismo la Ley de Obra Pública en el art. 81 estipula que "La Administración tendrá derecho a declarar la resolución del contrato en los siguientes casos: a) Cuando el contratista obrare con dolo o culpa grave o reiterada en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias concernientes a la ejecución de la obra; b) Cuando el contratista en forma reiterada, infringiere o consintiere que se infrinja por sus subcontratistas la legislación laboral o previsional, en relación con el personal que se empleare en la obra ; c) Cuando el contratista, sin causa justificada, se excediere en el plazo fijado para la iniciación de la obra; d) Cuando sin mediar causa justificada el contratista no diere cumplimiento al plan de trabajos. Previamente la Administración le intimará para que alcance el nivel de ejecución previsto en el mismo: e) Cuando el contratista, sin autorización de la Administración cediere total o parcialmente el contrato el contrato, se asociare con otro para la ejecución total o parcial de la obra o la subcontratare : f)

Cuando las multas aplicadas al contratista alcanzaren el quince por ciento (15%) del valor contractual actualizado: g) Cuando el contratista no repusiere las garantías que se hubieran afectado al pago de las multas en el tiempo previsto en el art. 40; h) Cuando el contratista interrumpiere los trabajos por un plazo mayor de cinco (5) días hábiles en más de tres (3) ocasiones o por un período mayor de un (1) mes; l) Cuando el contratista abandonare la obra; j) En los supuestos de los artículos 30 y 75".

iv- Resulta acreditado que la resolución del contrato de obra pública se produjo por causas exclusivamente inherentes a la actora (incumplimiento de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias concernientes al objeto de la licitación) y que frente a ello al ente licitante le correspondía aplicar las consecuencias previstas en la norma ante tales supuestos.

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 cumplir*"[2].

---

[1] GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, VIII.19, www.gordillo.com.
[2] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 3º ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.

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 Fiscal entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E. la rechace.

Despacho, 02 de octubre de 2023.

Firmado digitalmente por: ROUSSELLE Laura
Fecha: 5/10/2023 14:18:40