

Servicios Públicos Gas Natural Infracciones Cometidas Por La Contratista Suspension En El Registro De Contratistas De Obra

JURISPRUDENCIA

Servicios públicos. Gas natural. Infracciones cometidas por la contratista. Suspensión en el Registro de Contratistas de Obra que aplicara la distribuidora de gas a la actora por las numerosas faltas comprobadas en la ejecución de la ampliación de la red de distribución de gas natural. Buenos Aires, 11 de julio de 2017. VISTOS: los autos caratulados: 'Coopi Cooperativa Integral Regional de Provisión de Servicios Públicos, Vivienda y Consumo de Villa Carlos Paz Ltda. c/ Enargas s/ Art. 66-43-70 - Ley 24.076 - Enargas?', y CONSIDERANDO: I. Por Nota GTO/O n° 6240-11, del 05/09/11 (ver copia de fs. 162/171), la Distribuidora de Gas del Centro SA (Ecogas), impuso a la contratista, empresa constructora Cooperativa Integral Regional de Provisión de Servicios Públicos, Vivienda y Consumo de Villa Carlos Paz Ltda. (en lo sucesivo, 'Coopi' o 'la Cooperativa'), sanción de suspensión en el Registro de Contratistas de Obra, por el plazo de dos años, en el marco de la obra 'Provisión de gas natural a vecinos del Barrio Costa Azul - Villa Carlos Paz - Provincia de Córdoba' (Proyecto DC n° 00683/035), por el incumplimiento a las normas NAG 136 (Puntos 7.1.2, 7.1.3 y 7.1.6, Replanteo de obra y documentación básica de obra; Puntos 7.2.3.3 y 7.2.4.1, Documentación básica de obra; Punto 12.1, Tapada y ancho de zanjas mínimos en veredas y calzadas; Punto 22.1, Instalación de válvulas de PE o de acero para bloqueo de red; Punto 24.3, Instalación de elementos de advertencia para tuberías de gas enterradas), y NAG 113 (Arts. 17.a, d, f y h, Trámites previos a la iniciación de las obras; Art. 24, Legislación laboral y horario de trabajo; Art. 34, Terminación, entrega y recepción de la obra; Art. 36, Habilitación de la obra). II. Disconforme con lo resuelto, a fs. 1/9 la sancionada interpuso recurso ante el Ente Nacional Regulador del Gas (en adelante, 'Enargas'), respondido por Ecogas a fs. 49/62. Aquel remedio fue resuelto por la autoridad regulatoria mediante Resolución Materialmente Jurisdiccional n° I/715, del 09/03/16 (fs. 283/305), confirmando la sanción impuesta por la distribuidora a la contratista y disponiendo asimismo su cumplimiento inmediato. III. Contra lo así decidido, Coopi interpuso el recurso contemplado en el art. 66, segundo párrafo, de la ley 24.076 (escrito de fs. 361/371 vta. y 'otro sí digo' de 375/vta.), que no mereciera réplica por parte de la Distribuidora de Gas del Centro SA. Solicitó, con carácter cautelar, la suspensión de la ejecución de la decisión en crisis. Respecto al fondo de la cuestión, aseguró haber corregido los incumplimientos a la norma NAG 136, Puntos 12.11 (tapada y ancho de zanjas mínimos en veredas y calzadas) y 24.3 (instalación de elementos de advertencia para tuberías de gas enterradas), una vez que el Municipio concluyó los trabajos de cordón cuneta que realizaba en la calle Juríes. Además, sostuvo que un obrar diligente de la distribuidora, en su condición de delegada del poder de policía, imponía una advertencia previa, y destacó que su parte cumplió con todas las indicaciones al tiempo de la auditoría, es decir, mucho antes de la imputación. Consideró, asimismo, que el castigo impuesto resultó excesivo, y que debió ser sancionada con un mero apercibimiento, en función de la premura con la que actuó su parte, y tomando asimismo en consideración que el muestreo tomado por la distribuidora correspondió a una zona puntual en la que el zanjeo, tapada y mallado había sido interferido por una obra posterior del Municipio. De otra parte, en lo que hace a la transgresión de la norma NAG 113 (realización de trabajos sin autorización de la distribuidora), se quejó por cuanto en la resolución en crisis, si bien se consideró que los diferentes aspectos involucrados en el caso partían de un denominador común constituido por la falta de autorización de la distribuidora para el inicio de la obra, a la vez se admitió que la contratación de las obras y su habilitación no es responsabilidad de la constructora, sino de la sub-distribuidora. Sin embargo -afirmó-, el Enargas no sólo no adecuó la sanción, sino que la mantuvo y, más aún, aplicó un castigo adicional al establecer el cumplimiento inmediato de la suspensión, tras declarar a su parte incurso en reincidencia. En otro orden, objetó que en la resolución en crisis se hubiera prescindido de argumentos decisivos y oportunamente alegados. Por último, remarcó la irrelevancia de los pretendidos incumplimientos, si se toma en cuenta el contexto en el que se desarrollaron las obras (que abarcan 71.000 metros de redes de gas construidas por la Cooperativa, de los cuales 53.000 metros se encuentran gasificados y 8000 en ejecución), y su mínima significación en términos de seguridad, así como la complejidad de la reglamentación vigente. IV. Como primera medida, es menester dejar en claro que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan sólo en aquéllas que sean conducentes para decidir el caso y basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (Fallos: 265:301; 272:225; 278:271; 297:140; 301:970). V. Sentado ello, en primer término ha de dejarse en claro que, en atención al estado de autos, el tratamiento de la medida cautelar peticionada ha devenido inoficioso. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que en la resolución impugnada -tal como se adelantara- la autoridad regulatoria ratificó la decisión adoptada por la distribuidora, por la que dispuso la aplicación de un único castigo -suspensión de la

constructora en el Registro de Contratistas de Obra por el término de dos años-, por manera que el cumplimiento inmediato de aquella medida establecido por el Enargas, refiere únicamente a su ejecución y efectos, pero no puede ser considerado como una sanción adicional. Sobre el punto, no puede pasarse por alto que el efecto inmediato de la suspensión, dispuesto por el Enargas, encontró sustento en lo oportunamente decidido por esa misma autoridad en la Resolución MJ n° I/096, del 12/09/08, dictada en el marco del expediente Enargas n° 13.032/08 (fs. 321/361 de la causa n° 32.211/08 -que tengo a la vista-, reservada en Secretaría a fs. 409), ratificada luego por la Sala V de esta Cámara por sentencia de fecha 09/09/10, recaída en la causa n° 32.211/08 caratulada: ?Cooperativa Integral Provincial de Servicios Públicos, Vivienda y Consumo de Villa Carlos Paz c/ Resolución n° 96/08 - Enargas?. En aquella decisión administrativa, el Enargas confirmó la sanción de suspensión por dos años en el Registro de Contratistas de Obra que aplicara la Distribuidora de Gas del Centro SA a Coopí por las faltas comprobadas en la ejecución de la ampliación de la red de distribución de gas natural en la Ciudad de Villa Carlos Paz, en el marco de los proyectos constructivos aprobados como DC 00683/030 y 00683/031, y a la vez advirtió a la Cooperativa que, en caso de persistencia en su conducta infractora, la sanción a aplicar por la distribuidora sería de cumplimiento inmediato, en tanto resultaba necesario priorizar las cuestiones atinentes a la seguridad pública por sobre las de índole comercial o económica. VI. Corresponde ahora analizar las quejas vinculadas a la ausencia de autorización de la obra. VI. 1. Como primera medida, es menester poner de resalto que si bien el Enargas admitió que la sub-distribuidora habilitó la obra e instruyó a la contratista a llevar adelante los trabajos -y, por ende, aquélla debía responder por haber dispuesto la habilitación en pleno conocimiento de las carencias del sistema que abastece gas natural al Barrio Costa Azul-, lo cierto es que el ente regulador también puso en evidencia que la distribuidora había ordenado a la Cooperativa abstenerse de llevar a cabo construcciones, en la medida en que el inicio de obra no había sido autorizado (fs. 303). En efecto, sin perjuicio de que la habilitación fuera decidida por la sub-distribuidora y que ello atañe a su responsabilidad como tal, lo real y concreto es que, tal como se dejó sentado en la nota sancionatoria, así como en la decisión confirmatoria del Enargas, la contratista había hecho caso omiso al mandato impuesto por Ecogas a través de las Órdenes de Servicio n° 66 del 31/05/07, n° 67 del 04/06/07 y n° 68 del 08/06/07 (fs. 198/200), en las cuales se le ordenó expresamente ?abstenerse de construir instalaciones o realizar trabajos que no han sido autorizados por esta inspección en los términos de la normativa vigente?. VI. 2. De otra parte, la apelante parece pasar por alto que tanto la distribuidora como la autoridad regulatoria, tras descartar todas las justificaciones intentadas por la sumariada, indicaron cada una de las irregularidades que impedían el comienzo y la regular ejecución de las obras, entre ellas, las siguientes: a) La constructora inició y ejecutó la obra sin contar con el proyecto constructivo aprobado por la distribuidora zonal. En este sentido, Ecogas señaló que el 14/11/06 la constructora presentó en forma parcial la documentación solicitada mediante Nota GC/DC 004801, del 01/09/06, para la gestión del trámite ante la Dirección Provincial de Vialidad (DPV), y fue recién con fecha 19/01/07, a través de Nota de Pedido n° 32 (fs. 201), que la constructora completó los requerimientos. Tras ello, el 22/01/07, mediante Orden de Servicio n° 50 (fs. 202), Ecogas entregó la documentación necesaria para que la constructora iniciara el trámite ante la DPV. A su vez, mediante nota de pedido n° 38 del 08/02/07 (fs. 15), la contratista solicitó autorización para la ejecución parcial de la cañería DC 00683/035, a lo cual no dió curso Ecogas, atento que en la configuración de la obra, los diámetros involucrados en los tendidos paralelos y los cruces de ruta que se encontraban en trámite ante la DPV conformaban una parte muy importante del emprendimiento, y por ello, hasta tanto se obtuviera el permiso correspondiente, no se aprobaría el proyecto constructivo. Además, mediante Nota GC n° 03025 del 10/05/07 (fs. 209/210), Ecogas informó a la sub-distribuidora que para la aprobación de los proyectos constructivos de las redes resultaba necesario dar inicio a la ejecución de las obras de infraestructura de refuerzo en el sistema de ramales que abastece a la Ciudad de Villa Carlos Paz. b) Si bien del acta de iniciación de obra, plasmada en la Orden de Servicio n° 55 (fs. 136), suscripta por representantes de la sub-distribuidora y de la constructora, surgía que se había dado comienzo a los trabajos con fecha 09/04/07, fue recién el 21/05/07 que la contratista solicitó a la distribuidora el pase de obra del fusionista Gustavo Romero (fs. 217), por lo que cabía concluir que, al momento de inicio de las tareas, la empresa no contaba con un fusionista debidamente habilitado. c) De la documentación allegada por la Cooperativa se desprende la ausencia de certificados de calidad correspondientes a las cañerías de diámetro 25 mm, accesorios de diámetros 63, 90 y 125 mm, y válvula de bloqueo de diámetro 125 mm. d) La documentación relacionada con interferencias fue recién presentada por la constructora en oportunidad del descargo, a pesar de los requerimientos formulados por Ecogas (Acta de Inspección, del 01/12/10, de fs. 11/12, y Nota GTO n° 3066/11, del 05/05/11, de fs. 141), y además resulta incompleta, en tanto no consta la solicitud de información y respuestas correspondientes a las empresas telefónicas, la respuesta de la empresa Multicanal a la solicitud de informe de fecha 11/04/07 (fs. 20), y la respuesta del Departamento de Obras Públicas de la Municipalidad de Villa Carlos Paz al informe solicitado el 11/03/07 (fs. 19). e) La constructora no respetó la distancia que deben guardar las cañerías respecto de la línea municipal, y no contaba, al momento del relevamiento de la obra, con datos fehacientes emitidos por autoridad competente, que certificaran las líneas municipales y los anchos de vereda. En los croquis de ubicación presentados por la Constructora por medio de la Nota de Pedido n°

85, del 02/12/10 (fs. 114), se declaran cañerías instaladas a distancias de la línea municipal menores a 1,5 (croquis n° 2: 0,9 m., fs. 115; croquis n° 4: 0,9 m., fs. 117; croquis n° 7: 0,9 m., fs. 120; croquis n° 9: 1,0 m., fs. 122; croquis n° 10: 0,8 m., fs. 123), sin mostrar impedimentos técnicos u obstáculos insalvables que lo justifiquen. Además, en los sondeos realizados los días 10, 11 y 12 de mayo de 2011 (ver detalle de fs. 214/215), se corroboró la instalación de cañerías a menos de 1,5 metros de la línea municipal (sondeos n° 3, 12 y 13). f) Además de los casos mencionados por la contratista, se verificaron otros en que la constructora no adoptó las tapadas protectivas (sondeos n° 3, 8, 9 y 12). Y si bien la reglamentación prevé que, si por fuerza mayor fuera necesario instalar la tubería principal o de servicio con una tapada menor a la reglamentaria, se requiere previa autorización y la aplicación de una protección adicional para prevenir daños por cargas externas o por la intervención de terceros. En el caso, la constructora tampoco había tramitado ante Ecogas o ante la sub-distribuidora la autorización correspondiente. VI. 3. Así las cosas, y sin perjuicio de la habilitación de la obra por la sub-distribuidora, la sancionada no puso en entredicho los hechos que la distribuidora tuvo por probados, ni refutó, siquiera mínimamente, los argumentos volcados en la nota sancionatoria, en lo concerniente al inicio de los trabajos, no sólo en ausencia de la debida autorización de la distribuidora (previa inspección, aprobación del proyecto constructivo y cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa vigente), sino sin siquiera poner en conocimiento de ello a Ecogas, y -más aún- a pesar de la existencia de una clara, explícita y contundente directiva de la distribuidora, impartida y comunicada a la contratista, de no comenzar o continuar los trabajos sin la aludida autorización. VI. 4. En función de todo lo expuesto, deben desestimarse los agravios bajo análisis. VII. Es menester examinar ahora lo atinente a los incumplimientos constatados por falta de tapada y ancho de zanjas mínimos en veredas y calzadas e instalación de elementos de advertencia para tuberías de gas enterradas. VII. 1. En primer lugar, ha de repararse en que el hecho de que la imputación se fundara en un muestreo tomado en una zona puntual, no impide en modo alguno tener por configurada la infracción. En todo caso, la extensión, alcances, magnitud, proyección o reiteración de las faltas constatadas, tendrán eventualmente incidencia en la cuantificación de la sanción -cuya determinación, como principio, es resorte del titular de la potestad sancionatoria (en el caso, Ecogas)-, pero no constituyen óbice para tener por comprobado el hecho infraccional. A ello cabe agregar que, como ya se dijo, en la nota sancionatoria se puso de manifiesto que, en adición a los casos de falta de tapada señalados por la encartada, en los sondeos realizados se constataron otros incumplimientos (sondeo n° 5, croquis n° 18, tapada de 0,58 metros; sondeo n° 6, croquis n° 18, tapada 0,55 metros; sondeo n° 15, croquis n° 15, tapada de 0,7 metros). VII. 2. De otra parte, en orden a la advertencia previa que, a juicio de la encartada, era menester para la imposición de la sanción, cabe destacar que ello no viene impuesto por la normativa, por manera que, para la atribución de responsabilidad, basta la sola constatación de la falta. VII. 3. En igual sentido, la invocada subsanación de los incumplimientos y la premura con que la sancionada aduce haber actuado -aun en el hipotético supuesto de haber quedado comprobados tales extremos-, no forma óbice a la imposición de la sanción. Muy por el contrario, la excusa ensayada por la recurrente, lejos de ser hábil para exculparla, constituye una lisa y llana admisión de la falta y de la consecuente responsabilidad. Es que la infracción queda consumada con la sola verificación del incumplimiento, sin perjuicio de que, con posterioridad, el incumplidor corrija las irregularidades detectadas, pero ello no puede servir, en modo alguno, para borrar el carácter infraccional del hecho ni, por ende, erigirse en una causal de eximición de responsabilidad, sino que, muy por el contrario, comporta únicamente el cumplimiento -bien que intempestivo- de las obligaciones a su cargo (doc. esta Sala, ?Compañía Química y Agroquímica Argentina SA c/ Sedronar s/ Registro Nacional de Precursores Químicos - Ley 26.045 - Art. 16?, causa n° 1.042/15, del 20/10/16; ?Metrópolis Casa de Cambio SA y otros c/ BCRA - Resol. n° 601/10 - Expte. n° 100.457/06 - Sum. Fin. n° 1189?, causa n° 10.082/11, del 15/09/11; Sala IV, ?Banco de Valores SA y otros c/ CNV s/ Mercado de capitales - Ley 26.831 - Art. 143?, causa n° 41.311/14, del 20/10/16; Sala V, ?Telecom Argentina SA c/ EN - CNC - Resol. n° 750/02 s/ Proceso de conocimiento?, causa n° 7.540/05, del 29/05/08). VII. 4. De igual modo, carece de todo asidero la aseveración de la recurrente en cuanto a que debió haber sido sancionada con una mera advertencia. En primer término, al margen de que la falta de tapadas reglamentarias y advertencias de tuberías subterráneas no constituyó el único incumplimiento endilgado a la contratista, ha de destacarse que la recurrente pasa por alto que la NAG 113 contiene un régimen de penalidades, que prevé sanciones de apercibimiento, suspensión o inhabilitación, según la gravedad del incumplimiento en que incurra el contratista (art. 37). En el caso, las faltas atribuidas no se subsumen en los supuestos contemplados para la aplicación de sanción de apercibimiento, sino -tal como se dejó sentado en la resolución sancionatoria (ver, en especial, fs. 170)-, en aquellos enumerados en el art. 37.B, inciso 1), apartados b y c, para la sanción de suspensión, esto es, el inicio de los trabajos por el contratista sin la inspección correspondiente, y la deficiente ejecución de los trabajos que pudieran afectar la seguridad de las personas y bienes de los usuarios o terceros. A mayor abundamiento, no debe perderse de vista que, como principio, la elección de la sanción a imponer es resorte primario del titular de la potestad sancionatoria (en el caso, la Distribuidora de Gas del Centro SA), quien cuenta con un razonable margen de apreciación, por lo cual la función judicial no puede reemplazar la acción de los otros poderes, ni asumir sus responsabilidades o sustituirlos en las

facultades que a ellos les conciernen (doc. Sala III, ?Lamaga SRL - TFN 25.088-I c/ Dirección General Impositiva?, del 10/04/08; ?Obras Civiles SA - TF 20.336-I c/ Dirección General Impositiva?, del 16/04/08). En el mismo orden de ideas, en cuanto a la calificación de la sanción como excesiva, efectuada por la recurrente (más allá de que, como se dijera, además del reproche formulado por la distribuidora por falta de tapadas reglamentarias y de advertencia de tuberías subterráneas, en el marco del presente sumario se constataron otros incumplimientos), lo cierto es que aquélla no formuló -como era imprescindible- una crítica expresa, específica y fundada, en concreta referencia a las particulares circunstancias de la causa, de los fundamentos utilizados por la distribuidora -confirmados luego por el ente regulador- en orden a determinar los incumplimientos achacados, la sanción aplicada y su cuantía. Así, la encartada no ha aportado elementos de juicio que evidencien que la sanción impuesta hubiere sido fijada con prescindencia de las circunstancias del caso o exorbitando los parámetros estipulados por la normativa aplicable (régimen de penalidades establecido en la NAG 113, cuyos términos no han sido puestos en tela de juicio), ni ha logrado acreditar -y tampoco lo advierte este Tribunal-, que el castigo aparezca irrazonable o que no guarde adecuada proporción con las infracciones debidamente comprobadas y su magnitud, los antecedentes de la encartada y la entidad de los intereses en juego y los bienes jurídicos tutelados, -que conciernen directamente a la seguridad en las personas y bienes de usuarios y terceros-, sin que la sola caracterización de la sanción como excesiva tenga entidad suficiente para demostrar la arbitrariedad o el exceso de punición. VII. 5. En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar los agravios bajo análisis. VIII. De igual modo, la alegada irrelevancia de los hechos infraccionales en relación a la extensión y magnitud de las redes de gas cuya construcción tenía a cargo la contratista, no es idónea para purgar la falta. Máxime, tomando en consideración que -vale insistir- las faltas comprobadas en la instrucción comprometen y ponen en juego la seguridad de las personas y bienes de usuarios y terceros (ver, en este sentido, art. 37, inc. B, ap. 1.c, NAG 113, y Resol. Enargas MJ n° I/096, art. 3°). En este orden, la distribuidora señaló que el ejercicio de la potestad sancionatoria tenía como objetivo ?velar para que el sistema de distribución de gas natural sea construido, operado y mantenido en condiciones tales que no constituyan un peligro para la seguridad de las personas (empleados, usuarios y público en general) y bienes? (ver contestación del traslado del recurso presentado por la sancionada ante el Enargas, en especial, fs. 49). IX. Tampoco resulta atendible la justificación sustentada en la complejidad de la normativa vigente. Es que -al margen de que la característica primordial de las leyes es su obligatoriedad o imperatividad, por lo que se presumen iure et de iure conocidas por todos (arts. 2, 20 y 923, Código Civil; arts. 5 y 8, Código Civil y Comercial)-, dada la profesionalidad que exhibe la contratista y el carácter eminentemente técnico de la actividad que desarrolla, debió conocer las condiciones reglamentariamente exigidas para el desarrollo de la actividad, y estaba obligada a obrar con especial celo y particular cautela en el desempeño de la tarea a su cargo. Más aún, tomando en cuenta que -cabe insistir- las infracciones cometidas involucran la seguridad pública, por lo que cabe presumir que, en razón de la delicada función que se le encomendó, y teniendo en cuenta su experiencia y especialización, actuará sin ligereza, adoptando todas las diligencias apropiadas, según lo exijan las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arts. 512 y 902, Código Civil y, en sentido análogo, arts. 1724 y 1725, Código Civil y Comercial; doc. esta Sala, ?Blasevich Talleres Manuales e Industriales c/ EN - Fábrica Militar V. y C. - Licitación 181/88 s/ Contrato de obra pública?, causa n° 8.739/10, del 24/06/10; Sala I, ?Castro Jorge Adrián y otro c/ PEN - Ley 25.561 - Dtos. 1570/01 214/02 - Río s/ Daños y perjuicios?, causa n° 13.348/04, del 06/11/14; ?Guado SA c/ AFIP - DGI - Giles y otros s/ Proceso de conocimiento?, causa n° 25.431/01, del 14/09/15; Sala IV, ?Irsa Inversiones y Representaciones SA y otros c/ CNV - Resol. n° 17.051/13 - Expte. n° 1925/10?, causa n° 17.429/13, del 08/10/15; ?Central Térmica Güemes SA c/ Resol. n° 1650/98 - Enre - Expte. n° 4689/98?, del 05/12/02; Sala V, ?Supercemento SAIC c/ EN - FAA - M° de Defensa s/ Contrato administrativo?, causa n° 41.060/95, del 07/03/01). X. De conformidad con todo cuanto se lleva desarrollado, debe rechazarse el recurso interpuesto por Coopi. En consecuencia, ha de confirmarse la Resolución Enargas MJ n° I/715 y, por lógica y necesaria implicancia, su antecesora, Nota GTO/O n° 6240-11, dictada por la Distribuidora de Gas del Centro SA (Ecogas), en cuanto impuso a la Cooperativa sanción de suspensión en el Registro de Contratistas de Obra, por el plazo de dos años, en el marco de la obra ?Provisión de gas natural a vecinos del Barrio Costa Azul - Villa Carlos Paz - Provincia de Córdoba' (Proyecto DC n° 00683/035). XI. Atento el resultado del recurso, y teniendo en cuenta que no se vislumbran motivos que ameriten apartarse del principio general de la derrota, corresponde imponer las costas a la recurrente vencida en autos (art. 68, primer párrafo, CPCCN). Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: Rechazar, con costas, el recurso interpuesto por Coopi y, en consecuencia, confirmar la Resolución Enargas MJ n° I/715 y su antecesora, Nota GTO/O n° 6240-11, emitida por la Distribuidora de Gas del Centro SA (Ecogas). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. MARÍA CLAUDIA CAPUTI JOSÉ LUIS LOPEZ CASTIÑEIRA LUIS MARÍA MÁRQUEZ 021525E