

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 22 días del mes de abril de 2002, se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados "Fank Vicente Antonio c/Dirección Provincial de Energía s/contencioso administrativo", expte. N°: 782/99 de la Secretaría de Demandas Originarias, habiendo resultado que debía observarse el siguiente orden de votación: Magistrados José A. Salomón y Francisco Justo de la Torre.

ANTECEDENTES

I. Mediante acción contencioso administrativa, la parte actora interpone demanda en contra de la Dirección Provincial de Energía, solicitando que se revoque la Resolución D.P.E. N° 201/98 emitida el 26 de agosto de 1998 -por razones de ilegitimidad-. Se reconozca, en consecuencia, el derecho del actor a presentarse como representante técnico en las licitaciones públicas que tengan por objeto el proyecto y la ejecución de redes eléctricas de baja y media tensión, con costas (v. fs.26).

Expone que, en el caso, ha pretendido ejercer su derecho constitucional de trabajar y obtener el respeto de la garantía de igualdad ante la ley, previstos por los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional, al presentarse ante un Ente Autárquico del Estado Provincial, aspirando a acceder al cargo de Representante Técnico de empresas que coticen la construcción de redes de baja y media tensión para la Dirección Provincial de Energía. Ello, teniendo en consideración las incumbencias de su título profesional.

Mediante el dictado de la Resolución atacada, el Presidente de la Dirección Provincial de Energía ha desconocido las normas legales que regulan el ejercicio de la profesión de ingeniero civil y sus incumbencias, y los principios básicos del Derecho Administrativo, transgrediendo los límites impuestos a la actividad discrecional del Estado.

Señala que la decisión administrativa que impugna es ilegítima por irrazonable, extremo que se constituye por el hecho de exigir un título determinado para la realización de tareas que pueden desempeñarse con la misma aptitud técnica por quienes poseen otros títulos igualmente habilitantes.

Arguye que el acto atacado incurre en desviación de poder, por cuanto no se hace referencia al motivo, al objeto o a la finalidad del mismo. Por el contrario, interpreta que en varios de sus considerandos se alude al mas puro voluntarismo de la Administración sin sujetarse a norma alguna.

El acto cuestionado viola el principio de buena fe, toda vez que la exclusión de los ingenieros civiles en la realización de tareas para las cuales están legalmente habilitados, permite suponer la intención de favorecer a unos profesionales respecto de otros sin argumentación técnica ni jurídica, quebrantando el principio de buena fe.

Se ignoran los límites técnicos, y que siendo la actividad administrativa en muchos aspectos, sustancialmente técnica, la discrecionalidad que las normas jurídicas le otorgan al administrador no significa habilitarlo para actuar en contra de las reglas técnicas cuando éstas son claras y uniformes.

La Dirección Provincial de Energía se aparta claramente del análisis técnico al soslayar la participación de los ingenieros civiles en la realización de trabajos para los cuales el título profesional los habilita. Quien determina las incumbencias de cada profesión es el Estado, a través de los organismos competentes, tomándose en cuenta los planes de estudio y los conocimientos adquiridos al obtener el título universitario.

Contra la resolución cuestionada, se interpuso oportuno recurso de Alzada ante el Gobernador de la Provincia, quien lo rechazó mediante Decreto N° 2600/98, con fundamento en lo sostenido por el Asesor Letrado de la Provincia en su Dictamen n° 1314/98. La resolución emitida se asienta parcialmente en la opinión del Consejo Profesional de Ingeniería Civil, extractando lo necesario para concluir en forma

contraria a su posición, al considerar excluidas de tales incumbencias a “las correspondientes a la ingeniería especializada” (fs. 31/32), concluyendo que la representación técnica en la ejecución de redes de baja y media tensión es una actividad especializada considerada entre las “excepciones”, sin advertir que el propio Consejo sostiene la incumbencia del título de Ingeniero Civil para la representación técnica de tales obras.

Al poseer el título de Ingeniero Civil, se encuentra habilitado para realizar el proyecto y representación técnica de obras de tendido de redes eléctricas de baja y media tensión, de conformidad con lo dictaminado por el Consejo Profesional de Ingeniería Civil, con fecha 22 de octubre de 1997 y su ampliación del 7 de enero de 1998, en el marco del Decreto Ley 6070/58 (ley 14.467) y Resolución del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación N° 608/87 - Anexo I, inc. c).-

Formula, finalmente, reserva de plantear el Caso Federal, ofrece prueba (fs. 36/37), funda el derecho que le asiste (fs.34) y peticona que en su oportunidad se haga lugar a la demanda en todas sus partes, revocando el acto administrativo impugnado por el cual se le niega el derecho de ejercer su profesión en materias incluidas dentro de las incumbencias de su título universitario, con costas (v. fs. 39).

II. Declarada la admisibilidad formal de la causa, a fs. 46, se da traslado de la misma al Presidente de la Dirección Provincial de Energía que contesta a fs. 89/98, solicitando se rechace la demanda en todas sus partes, con costas.

Manifiesta que la demandada ejecuta por sí o por terceros todas las obras eléctricas de la Provincia. Explica que las contrataciones a terceros se efectúan conforme lo establecen los arts. 25 y 26 de la Ley Territorial 6 de Contabilidad, el Decreto Territorial 292/72 y la Ley nacional n° 13.064 de Obras Públicas, confeccionándose los pliegos licitatorios correspondientes. En la elaboración de los pliegos no se ha violado el principio de legalidad y que es la D.P.E. el organismo que formula las condiciones de contratación conforme su objeto y finalidad, a través de las cláusulas generales, las particulares y las especificaciones técnicas, determinando a su vez mediante sus técnicos y especialistas en la materia, el perfil de los profesionales contratados para la ejecución de las obras.

Menciona las responsabilidades que asume el Representante Técnico de una obra pública, de conformidad con lo establecido por el Decreto ley 6070/58, ratificado por ley 14.467 y los Consejos Profesionales encargados de llevar la matrícula correspondiente a cada título profesional. Compete a los Consejos estudiar el alcance de los títulos de sus matrículas y dictaminar sobre asuntos relacionados con el ejercicio profesional.

Es el propio actor quien, por otra parte, a sus presentaciones ante la Dirección Provincial de Energía ha agregado la Resolución n° 608/87 del Ministerio de Educación y Justicia, que fija las incumbencias profesionales del título de Ingeniero Civil que otorga la Universidad Nacional de Córdoba, para egresados hasta el año 1984 inclusive. En el Anexo I de esa Resolución, inciso c), se establece como incumbencia del título de Ingeniero Civil, egresado de la Universidad Nacional mencionada: “el estudio proyecto, dirección y construcción de obras destinadas al aprovechamiento y transformación de la energía, exceptuando las correspondientes a la ingeniería especializada”.

Analizando la norma, interpreta que el texto se refiere a la “energía” en general y no a la energía eléctrica. No es el Consejo Profesional de Ingeniería Civil el organismo que debe expedirse al respecto, sino el Consejo Profesional de Ingeniería Mecánica y Electricista y en última instancia, es competencia de la Junta Central de Consejos Profesionales de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería el dirimir la cuestión (conf. art. 20 inc. 6) Dec. 6070/58).

La interpretación propuesta se respalda en la consulta realizada al Consejo Profesional de Ingeniería Mecánica y Electricista, emitiendo éste el día 1° de diciembre de 1997 la nota n° 552/97, en la cual sostiene que las actividades de distribución de energía eléctrica de media y baja tensión son propias de la Ingeniería Especializada y por ello no tiene competencia sobre ellas la Ingeniería Civil.

Funda el derecho que entiende le asiste (fs. 96, punto X), ofrece prueba (fs. 97, punto XI), peticionando a fs. 98 que se rechace la demanda, con costas a la accionante.

V. El Ministerio Fiscal ante el Cuerpo dictamina a fs. 256/257, proponiendo el dictado de una medida para mejor proveer, consistente en un informe del Rectorado de la Universidad de Córdoba. Producida la prueba ordenada, nuevamente dictamina a fs. 275.

VII. Llamados los autos para el dictado de la sentencia, el Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es fundada la demanda?

Segunda: ¿Qué decisión corresponde dictar?

A la primera cuestión el Juez José Antonio Salomón dijo:

1. La pretensión del accionante radica en que se deje sin efecto la Resolución DPE n° 201/98 del 26 de agosto de 1998 y se determine hacia el futuro, su derecho a presentarse como representante técnico en las licitaciones públicas que efectúe la Dirección Provincial de Energía y que tengan por objeto el proyecto y la ejecución de redes eléctricas de baja y media tensión.

2. Resulta necesario recordar, como presupuesto metodológico para abordar el presente asunto, acerca de los límites conceptuales del proceso de licitación que éste “consiste en un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una “previa” justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el “precio” más conveniente para la Administración Pública”.(conf. Miguel S. Marien hoff, Tratado de Derecho Administrativo, T° III-A, p. 163:

Las características concretas de la cosa a construir o a entregar, o del trabajo o servicio a realizar, como objeto del respectivo contrato, son fijadas de antemano por la Administración Pública en el pliego de condiciones (cláusulas particulares), conforme lo requieren el reglamento de las contrataciones del Estado y la Ley de Obras Públicas n° 13.064 (arts. 4, 11 y 12).

En cuanto a la idoneidad técnica, moral y financiera de los eventuales oferentes, es de advertir que debe hallarse acreditada “a- priori”. Se parte de la base de que todos los que intervienen en una licitación -por haberse admitido su inscripción en el respectivo registro- tienen responsabilidad moral, técnica y financiera; de lo contrario no se les habría inscripto. Es eso lo que ocurre en ordenamientos jurídicos como el nuestro, donde, como regla general, para intervenir en licitaciones estatales, existe la obligación de estar inscripto en el registro pertinente (de proveedores del Estado, de constructores de obras públicas, etc.) (P. 164, ob. y aut. cit.).

Seguidamente dicho autor señala que “Todo lo relacionado con la justificación de la moralidad, y solvencia económica y técnica de los eventuales cocontratantes del Estado, es ajeno a la etapa “licitación”, correspondiendo exclusivamente a aquella de la “previa” inscripción en el registro pertinente. Lo relativo a la inscripción en el registro es, pues, de fundamental importancia en el régimen de contrataciones del Estado” (p. 170 ob. y aut. citado).

Luego, remarcando la importancia de la condición de inscripto en los registros de constructores y/o proveedores, categóricamente afirma: “Sería inconcebible que la Administración Pública inscriba en el Registro de Proveedores del Estado o de Constructores de Obras Públicas - inscripción que por sí misma implica, o debe implicar, toda una garantía de moralidad y de eficiencia técnica y financiera- a personas cuyos antecedentes y situación no justifiquen tal reconocimiento”.

Analizando la normativa vigente, debe señalarse que el acto de inscripción resulta un requisito de idoneidad que opera como condición de legitimidad para que el acto administrativo sea acorde a derecho. En ese sentido, M^ó refiere que: “en nuestra ley, la inscripción del contratista constituye una suerte de capacitación específica que se debe ostentar a los fines de constituirse en posible adjudicatario.” (M^ó F. Fernando F., “Régimen Legal de las Obras Públicas”, p. 132)

Concluye entonces afirmando que: “La idoneidad técnica, moral y financiera de los eventuales oferentes o licitadores debe quedar acreditada con anterioridad al acto de licitación. Ello es así porque sólo pueden intervenir en licitaciones las personas o entidades inscriptas en los respectivos registros, o las que, sin estar inscriptas, sean de notoria solvencia o la índole de la negociación justifique la exención de tal requisito.

Esa es, precisamente, la ratio juris de los expresados registros.

3. Sobre tales bases, debe entenderse, que el interesado interviene en la licitación, la que entonces queda circunscripta a establecer el mejor “precio” con relación al objeto del contrato, cuyas especificaciones constan detalladamente en el pliego de condiciones”. (p. 166 ob. y aut. cit.).

En la Provincia de Tierra del Fuego, la cuestión se enmarca en lo dispuesto por el Título III del Capítulo II (Contrataciones) de la Ley Territorial n^o 6, conforme lo normado por el art. 133 de la Ley 495; el Decreto reglamentario n^o 292/72; el Decreto Territorial n^o 2866/84; la Ley Nacional de Obras Públicas n^o 13.064; y el Decreto Ley 6070/58 ratificado por Ley 14.467, ambos por aplicación del art. 14 de la Ley 23.775.-

El art. 34 de la Ley de Contabilidad establece que el Poder Ejecutivo reglamentará lo atinente a las condiciones de contratación y las inscripciones en los registros.

Reglamentando el Registro de Proveedores del Estado Territorial, el art. 34 del Decreto 292/72, dispone su centralización en la Contaduría General y determina los requisitos para la inscripción de los proveedores, estableciendo que los organismos dependientes de la Administración deberán llevar una réplica del registro de proveedores, que será de aplicación en todas las contrataciones que efectúen (inc. 29).

4. Ahora bien, mediante el Decreto 2866/84 fue creado el Registro Territorial de Contratistas y Empresas de Obras y Trabajos Públicos, en el ámbito del Ministerio de Obras, Servicios Públicos y Vivienda, que obliga a la administración a contratar las obras, trabajos o servicios que ejecute, únicamente con los inscriptos en dicho Registro.

Este es el sistema de contrataciones vigente en la Provincia, toda vez que a la fecha no se ha sancionado el proyecto de ley previsto por el art. 130 de la ley 495. El actor no invoca ni acredita hallarse inscripto en este registro provincial.

El actor no invoca ni acredita hallarse inscripto en este registro provincial.

Reafirmando lo expuesto en cuanto a la importancia de la inscripción registral previa del cocontratante, expone Bezzi que : “Tanto en la licitación pública como en la privada, los posibles contratantes deben surgir de un Registro -que confiere a dicha demanda un carácter restringido- y que a la vez que posibilite acreditar “prima facie” la idoneidad moral requerida para concertar un contrato de buena fe con el Estado, justifique su capacidad técnica y financiera, como empresa que promete un resultado.(ver Bezzi, Osvaldo Máximo, El contrato de obra pública, 2^o ed., ampliada y actualizada, 1982, ed. Abeledo Perrot, p. 39).

5. Resulta imprescindible, que la Administración Pública conozca adecuadamente a las empresas que operan en el ramo de obras públicas; sus bienes, equipos, balances, dirigentes, antecedentes, y toda otra referencia que permita suponer el leal cumplimiento de las obligaciones que contraerán y que están capacitadas técnica y financieramente para afrontar la construcción de la obra de que se trate. El Registro permanente es el medio idóneo para establecer las condiciones en las que desenvuelven su actividad estos importantes colaboradores de la Administración Pública.

El aporte de documentación requerida al efecto y el sometimiento a la fiscalización administrativa son condiciones legales impuestas a quienes aspiren a ser contratistas de obras públicas y este examen responde a una obligación estatal inherente al manejo de los fondos públicos (aut. y ob. cit., p. 40).

Con relación al funcionamiento de estas comisiones, denominadas de Preadjudicación o de Clasificación, afirma Bezzi: "La Comisión de Clasificación está facultada para requerir los elementos de juicio necesarios para establecer la especialización, capacidad técnica, financiera y la mayor producción desarrollada anteriormente" (aut. y ob. cit., p. 45).

6. En relación al título profesional invocado por el actor, cabe destacar que acompaña escasa documentación probatoria del mismo.

Obsérvese que de la copia simple del certificado de estudios expedido a los veintiún días del mes de julio de 1990 (fs. 25) no surge el año de egreso de la carrera y la pieza es una "copia simple", carente como tal, de valor probatorio. Es decir, se carece de documentación que avale tanto la condición profesional invocada, como la fecha de egreso de la Universidad.

Sin perjuicio de ello, y ante el expreso reconocimiento formulado por la demandada, quien en su escrito de responde (ver fs. 90 punto II último párrafo) "reconoce" que el actor es Ingeniero Civil egresado de la Universidad de Córdoba en el año 1982, le resulta aplicable en consecuencia, el Anexo I de la Resolución de excepción n° 608/87 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación en cuanto a las incumbencias profesionales del título de Ingeniero Civil.

Con directa relación a las incumbencias profesionales del título de Ingeniero Civil, surge de las constancias de autos que se han producido diferencias de interpretación entre el Consejo Profesional de Ingeniería Civil y el Consejo Profesional de Ingeniería Mecánica y Electricista, en cuanto al alcance de la mencionada Resolución ministerial.

El ejercicio de la ingeniería en jurisdicción nacional (y para nuestra provincia por aplicación del art. 14 de la Ley de Provincialización n° 23.775), está sujeta a las determinaciones del Decreto Ley 6070/58, disposiciones complementarias y las normas de ética profesional.

El artículo 5° del Dec-Ley 6070/58 establece que las funciones para las cuales capacita cada título (incumbencias) serán determinadas exclusivamente por las Universidades Nacionales que los expidan, reconozcan o revaliden, para lo cual deberán tomar en consideración los proyectos que propicie la Junta Central con arreglo a lo dispuesto por el art. 20 inc. 11).

Entre las funciones que la ley asigna a la Junta Central de los Consejos Profesionales de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, cabe destacar -por su aplicación al caso- la de resolver los diferendos que se produzcan entre los Consejos, siendo sus resoluciones obligatorias e inapelables (inc. 6), la de proporcionar a los Consejos la asistencia que le soliciten acerca de asuntos atinentes al ejercicio profesional, resolviendo cuestiones o evacuando consultas (inc.7) y la de proponer a las Universidades Nacionales la sanción de las resoluciones que fijen el alcance de los títulos que ellas expiden y sus ulteriores modificaciones, de acuerdo con las medidas que el ejercicio profesional imponga y propugnar su observancia por parte de las reparticiones públicas y personas privadas (inc. 11).

En cuanto a la atribuciones de los Consejos Profesionales, el art. 16 prevé que les corresponde -entre otras-, la de estudiar el alcance de los títulos de sus matrículas y elevar a la Junta Central a los efectos de lo dispuesto en el inc 11 del art. 20, los proyectos respectivos (inc. 6), dictaminar, por orden judicial o a solicitud de autoridad competente, de matriculados o de particulares, sobre asuntos relacionados con el ejercicio profesional (inc. 8).

Asimismo, en virtud del art. 39, las autoridades judiciales, las reparticiones públicas nacionales y municipales y las empresas del Estado, deben exigir el estricto cumplimiento del Decreto Ley 6070/58.

7. Con respecto a las incumbencias profesionales del título de Ingeniero Civil que otorga la Universidad de Córdoba, el Ministerio de Educación y Justicia de la Nación debió emitir con carácter excepcional la Resolución n° 608/87, de fecha 17 de diciembre de 1987, por medio de la cual en su art. 2° se fijan como incumbencias profesionales de dicho título para quienes hubieren egresado entre el año 1980 y 1984 inclusive las que se explicitan en el Anexo I de dicha Resolución.

El inc. c) del mentado anexo, contempla “el estudio, proyecto, dirección y construcción de obras destinadas al aprovechamiento y transformación de la energía, exceptuando las correspondientes a la ingeniería especializada”, y el inc. II) establece la de “proyectar, dirigir y realizar instalaciones térmicas, mecánicas y eléctricas, exceptuando la parte correspondiente a la ingeniería especializada.

7. Realizado el encuadre normativo de la cuestión, cabe analizar las probanzas arrimadas a las actuaciones.

A fs. 20/21, 127/130, 189/190, lucen los informes producidos por el Consejo Profesional de Ingeniería Civil. Se desprende de los mismos que para dicho Consejo, las actividades relacionadas con una red de distribución de energía eléctrica encuadran en el inc. c) del Anexo I de la Resol. MEJ n° 608/87. Al tratarse de obras de aprovechamiento de la energía, resultan incumbencia del título de Ingeniero Civil expedido por la Universidad Nacional de Córdoba.

Por su parte, el Consejo Profesional de Ingeniería Mecánica y Electricista, dictaminó mediante nota COPIME N° 552/97, de fecha 4 de diciembre de 1997, que las actividades de distribución de energía eléctrica en media y baja tensión, son propias de la Ingeniería Especializada, no teniendo por lo tanto competencia sobre ellas la Ingeniería Civil (ver fs. 139/184).

Es claro que, sin adentrarse a precisar el correcto alcance y contenido conceptual del término “ingeniería especializada”, ambos consejos profesionales discrepan en cuanto a las incumbencias del título de Ingeniero Civil, concretamente con relación a las actividades vinculadas a la distribución de la energía eléctrica en media y baja tensión.

En el mismo sentido que el COPIME, se expidió el Colegio de Ingenieros Especialistas de Córdoba, mediante informe de fecha 23 de marzo de 2000, agregado a fs. 131, al contestar: “... a) Sí, las actividades de distribución de energía eléctrica en media y baja tensión son propias de la Ingeniería Eléctrica, una de las que se conocen en forma genérica como Ingeniería Especializada.”

Con ello, se interpreta que debe excluirse de las incumbencias del título de Ingeniero Civil, el tendido de redes eléctricas de media y baja tensión.

En los dictámenes producidos por el Consejo Profesional de Ingeniería Civil, puede apreciarse, que nada se dice sobre la excepción a las incumbencias del título que se hallan contenidas en los incs. C) y II) de la Resolución MEJ N° 608/87, con referencia a “la parte correspondiente a la ingeniería especializada”.

A modo de ejemplo y únicamente como pauta valorativa al solo efecto de desentrañar cuáles son las actividades que se encuentran comprendidas en el término “ingeniería especializada”, resulta útil transcribir el art. 1° del Decreto n° 1402, reglamentario de la Ley n° 7673 de la provincia de Córdoba, que rige la actividad profesional del Ingeniero Especialista en aquella jurisdicción: “Entiéndese por Ingeniero Especialista todo aquel profesional de la Ingeniería en las especialidades mecánica, electricista, electrónica, química, aeronáutica, laboral, sistemas de información, metalúrgica, industrial, etc., así como otras que en el futuro se creen o desarrollen en el devenir científico o tecnológico.”

Sin perjuicio de lo reseñado en el párrafo anterior, de todo el plexo normativo analizado resulta claro que para dirimir correctamente la cuestión, debe estarse a lo que determine la Junta Central de Consejos Profesionales de Ingeniería, en virtud de lo normado por el art. 20 inc. 11 del Decreto Ley 6070/58.

El informe respectivo fue peticionado por el organismo demandado y habiéndose diligenciado el oficio

respectivo (ver fs. 187), no ha sido contestado.

Sin embargo, cuadra mencionar que si bien esta prueba informati va ha sido oportunamente solicitada por la parte demandada, la falta de esclarecimiento de este aspecto fundamental, provoca una orfandad probatoria, que por aplicación de la doctrina del onus probandi, cabe atribuir a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto por el art. 46 del CCA y art. 375 del CPCCLRyM, sin que ello -claro está- obste a la apreciación de la totalidad de la prueba producida, conforme las reglas de la sana crítica.

En las “Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático”, celebradas en Junín en octubre de 1992, la Comisión de Derecho Procesal formuló la siguiente declaración: “Las reglas vigentes acerca de la distribución de la carga de la prueba -que no obstan a la iniciativa probatoria del tribunal- deben ser preservadas como viga maestra en la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso. A tal efecto, puede ser útil someterlas también a las reglas de la sana crítica, tal como por ejemplo lo dispone el Código General del Proceso de Uruguay”.

Es la doctrina del ordenamiento procesal civil y comercial provincial, prevista en sus arts. 375 y 376 y que resulta de aplicación atento lo dispuesto por el art. 16 del CCA.

Sostiene Morello que “la dimensión social en la que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el Derecho, con referencia al proceso judicial coloca en un nivel protagónico no sólo a la voluntad y al interés de las partes (que desde el ángulo de mira de la prueba “deben” aportar lo que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de la omisión o indebida atención de este imperativo), pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas, o sin arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor o el demandado, pese a hallarse en las mejores condiciones de traducir su cooperación al resultado trascendente del servicio sólo se escudó en la quiebra de la misma. ... Ante este cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas” (Augusto Mario Morello, “La prueba, tendencias modernas, ed. LEP SRL, 1991, p. 60).

No corresponde apartarse de las conclusiones que en uso de facultades que le han sido conferidas por ley, pueda extraer la Junta Central de los Consejos para resolver el asunto, toda vez que su interpretación no puede ser suplida por este Tribunal y dicha prueba no ha sido ofrecida por la parte actora, quien deberá cargar las consecuencias de tal omisión.

8. A mayor abundamiento, tanto el COPIME como el Colegio de Ingenieros Especialistas de Córdoba, se expidieron en forma contraria a las pretensiones del accionante, en cuanto a incluir entre las incumbencias de su título de ingeniero civil, el desarrollo de actividades vinculadas al tendido de redes eléctricas de media y baja tensión.

Realizado el pormenorizado examen de las probanzas colectadas, y ponderándose el obligatorio acatamiento a los dictámenes de la Junta Central de los Consejos Profesionales de Agrimensura, Arquitectura e Ingeniería, por parte de las autoridades judiciales, las reparticiones públicas nacionales y municipales y las empresas del Estado -tal como prescribe el art. 39 del Decreto Ley 6070/58-, cabe concluir que sin contar con su autorizada opinión, no puede afirmarse que la Resolución D.P.E. Nº 201/98 resulta irrazonable o ilegítima, ni que la Dirección Provincial de Energía ha ignorado los límites técnicos, toda vez que la redacción de las reglas de incumbencia profesional del título de ingeniero civil no resulta clara ni uniforme para su interpretación; y por ello, tampoco puede decirse que la administración hubiere violado el principio de buena fe en el dictado de la citada resolución.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo a los extremos conceptuales revisados, voto por la negativa.

A la primera cuestión el Juez Francisco de la Torre dijo:

1. Conforme surge de los antecedentes de la causa, Vicente Antonio Fank promueve acción contencioso administrativa solicitando se deje sin efecto la Resolución D.P.E. N° 201/98 emitida por el presidente del ente demandado, porque entiende que ese acto administrativo vulnera su derecho constitucional de trabajar y no respeta la garantía de igualdad ante la ley, previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Nacional, al no permitirle acceder al cargo de Representante Técnico de empresas que coticen la construcción de redes de baja y media tensión para la Dirección Provincial de Energía.

Previo a ingresar al tratamiento del fondo de la cuestión creo conveniente formular algunas apreciaciones en orden a la delimitación del thema decidendum.

De constancias del expediente administrativo N° 156/98, puede observarse que el accionante presentó una nota a la D.P.E. con el objeto de solicitar la habilitación para realizar la Representación Técnica de la Empresa Gonzalo Yanzi en el concurso de precios N° 21/97 (v. nota del 3/10/97, obrante a fs.3 del cit. expte. adm.). El pedido fue desestimado por Nota N° 1961/97 D.P.E. de fecha 6/10/97 (v. fs.4, expte. adm.cit.).

A continuación, el Sr. Fank -entendiendo que su título profesional lo habilitaba para efectuar Proyectos y Representación Técnica en Redes Eléctricas de Baja y Media Tensión- solicitó al presidente de la D.P.E. ser considerado para “futuros llamados a cotización” (v. fs. 6 de estas actuaciones); petición que concreta con mayor precisión con la nota de fecha 14/4/98, obrante a fs.34/36 del expediente administrativo citado.

Esa nueva presentación implicó un cambio en la petición de la actora, dejando de lado su interés por intervenir en el concurso de precios N° 21/97, para pasar a reclamar al organismo demandado el dictado de una resolución que -a futuro- lo autorice a presentarse en nuevos concursos o licitaciones en los que se soliciten profesionales para efectuar “Proyectos y Representación Técnica en Redes Eléctricas de Baja y Media Tensión”.

Aclarado ello, cabe adentrarnos al tratamiento de la cuestión.

2. El accionante critica la Resolución D.P.E. N° 201/98 porque entiende que:

- A) es ilegítima por irrazonable;
- b) Incurre en desviación de poder;
- c) Viola el principio de buena fe; y
- d) Ignora los límites técnicos.

Con el fin de guardar un orden metodológico, para el tratamiento de los distintos cuestionamientos seguiré en la exposición el esquema propuesto por el accionante.

3. Se afirma en primer lugar que la decisión impugnada en estas actuaciones es ilegítima por irrazonable, porque se exige un título determinado para la realización de tareas que pueden desempeñarse con la misma aptitud técnica por quienes poseen otros títulos igualmente habilitantes, constituyendo ello un acto discriminatorio que carece de todo sustento fáctico y jurídico, e importa un quebrantamiento de derechos constitucionales básicos (v. fs.28, punto a).

Discrepo con esa argumentación. En efecto, surgen de los considerandos de la resolución impugnada suficientes elementos que -a mi entender- cumplen con la carga de debida fundamentación y motivación que exige la ley de procedimiento administrativo, como presupuesto de validez del acto administrativo (art.99, inc. b y e, Ley 141).

En ese sentido, se desprende que la Dirección Provincial de Energía:

- Elabora unilateralmente los pliegos de licitación al convocar a licitaciones;
- Tiene la facultad para imponer unilateralmente y con efectos vinculantes, las cláusulas y condiciones que regularán la contratación y ejecución de la obra licitada, con la exclusiva limitación de que no pueden incluirse cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas en salvaguarda del principio de legalidad;
- El contrato administrativo es un contrato de adhesión, conforme lo sostiene en sus dictámenes la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina;
- Estas exigencias son valoradas y volcadas en las cláusulas del pliego por el ente licitante en resguardo de la plena satisfacción del cumplimiento del objeto de la licitación y del interés público;
- El límite de discrecionalidad en cuanto a los requisitos exigidos por los pliegos se encuentra en la naturaleza de la contratación y en que en aquellos no impliquen un procedimiento artificioso de selección de oferentes (cita del Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, Registro:163:303);
- No se viola el principio de legalidad al imponer la exigencia de que el representante técnico de las empresas que presenten sus ofertas en licitaciones de obras eléctricas, sea ingeniero electricista o electromecánico.
- Esta exigencia no va en desmedro de la calidad ni conocimientos de los ingenieros civiles, ni afecta su derecho de trabajar, ya que podrán participar como representantes técnicos en otras obras que encare la D.P.E.
- Se dio intervención al área legal de la D.P.E., emitiéndose el Dictamen A.L. D.P.E. N° 25/98, cuyo criterio se comparte íntegramente y se da por reproducido en la presente.

Los fundamentos de la Resolución D.P.E. N° 201/98 recién transcritos -en mérito a los cuales la Dirección Provincial de Energía rechazó la petición del Ingeniero Fank-, parten de un análisis lógico, razonado y circunstanciado de la materia en estudio; y, no obstante no ser compartidos por el citado profesional, dan sustento y se constituyen en presupuesto de validez de la resolución impugnada.

3. En cuanto a la mención que se hace de que “se exige un título determinado para la realización de tareas que pueden desempeñarse con la misma aptitud técnica por quienes poseen otros títulos igualmente habilitantes” (v. fs.28), debo señalar que -como bien se afirma en la Resolución D.P.E. N° 201/98- no se viola el principio de legalidad al imponer la exigencia de que el representante técnico de las empresas que presenten sus ofertas en licitaciones de obras eléctricas, sea ingeniero electricista o electromecánico.

En efecto, dos leyes de la Provincia de Córdoba (N° 7673 y N° 7674), regulan el ejercicio de la profesión de Ingeniero Especialista -en todas sus ramas- y el de la profesión de Ingeniero Civil.

El Decreto N°1402, reglamentario de la Ley N° 7673, que resulta una pieza insoslayable para la resolución del presente caso, establece en su artículo 1° lo siguiente: “Entiéndese por Ingeniero Especialista todo aquel profesional de la Ingeniería en las especialidades mecánica, electricista, electrónica, química, aeronáutica, laboral, sistemas de información, metalúrgica, industrial, etc., así como en otras que en el futuro se creen o desarrollen en el devenir científico o tecnológico”.

Por su parte, la Resolución N° 608 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (v. copia agregada a fs.201/208), que determina las incumbencias profesionales del título de Ingeniero Civil que otorga la Universidad Nacional de Córdoba, establece en el punto c) del ANEXO I que están habilitados para realizar “El estudio, proyecto, dirección y construcción de obras destinadas al aprovechamiento y transformación de la energía exceptuando las correspondientes a la ingeniería especializada” (lo resaltado me pertenece).

Enseña Borda que el Juez en la interpretación de la ley a veces amplía la aplicación de una regla más allá de lo que parecen ser sus límites lógicos y otras limita o restringe su aplicación a tales o cuales casos, declarando que no abarca tales otros, no obstante que de su enunciación general pareciera resultar lo contrario. Concluye su pensamiento señalando que “Interpretar la ley es, por consiguiente, establecer su recto sentido, en relación a un caso dado” (Guillermo A. Borda, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Ed. Abeledo-Perrot, 1991, t.I, pág.218).

Las normas legales citadas ut supra, analizadas a la luz del criterio interpretativo transcrito en el párrafo precedente, forman mi convicción en el sentido de interpretar restrictivamente las palabras empleadas por la ley, por ser el más próximo al entendimiento común.

La significación jurídica del término “exceptuando las correspondientes a la ingeniería especializada” no puede ser otra que la de limitar la incumbencia profesional de los ingenieros civiles en aquellas obras en las que -por su especificidad, como en el sub examine-, se encuentran habilitados para su realización los Ingenieros Especialistas con competencia en la materia, de conformidad con lo normado por la Ley N° 7673 y su decreto reglamentario N°1402.

Por ello, no puede alegarse que limitar la selección del modo en que se realizó constituya un acto discriminatorio o que se hayan quebrantado derechos constitucionales básicos, como lo afirma el accionante.

4. Se objeta por la actora, en aras de invalidar el acto administrativo, que la administración incurrió en desviación del poder.

Debo señalar que al presente agravio esgrimido por la parte actora lo encuentro huérfano de fundamentación. En efecto, de la lectura del punto b) del escrito de demanda (fs.28/29) -que es transcripción exacta del punto b) del recurso de Alzada presentado en sede administrativa (v. fs. 11/12)-, puede observarse que en la argumentación o desarrollo del tema el Ing. Fank se limita a dar un somero concepto de la teoría que invoca, transcribe luego -sólo en parte- considerandos de la resolución atacada, y remata su breve exposición achacando “voluntarismo de la administración”, por entender que no “parece estar dispuesta a sujetarse a norma alguna”.

La doctrina de la “desviación de poder”, que tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se extendió a principios del siglo pasado al resto del mundo, fue receptada en varios países (entre ellos la Argentina), por el derecho positivo (en el orden nacional, art. 7, inc. f, decreto-ley 19.549/72; y en nuestra provincia, art.99 inc. f, Ley N° 141).

Gordillo expresa que “Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley./ En efecto, cuando las normas del ordenamiento jurídico tienen una finalidad expresa o implícita que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad, no para realizar lo que les plazca en algún momento./ Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que la facultad que le confiere la ley está restringida y orientada al cumplimiento de su finalidad” (Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 1999, t.3, capítulo IX, págs.21/22).

El Tribunal Supremo español, que ha elaborado nutrida jurisprudencia sobre la temática en estudio, ha señalado que “Hay desviación de poder cuando la Administración persigue fines distintos -cualesquiera que fueran estos, incluso lícitos- de los exigidos por la norma” (v. sumario del fallo del STS de fecha 27 de Septiembre de 1985, Ar. 4794, citado por Juan Alfonso Santamaría Pastor y Luciano Parejo Alfonso, en “Derecho Administrativo-La Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1992, pág.367).

Es sumamente ilustrativo Gordillo al señalar tres supuestos en los cuales se entiende que un funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta: “El funcionario actúa con una

finalidad personal: trataríase de las hipótesis en que actuara con un fin de venganza, partidismo, lucro, etc. En estos casos, aunque el acto responda objetivamente a las condiciones expresamente exigidas por la ley, está viciado al contravenir la finalidad de la misma./ El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros: ello ocurre cuando, también aquí sin vulnerar objetivamente la ley, usa del poder administrativo con la finalidad de beneficiar a terceros: por ejemplo, si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etcétera.../ El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración: Este es un caso bastante común, y si acaso el que más, de desviación de poder. El funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista o de autopreservación, pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado. Trata así de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para la comuna: usa de las facultades que le confiere el estado de sitio (seguridad interna) para fines comunes de control de la moralidad; usa de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios, etcétera” (autor y ob. cits., Cap. IX, págs.24/25).

En cuanto a la prueba de la desviación de poder, explica Tawil que “En el supuesto de la desviación de poder deberá comprobarse...mediante la investigación de los hechos, que el acto ha sido dictado con miras a un fin distinto del previsto por la norma atributiva de la potestad” (Guido Santiago Tawil, “Administración y Justicia”, Ed. Depalma, 1993, pág. 404). Justamente es en esa comprobación, en donde ha fallado el accionante al no probar debidamente la alegada desviación de poder por parte del organismo demandado.

No se encuentra acreditado en autos que con su actuación la D.P.E. haya incurrido en alguno de los supuestos descritos por Gordillo. En ese aspecto, no ha aportado el accionante prueba documental, indiciaria o testimonial que objetiva y razonablemente indique que la exclusión del Ingeniero Civil Fank para intervenir en concursos o licitaciones en las que se soliciten profesionales para efectuar “Proyectos y Representación Técnica en Redes Eléctricas de Baja y Media Tensión”, conlleva favoritismos o intenciones persecutorias hacia su figura o profesión.

Todo lo contrario, la no inclusión del accionante en esas listas- como ya fue explicado ut supra- encuentra su fundamento legal en las mencionadas disposiciones normativas.

Por ello, al no probar el accionante que exista falta de armonía o divergencia entre el fin exigido por la ley y el fin alcanzado por el acto que objeta, cabe tener por infundada su afirmación de que la D.P.E. ha incurrido en desviación de poder.

5. Las razones expuestas en los dos puntos precedentes, forman mi convicción en el sentido de rechazar -asimismo- la alegada violación del principio de buena fe y la afirmación de que se han ignorado los límites técnicos.

En efecto, la decisión de la D.P.E. -de exigir el título de ingeniero electricista o electromecánico para efectuar Proyectos y Representación Técnica en Redes Eléctricas de Baja y Media Tensión-, fue tomada desde el inicio de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del inciso c) del Anexo I de la Resolución N°608 M.E.J. antes citada (v. fs.5 vta. del expte. adm. N°156/98) y tuvo en mira el seleccionar para realizar esa tarea a quienes -por la incumbencia profesional específica que resulta de su capacitación de acuerdo al curriculum cursado-, se encuentran habilitados por las universidades nacionales para la aplicación de métodos y técnicas propias de su disciplina.

Por ello, carecen de fundamento las afirmaciones del accionante de que hubo por parte del ente demandado “intención de favorecer a unos profesionales respecto de otros sin argumentación técnica o jurídico” y que se ha excluido a los ingenieros civiles sin tener en cuenta los planes de estudio “prefiriendo unos títulos universitarios sobre otros igualmente válidos” (v. fs.30/31).

En atención a todo lo expuesto, a la presente cuestión voto por la negativa.

A la segunda cuestión el Juez José Antonio Salomón dijo:

Corresponde dictar sentencia rechazando la demanda y declarar la imposición de las costas a cargo de la parte actora por resultar vencida.

A la segunda cuestión el Juez Francisco de la Torre dijo:

De conformidad con la respuesta dada al tratar la cuestión anterior, la demanda debe ser rechazada en todas sus partes, con costas al accionante (art. 58 CCA). Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 22 de abril de 2002.

Vistas: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE

1°. No hacer lugar a la demanda interpuesta por la actora y rechazar la pretensión esgrimida en el punto I de su escrito de presentación.

2°. Costas a la vencida.

3°. Mandar se registre, notifique y cumpla.

Suscriben la presente los abajo firmantes por estar vacante la restante vocalía de este Cuerpo.

Firmado Jueces Francisco de la Torre - José A. Salomón

Registro TOMO XXXV F° 1/16 23/4/02