

C. 30. XXXV.

ORIGINARIO

Compañía de Transportes de Energía Eléctrica
en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén,
Provincia del s/ acción declarativa.

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

A fs. 258/286, la Compañía de Transportes de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. promovió acción meramente declarativa, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia del Neuquén, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en que se encuentra frente a las resoluciones 790/DPR/93, 900/DPR/98 y 940/DPR/98 de la Dirección Provincial de Rentas, por las que fue intimada a pagar el impuesto a los ingresos brutos sobre la remuneración de la actividad vinculada con el transporte (FTT) de energía eléctrica en alta tensión que desarrolla en esa jurisdicción.

Sostuvo que lo pretendido no condice con las normas que regulan el servicio público que presta (leyes 15.336, 23.696 y 24.065 y decretos 1398/92 y 2743/92). Destacó que el Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público Internacional realizado para la venta de sus acciones prohíbe, con fundamento en el art. 12 de la ley 15.336, que la concesión sea gravada por impuestos y contribuciones provinciales o municipales, aplicables sobre las obras e instalaciones o sobre los precios de la energía transportada, al entender que el régimen remuneratorio del servicio no los contempla.

Agregó, por otra parte, que los arts. 23 y 32 del contrato de concesión obligan al Estado Nacional, como concedente, a garantizarle la

Procuración General de la Nación

exclusividad del servicio y a realizar todas las acciones tendientes a su prestación en los términos pactados y a establecer, asimismo, su remuneración, a través de resoluciones de la Secretaría de Energía, conforme al art. 36 de la ley 24.065.

Describió el funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), a cuyo efecto indicó que, por su naturaleza, resulta imposible a los generadores determinar a ciencia cierta el destino de la energía eléctrica que entregan al sistema. Si bien es el distribuidor quien factura al consumidor, no puede saber dónde se ha producido la energía que retira. Por esta razón -agregó- se ha creado la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA), quien liquida mensualmente la energía que los generadores entregan y factura los consumos de los diversos distribuidores.

Asimismo, dijo que la derogación de las exenciones impositivas de la ley 22.016 no dejó sin efecto el art. 12 de la ley 15.336 y que, por otra parte, no se halla comprendida en el ámbito de aplicación de la primera, conforme jurisprudencia del Tribunal que citó, pues sus disposiciones alcanzan sólo a entes estatales.

Manifestó que la provincia no puede interferir en la regulación de las tarifas de los servicios públicos nacionales y, en consecuencia, entendió que su pretensión constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el Gobierno Nacional ha hecho en una materia delegada a la Nación (art. 75, incs. 13, 14, 18 y 32, de la Carta

Procuración General de la Nación

Magna), al violar el marco regulatorio del sistema eléctrico nacional y, de esa manera, también el principio de supremacía (art. 31).

Además, afirmó que el requerimiento fiscal le produce un perjuicio actual, en tanto coloca en una situación de grave riesgo operativo al servicio que presta, pues la incidencia del gravamen repercutiría en el régimen remuneratorio legalmente definido por el Estado Nacional, con serio menoscabo del funcionamiento del SADI y del MEM.

Por último, citó como tercero al Estado Nacional, por cuanto éste asumió ciertas obligaciones y responsabilidades frente a la actora -a través de las normas de la privatización y del contrato de concesión-, entre ellas, realizar todas las acciones que le competen como autoridad pública para que la transportista pueda brindar el servicio en los términos del contrato y, asimismo, garantizar su régimen remuneratorio, lo cual no será posible de aplicarse el impuesto impugnado. Advirtió que, si resulta vencida aquí, estará habilitada para promover acciones contra la Nación, sea para obtener el regreso de una suma equivalente al gravamen local oblado o, eventualmente, que se rescinda el contrato con la consiguiente indemnización.

-II-

A fs. 317/344, el Estado Nacional contestó el traslado conferido en los términos del art. 94 del código de rito y expuso -en lo sustancial- las características del sistema eléctrico federal, de la

Procuración General de la Nación

privatización de dicho sector, del régimen de transporte de electricidad en alta tensión y, fundamentalmente, del régimen tarifario que lo rige.

Puntualizó que el MEM es un ámbito virtual que se conforma por un conjunto de transacciones físicas y económicas de energía eléctrica en bloque, en el que actúan los generadores, los transportistas, los distribuidores, los comercializadores y los grandes usuarios. Aclaró que las normas referentes a las actividades físicas de vinculación eléctrica son de tal importancia para la existencia del mercado eléctrico que permiten afirmar que está en la red y en los derechos de acceso a ella que impone la normativa federal aplicable. Así, concluyó que las operaciones en el seno del MEM quedan sujetas, en todos los casos, a la jurisdicción federal, con independencia del domicilio de quien resulte adquirente o vendedor, a lo que agregó que dicho mercado constituye un establecimiento de utilidad nacional.

Añadió que el sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión (antes realizado por SEGBA, Hidronor y Agua y Energía Eléctrica) fue concentrado en una sola empresa y privatizado, al otorgar su concesión a TRANSENER S.A. por el término de 95 años, mediante el decreto 2743/92, que, además, aprobó el contrato de concesión y, en uno de sus anexos, estableció el cuadro tarifario inicial, con expresa exclusión del tributo que originó la presente causa. Por otra parte, en ese decreto se reconoce que el desarrollo de la actividad de transporte en alta tensión constituye una unidad de negocio, caracterizado como un monopolio natural. Agregó que en los pliegos para la venta en concurso

Procuración General de la Nación

público de parte del paquete accionario de la compañía (Capítulo XV, numeral 15.1, texto según circular N° 4 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) se aclaró que el régimen remuneratorio de transporte en alta tensión no contempla gravámenes provinciales o locales sobre las obras e instalaciones o sobre el precio de la energía transportada.

Así, adujo que la pretensión fiscal de la provincia es incompatible con los fines de la ley 24.065, en tanto provocaría un serio menoscabo al sector eléctrico, con particular perjuicio para los usuarios del sistema interconectado, quienes deberían soportar el fuerte aumento de los precios de la electricidad. De otro lado, indicó que la concesionaria no está habilitada para modificar unilateralmente la tarifa ni para trasladar el tributo al precio.

Señaló, además, que la estructura tarifaria que diseñó el Estado Nacional fue considerada por la empresa adjudicataria para el cálculo de los costos al formular su oferta y que su alteración pone en peligro la prestación del servicio y, concomitantemente, puede dar lugar a la rescisión del contrato.

-III-

La Provincia del Neuquén contestó demanda a fs. 379/397. Negó que la actora esté fuera del ámbito del impuesto sobre los ingresos brutos y rechazó el planteo en tal sentido, con fundamento en su

Procuración General de la Nación

autonomía (art. 121 de la Constitución Nacional), según la cual conserva todo el poder no delegado a la Nación.

Expresó que el gravamen no colisiona en forma alguna con las normas federales que regulan el transporte de energía eléctrica, ni afecta la prestación del servicio. Adujo, por otra parte, que el art. 12 de la ley 15.336 fue derogado por la ley 22.016 y, en subsidio, que no resulta aplicable al caso.

Sostuvo que el Congreso Nacional tiene la facultad de reglar lo atinente a los establecimientos de utilidad nacional -como el servicio de que se trata-, pero circumscripta al dictado de las normas necesarias para cumplir sus fines, por lo cual quedan reservadas para las provincias sus potestades propias -entre ellas la tributaria-, con la única limitación de no interferir con aquellos objetivos.

En este sentido, dijo que los arts. 40, 42, inc. d, y 46 de la ley 24.065 prevén la posibilidad de incorporar a la tarifa la incidencia de los impuestos y de cambiarla en virtud de circunstancias objetivas y justificadas. En este orden de ideas, añadió que el tributo en cuestión no modifica la tarifa pero que si así fuera, la actora podría reclamar al Estado Nacional concedente su reajuste, conforme a las normas indicadas. Expuso que, además, el art. 40 citado omitió indebidamente incluir entre los componentes del costo el impuesto sobre los ingresos brutos. Asimismo, refirió que le es inoponible la circular N° 4 del Comité Privatizador, por la cual se dispuso eximir a la actora del pago

Procuración General de la Nación

de gravámenes locales, toda vez que la Nación sólo puede establecer exenciones a través de leyes formales.

Por último, admitió que las resoluciones que motivan esta demanda han incurrido en el error de atribuir el 100% de la base imponible a la provincia, pues la actora también transporta energía que recibe de generadoras localizadas fuera de su jurisdicción y, entonces, según el Convenio Multilateral, la base imponible ha de ser repartida entre todas ellas, de acuerdo con la información que aporte CAMMESA para atribuir territorialmente los flujos eléctricos.

-IV-

Tal como fue expresado en el dictamen obrante a fs. 288/289, considero que V.E. continúa siendo competente para entender en forma originaria en las presentes actuaciones.

-V-

De la forma en que ha quedado planteada la presente *litis*, se desprende que el *thema decidendum* finca en determinar si la provincia demandada puede o no gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos las entradas de la actora provenientes de su actividad como prestataria del servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión, a la luz de las normas federales regulatorias de su actividad, pues, como lo reconocen las partes, la tarifa para la FTT no contempla la

Procuración General de la Nación

incidencia del tributo local cuestionado.

En tales condiciones, es preciso indicar, como primer punto, que, contrariamente a lo afirmado por la demandada, el art. 12 de la ley 15.336 es norma vigente en nuestro ordenamiento, sin que pueda reputarse derogado por la ley 22.016.

En tal sentido, se ha pronunciado el Tribunal en el precedente de Fallos: 322:2598 cuando, con cita de Fallos: 320:162, expresó, respecto de la ley 22.016, que ese texto fija una política impositiva clara, dirigida a un conjunto específico de sujetos, por lo que constituye un ordenamiento de carácter subjetivo que apunta a cierta categoría de personas jurídicas en el que no gravita la actividad desarrollada, aspecto considerado, en cambio, por el art. 12 de la ley 15.336, que atiende a la naturaleza objetiva de las materias de la industria eléctrica comprensivas de todo lo vinculado a la generación, transformación, transmisión y distribución de la electricidad, con prescindencia de los sujetos autorizados a su explotación. Y afirmó, a modo de colofón, que el art. 12 de la ley 15.336 conserva su vigencia y no se vio afectado por los alcances de la ley 22.016.

-VI-

Como quedó dicho, están de acuerdo las partes -y el Estado Nacional citado como tercero- en que en las normas regulatorias de la FTT dictadas por la autoridad nacional no se ha previsto la incidencia del impuesto provincial sobre los ingresos brutos en la tarifa aplicable

Procuración General de la Nación

por la prestación del mencionado servicio público. Sin embargo, discrepan en cuanto a las consecuencias de tal imprevisión, al sostener la Provincia del Neuquén que el Poder Ejecutivo Nacional no se encuentra habilitado para establecer, por sí, una exención de tributos locales.

Al respecto, cabe expresar, en primer término, que la ley 24.065 dispuso, en el inc. d del art. 2º, que las actividades de transporte y distribución de electricidad estarían reguladas, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables.

En consecuencia, en el art. 36, tras dar los lineamientos relativos al despacho nacional de cargas (actualmente en manos de CAMMESA), dispuso que los generadores percibirán por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega y que los distribuidores paguen una tarifa uniforme, estabilizada cada 90 días. En lo atinente al servicio de transporte, estableció en los arts. 40 y concordantes que serían ofrecidos a tarifas justas y razonables, con un cuadro inicial incluido en los contratos de concesión con validez por un período de 5 años, ajustable de acuerdo a ciertas pautas por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

Cuando se realizó la privatización de la actividad de transporte de energía eléctrica en alta tensión, el decreto 2743/92, en su art. 9º, otorgó a la actora la concesión de ese servicio público por 95 años, "conforme las condiciones que se establecen en el contrato de

Procuración General de la Nación

concesión, cuyos términos se aprueban por el presente decreto, del que forma parte integrante como anexo II".

En dicho contrato -tal como se enunció- la tarifa establecida excluyó expresamente la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos.

Conforme al numeral 15.1 del contrato de concesión (texto según circular N° 4 -conf. fs. 10-), en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 12 de la ley 15.336, se estableció que la privatización no puede ser gravada por impuestos y contribuciones de carácter local aplicables sobre las obras e instalaciones o sobre los precios de la energía transportada y, en forma enfática, se indicó que "El Régimen Remuneratorio del Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión no contempla tales gravámenes".

En mi opinión, no nos encontramos frente a la creación *ex novo* de una exención por medio de un reglamento -tal como lo encuadra erróneamente la demandada- sino que, por el contrario, en virtud de lo claramente dispuesto por el citado art. 12 de la ley 15.336, la autoridad nacional competente se limitó a constatar la ocurrencia, en los hechos, del presupuesto fáctico contemplado en la norma legal de exención, que reposa en claras facultades constitucionalmente otorgadas a la Nación (art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional y pacífica jurisprudencia de Fallos: 68:227; 183:181 y 190, entre otros).

Por ende, lejos de establecer un beneficio fiscal por decreto,

Procuración General de la Nación

en desmedro de las potestades locales, el Poder Ejecutivo Nacional ha ejercido sus competencias legalmente atribuidas para establecer una tarifa que, además, según el art. 40 y concordantes de la ley 24.065, ha de ser uniforme en todo el país, y por ende, mal podría contemplar la incidencia de un tributo que está expresamente excluido por ley federal.

No resulta ocioso señalar que esta mecánica ha sido empleada por el Estado Nacional en otras oportunidades, como, por ejemplo, en la creación de CAMMESA, toda vez que el decreto 1192/92 (art. 13) ha establecido que las actividades que hacen a su objeto social son de interés nacional y, por lo tanto, indispensables para la libre circulación de la energía eléctrica y comprendidas en el ámbito del art. 12 de la ley 15.336.

Por ello, entiendo que no resulta atendible el argumento de la accionada en cuanto a que se ha producido, en su perjuicio, una violación al principio de legalidad en materia tributaria al otorgarse una exención por medio de un decreto.

La solución dispuesta resulta, como se dijo, constitucionalmente admisible y abonada por pronunciamientos de V.E. (entre otros, Fallos: 308:2153; 321:2501, donde V.E. dejó de lado la doctrina sostenida en el precedente Y.35.XXII. "Y.P.F. Soc. del Estado c/ Municip. de Banda del Río Sali", del 29 de noviembre de 1994, alegado por la demandada como sustento de su posición).

Me parece oportuno, por fin, reiterar que, en el caso de autos, no se trata de una omisión o descuido por parte de la autoridad

Procuración General de la Nación

nacional al momento de fijar la tarifa para remunerar la FTT, sino que, por el contrario, en forma deliberada y expresa el tributo local fue excluido de la incidencia en la tarifa, con sustento legal.

-VII-

Por otra parte, estimo que al mismo resultado se arriba si se toma en consideración lo dispuesto por el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993, aprobado por ley de la Nación (art. 33, ley 24.037), ratificado por el decreto 14 del 6 de enero de 1994 y por la provincia, mediante ley local 2058.

Dicho pacto fue dictado, según sus fundamentos, con "la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales" y considerado por el gobierno nacional como el "instrumento con que cuenta el Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de administrador general del país para llevar a cabo los objetivos de bien común de la Nación".

Ha sostenido el Tribunal que "el Pacto comporta por sus alcances y contenido la manifestación positiva del llamado federalismo de concertación tendiente a -según se expresa- establecer mediante la participación concurrente del Estado Nacional y las provincias un programa, destinado como en el caso, a adoptar una política uniforme que armonice y posibilite 'la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales'. Tal aspiración recogería la vocación de la Constitución Nacional creadora -según lo

Procuración General de la Nación

expresó esta Corte en Fallos: 178:9- de 'una unidad no por supresión de las provincias... sino por conciliación de la extrema diversidad de situación, riqueza, población y destino de los catorce estados y la creación de un órgano para esa conciliación, para la protección y estímulo de los intereses locales, cuyo conjunto se confunde con la Nación misma'. Se trataba, recordaba la sentencia, de consagrar el principio de 'hacer un solo país para un solo pueblo'. Asimismo, agregó que ese pacto, "como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (Fallos: 314:862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada Estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias (...) Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (...) " (Fallos: 322:1781).

En ese mismo precedente, V.E., tras indicar que el universo legislativo sobre el que actúa el Pacto Federal presenta diversos matices en lo referido a su vigencia -inmediata o subordinada a determinados efectos- y en cuanto a la materia sobre la que actúa, recordó el punto 2 del art. 1º, en cuanto establece "Derogar de inmediato los Impuestos Provinciales específicos que graven la Transferencia de Combustible, Gas, Energía Eléctrica, incluso los que recaen sobre la auto generada, y Servicios Sanitarios, excepto que se

Procuración General de la Nación

trate de transferencias destinadas a uso doméstico. Asimismo se derogarán de inmediato las que graven directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo". Y sostuvo que el pacto, en este punto, tiene vigencia inmediata, y "elimina toda pretensión tributaria local" en el caso de la energía cuyo régimen regulan las leyes nacionales 15.336 y 24.065 y que el pacto viene a integrar, conjuntamente con estas normas, el régimen federal de la energía.

Con términos que, desde mi óptica, resultan plenamente aplicables al supuesto de autos, agregó la Corte que "al suscribirlo la provincia asumió la obligación de derogar de manera inmediata los impuestos provinciales específicos que graven la transferencia de energía eléctrica" y que, por ende "la subsistencia de los aquí impugnados entra en colisión con aquellas disposiciones, frustra el objeto y fin del tratado y deviene inconstitucional (art. 31 de la Constitución Nacional)".

Por último, estimo oportuno señalar que, en otro asunto inmediatamente posterior (Fallos: 322:2624), sobre la base del mismo Pacto Federal, V.E. sostuvo que los impuestos automotor e inmobiliario, que incidían de forma genérica sobre la energía eléctrica en el caso de una empresa prestataria del servicio público de distribución de electricidad, resultaban asimismo en colisión con el art. I, ap. 2 del pacto, criterio que, *a fortiori*, ha de aplicarse al supuesto del sub

C. 30. XXXV.

ORIGINARIO

Compañía de Transportes de Energía Eléctrica
en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén,
Provincia del s/ acción declarativa.

Procuración General de la Nación

lite, donde el impuesto incide en forma directa sobre los ingresos provenientes del transporte de ese tipo de energía.

-VIII-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la demanda y declarar que la actora se encuentra eximida de abonar el impuesto local sobre los ingresos brutos por las entradas obtenidas al desarrollar el servicio público de transporte de energía eléctrica en alta tensión.

Buenos Aires, 28 de mayo de 2001.

ES COPIA

NICOLAS EDUARDO BECERRA

Procuración General de la Nación

Buenos Aires, 16 de abril de 2002.

Vistos los autos: "Compañía de Transportes de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa" de los que

Resulta:

I) A fs. 258/286 se presenta la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A. e inicia una acción declarativa contra la Provincia del Neuquén para que se decida la inaplicabilidad, a su respecto, del impuesto provincial sobre los ingresos brutos en relación al régimen remuneratorio de la actividad vinculada con la función técnica de transporte (F.T.T.) de energía eléctrica.

Hace mención de los antecedentes de hecho relacionados con los trámites de determinación del impuesto efectuados en el ámbito administrativo provincial y, en lo que concierne a su derecho, describe los antecedentes del proceso de privatización y las principales normas legales que regulan la actividad energética. Entre ellas, destaca lo dispuesto en la ley 15.336, en particular en lo que hace a la materia tributaria, y en la ley 24.065, que tiene entre sus objetivos "regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad asegurando que las tarifas sean justas y razonables". A su vez, cita la ley 23.696 de reforma del Estado, que autoriza al Poder Ejecutivo Nacional a reservar en los pliegos de condiciones correspondientes al proceso de privatización "la facultad de fijar las políticas de que se

Procuración General de la Nación

trate" en aquellas áreas que considere de interés nacional.

En ese contexto y en el marco del concurso público internacional para la venta de las acciones de Transener S.A., el Comité de Privatización modificó el numeral 15.1 del pliego de condiciones en el sentido de que el Poder Ejecutivo Nacional había dispuesto "la constitución de la sociedad y el otorgamiento del contrato de concesión en ejercicio de las facultades inherentes a la jurisdicción nacional exclusiva que le confiere el artículo 1º de la ley 17.004, arts. 1º, 6º, 9º y 12 de la ley 15.336 y arts. 29, 50, 85, 89 y 93 del marco regulatorio ley n° 24.065". Y agregaba: "la concesión que se otorga con la privatización de A y EE, Hidronor y SEGBA conforme al art. 12 de la ley n° 15.336 no puede ser gravada por impuestos y contribuciones de legislación provincial o municipal, aplicables sobre las obras e instalaciones o sobre los precios de la energía transportada. El régimen remunerativo del transporte de energía eléctrica en alta tensión no contempla tales gravámenes". Menciona asimismo las obligaciones del Estado Nacional previstas en el contrato de concesión y concluye en este aspecto que su actividad, en cuanto transporte de energía eléctrica, se encuentra caracterizada expresamente como servicio público, lo que permite afirmar que existe un interés nacional comprometido en su desarrollo amparado por una legislación federal frente al cual la pretensión fiscal de la provincia es incompatible.

Explica el funcionamiento del mercado eléctrico mayorista y en

Procuración General de la Nación

otro orden de ideas afirma la inaplicabilidad al caso y a su respecto, de la ley 22.016, y la subsistencia del régimen tributario contemplado en el art. 12 de la ley 15.336.

Invoca fallos del Tribunal y en particular el caso "Aerolíneas Argentinas S.E." (Fallos: 308:2153), en el cual se puso de resalto que el precio del servicio en cuestión se encontraba sujeto a una tarifa oficial y que en la fijación de esa tarifa no se contempló la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos, por lo que se concluyó en la necesidad de revertir los efectos que tal omisión acarrearía. Se refiere -asimismo- al criterio establecido en materia energética en el caso "Hidroeléctrica El Chocón S.A." (Fallos: 320:1302), de la que transcribe sus fundamentos esenciales. Finalmente menciona la más reciente jurisprudencia del Tribunal expuesta en los autos "Cooperativa de Trabajo Transportes Automotores de Cuyo T.A.C. Limitada" (Fallos: 321:2501) que entiende aplicable al sub lite. En efecto -dice- en el presente caso se configuran los supuestos allí considerados pues el régimen remuneratorio no contempla el impuesto sobre los ingresos brutos por expresa disposición de la autoridad concedente, dicho tributo no es trasladable y la actora es contribuyente del impuesto a las ganancias. Por todo ello entiende inaplicable el impuesto local cuya percepción se pretende, toda vez que constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias. Pide la citación como tercero del Estado Nacional.

II) A fs. 317/344 el Estado Nacional se presenta como tercero.

Procuración General de la Nación

Hace referencia al sistema eléctrico federal y al proceso de privatización operado en ese sector, y explica el régimen del transporte de electricidad en alta tensión y el régimen tarifario vigente en ese ámbito. Describe el funcionamiento del mercado energético mayorista, cuyas actividades están regidas por la legislación federal.

El sistema de transporte de energía -explica- fue concentrado en una sola empresa y privatizado al otorgarse a Transener S.A. su concesión aprobada por el decreto 2743/92, la que contemplaba, según los términos del respectivo contrato, un cuadro tarifario con expresa exclusión del tributo en litigio, tal como surge del anexo II que lo integra. Agrega que en los pliegos para la venta en concurso público de parte del paquete accionario de la compañía (Capítulo XV, numeral 15.1, texto según circular n° 4 del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) se aclaró que el régimen remuneratorio no contemplaba gravámenes provinciales sobre las obras e instalaciones o sobre el precio de la energía transportada.

De tal suerte -afirma- la pretensión fiscal de la demandada es incompatible con los fines de la ley 24.065 en el sentido de que provocaría un serio menoscabo al sector eléctrico. Por otra parte, la concesionaria no está habilitada para modificar unilateralmente la tarifa ni para trasladar el tributo al precio.

Asimismo, señala que la estructura tarifaria creada fue considerada por la empresa para el cálculo de los costos por lo que su

Procuración General de la Nación

alteración pone en peligro la prestación del servicio y daría lugar a la rescisión del contrato.

III) A fs. 379/397 contesta la demanda la Provincia del Neuquén.

Realiza en primer término una negativa de los hechos expuestos por la actora y, en cuanto al fondo de la cuestión, hace consideraciones en torno al régimen de los establecimientos de utilidad nacional y sus alcances frente a los poderes reservados por las provincias. Con fundamento en estos últimos, rechaza el planteo de la demandante sosteniendo que conserva todo el poder no delegado a la Nación.

Expresa que el tributo impugnado no se opone en modo alguno a las normas federales que regulan el transporte de energía eléctrica ni afecta la prestación del servicio.

Sostiene que el art. 12 de la ley 15.336 fue derogado por la ley 22.016 y que, aun de admitirse su vigencia, sus disposiciones no alcanzan al impuesto a los ingresos brutos. Reconoce que el Congreso tiene la atribución de reglar lo atinente a los establecimientos de utilidad nacional, como es el servicio de que se trata, pero considera que esa atribución está limitada a la satisfacción de esos fines, lo que no implica desconocer las facultades reservadas por los estados provinciales.

Dice que la ley 24.065 prevé en sus arts. 40, 42, inc. d, y 46 la posibilidad de incorporar la incidencia de los impuestos a las tarifas y de cambiarla en virtud de circunstancias objetivas y

Procuración General de la Nación

justificadas. En ese caso siempre quedaría en manos de la actora reclamar al Estado Nacional para que proceda al respectivo reajuste. Por otra parte, destaca que el art. 40 de la citada ley omitió indebidamente incluir entre los componentes del costo al impuesto a los ingresos brutos, que es un tributo trasladable.

Manifiesta que la Nación no estableció exención expresa de impuestos provinciales por ley del Congreso, y que el pliego licitatorio y el contrato de concesión le son inoponibles. En cuanto a la circular n° 4 emitida por el comité privatizador, entiende que no es ley ni decreto ni norma de carácter general que la obligue. Reitera que el art. 12 de la ley 15.336 fue derogado por la ley 22.016 y que al momento de la privatización se encontraba vigente tal derogación. Por último, sostiene que el impuesto es trasladable y que no restringe ni dificulta la libre circulación de la energía eléctrica.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que una ya arraigada doctrina ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional. En esa inteligencia -se dijo ya en Fallos: 320:1302- el Congreso dictó las

Procuración General de la Nación

leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética. En ese contexto legal es que debe resolverse si la pretensión impositiva provincial pone en crisis a ese régimen, advirtiéndose que la ley 24.065, modificatoria en ciertos aspectos de su antecedente, la citada ley 15.336, no modificó ni derogó el art. 12 de ésta, tal como se expresó en Fallos: 322:2598.

3º) Que en esa causa -y con cita de Fallos: 320:162- esta Corte desestimó la pretensión de la demandada en el sentido de que la ley 22.016 derogó el art. 12 de la 15.336 y que, por consiguiente, quedaron sin efecto las exenciones tributarias allí contenidas y precisó que la ley 22.016 citada "fija una política impositiva clara, dirigida a un conjunto específico de sujetos, por lo que constituye, como lo destaca el dictamen del señor Procurador General, un ordenamiento de carácter subjetivo que apunta a cierta categoría de personas jurídicas en el que no gravita la actividad desarrollada aspecto, en cambio, considerado en el art. 12 de la ley 15.336 que atiende a la naturaleza objetiva de las materias de la industria eléctrica comprensivas de todo lo vinculado a la generación, transformación, transmisión y distribución de la electricidad, con prescindencia de los sujetos autorizados a su explotación. Cabe concluir, por lo tanto, que el art. 12 de la ley 15.336 conserva su vigencia y no se vio afectado por los alcances de la ley 22.016" (considerando 3º).

4º) Que en esa oportunidad se afirmó que el mencionado art. 12

Procuración General de la Nación

no consagró una inmunidad impositiva absoluta. En efecto, aquella norma -indicadora del carácter objetivo de la exención que consagra- establece que "las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación". Tal criterio resulta, por otro lado, compatible con lo dispuesto por el art. 75, inc. 30 de la Constitución Nacional, que establece como facultad del Congreso legislar "para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional" aunque respetando el poder de policía e imposición local en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

5º) Que si bien en ese precedente se rechazó el reclamo de la parte actora, no hay razones en el caso para la no admisión de la demanda. En efecto, la exención prevista en la circular N° 4 del comité privatizador suscripta por el secretario de Energía de la Nación, ingeniero Carlos Manuel Bastos (ver fs. 622/632) modificatoria del Pliego de Condiciones para la venta de acciones de Transener dispuesta por el entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, facultado por el art. 15 del decreto 2743/92 a efectuar el llamado a concurso o licitación vinculado a la privatización y la transferencia al sector privado de las acciones clase A y B de Transener S.A., se

Procuración General de la Nación

inscribe entre aquellas que el Estado Nacional clasifica en el ámbito energético legal como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia. Por otro lado, parece oportuno recordar que el decreto 2743/92 citado dispuso la constitución de la sociedad actora como continuadora de la actividad de transporte de energía eléctrica a cargo hasta entonces de Agua y Energía Eléctrica, Hidronor y S.E.G.B.A. y ello en el marco de lo dispuesto por la ley 24.065.

La autoridad federal es la que decidió sobre la base de lo dispuesto en el art. 12 de la ley 15.336 que "la concesión...no puede ser gravada por impuestos y contribuciones de legislación provincial o municipal", entendiendo que esos tributos constituyen medidas que restringen o dificultan "la libre producción o circulación" de la energía. Por ello cabe concluir que la mención contenida en la circular n° 4 en el sentido de que el régimen remuneratorio del transporte "no contempla tales gravámenes" hace aplicable el criterio expuesto toda vez que deviene una decisión explícita de la autoridad nacional de aplicación que a su vez, consagra la condición de no trasladable del gravamen con los alcances reconocidos en Fallos: 308:2153; 316:2206 y más recientemente en Fallos: 321:2501. Asimismo, es de ponderar que la actora ha acreditado estar sometida al pago del impuesto a las ganancias (fs. 120/164).

Esas consideraciones, en especial la ratificación de la

Procuración General de la Nación

vigencia del citado art. 12 privan de sustento a la alegada incompetencia formal opuesta por la demandada basada, precisamente, en la supuesta derogación de esa norma. Tal conclusión no se ve inhibida por la solución dada al caso ya citado de Fallos: 322:2598 en el cual la allí actora fundó su pretensión en una interpretación dogmática y absolutamente excluyente de la potestad fiscal local concediéndole al art. 12 antes citado una latitud excesiva.

6°) Que la conducta de las autoridades nacionales debe ser entendida en el contexto del reconocimiento del Tribunal de que "quien tiene el deber de procurar determinado fin tiene el derecho de disponer los medios para su logro efectivo" (Fallos: 304:1186; 322:2624), para lo cual atendiendo a lo dispuesto en los arts. 2° inc. d y 40 de la ley 24.065 -que ordenan asegurar que las tarifas aplicadas a los servicios de transporte de energía sean justas y razonables- se incluyó en los contratos de concesión un cuadro tarifario específico sobre el que no podrán gravitar los impuestos locales que resulten incompatibles con esos propósitos. La declaración de la autoridad federal respecto de la exención tributaria, que goza de la presunción de legitimidad propia de todo acto administrativo (Fallos: 250:36 y muchos otros), es la que distingue (en el marco de este proceso) la decisión que aquí se adopta del recordado precedente de Fallos: 322:2598.

7°) Que, por otro lado, las exenciones "no deben interpretarse con el alcance más restringido que el texto admite, sino, antes bien, en

Procuración General de la Nación

forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia" (Fallos: 296:253, 308:2554, 322:2624). Ello resulta plenamente aplicable en un marco como el de la materia energética cuya raigambre federal, a la luz de todo lo expuesto, no puede desmentirse.

8º) Que por último cabe recordar lo expresado en Fallos: 322:1781 y reiterado en Fallos: 322:2624 respecto de los alcances, en relación con la materia aquí debatida, del llamado Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993, habida cuenta de que la provincia demandada procedió a su ratificación legislativa mediante la ley 2058 en colisión con aquellas disposiciones, frustra el objeto y fin del tratado y deviene inconstitucional (art. 31 de la Constitución Nacional) (Fallos: 322:2624).

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6º, incs. a, b, c y d; 7º, 9º, 37 y 38 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, se regulan los honorarios de los doctores Uriel Federico O'Farrell, Miguel Alejandro M. Tesón y Alejandro N. Haladjian, en conjunto, por la dirección letrada y

C. 30. XXXV.

ORIGINARIO

Compañía de Transportes de Energía Eléctrica
en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén,
Provincia del s/ acción declarativa.

Procuración General de la Nación

representación de la actora en la suma de sesenta y cinco mil quinientos pesos (\$ 65.500) y los de los doctores María Cecilia Pintos Prat, Marcelo Raúl Stafforini y Ernesto Alberto Marcer, en conjunto, por la dirección letrada y representación del Estado Nacional en la de sesenta mil pesos (\$ 60.000). Notifíquese y, oportunamente, archívese. JULIO S. NAZARENO (en disidencia)- EDUARDO MOLINE O'CONNOR - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ (en disidencia)- GUSTAVO A. BOSSERT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.
ES COPIA

C. 30. XXXV.

ORIGINARIO

Compañía de Transportes de Energía Eléctrica
en Alta Tensión Transener S.A. c/ Neuquén,
Provincia del s/ acción declarativa.

Procuración General de la Nación

DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON JULIO S. NAZARENO Y
DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON GUILLERMO A. F.
LOPEZ

Considerando:

Que los infrascriptos coinciden con el voto de la mayoría, con excepción de la parte resolutive y regulación de honorarios que expresan de la siguiente forma:

Por ello, se decide: Hacer lugar a la demanda y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de la demandada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Las derivadas de la intervención del tercero citado se imponen por su orden (Fallos: 313:967).

Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6º, incs. a, b, c y d; 7º, 9º, 37 y 38 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, se regulan los honorarios de los doctores Uriel Federico O'Farrell, Miguel Alejandro M. Tesón y Alejandro N. Haladjian, en conjunto, por la dirección letrada y representación de la actora en la suma de sesenta y cinco mil quinientos pesos (\$ 65.500). Notifíquese y, oportunamente, archívese. JULIO S. NAZARENO - GUILLERMO A. F. LOPEZ.

ES COPIA