

(Corte Sup., 19/08/1999 - Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina /AGUEERA v. Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa). JA 2000-III-406

PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN: Sup. Corte: La cuestión debatida en el sub lite es sustancialmente análoga a la que esta Procuración General tuvo oportunidad de examinar en el dictamen del 28/6/1996, producido en la causa H.148, L.XXIX, "Hidroeléctrica El Chocón S.A. v. Provincia de Buenos Aires s/acción meramente declarativa", y que fuera sentenciada de acuerdo por V.E. el 1 de julio de 1997.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, a los que me remito por razones de brevedad en cuanto fueren aplicables, opino que corresponde declarar la inconstitucional de las normas provinciales cuestionadas por la actora.- Buenos Aires, 2 de abril de 1998.- Nicolás E. Becerra.

Buenos Aires, agosto 19 de 1999.- Resulta: A fs. 73/102 la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) inicia demanda contra la Provincia de Bs. As. para que se declare la inconstitucionalidad de los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978, y del decreto 1160/1992 por ser violatorios de la Constitución Nacional, del orden normativo federal (ley 24065) (1) y de las normas que lo reglamentan y complementan.

Tras fundamentar su legitimación para promover este juicio, cuestiona la constitucionalidad del régimen tributario de la provincia demandada que, al dejar subsistente el sistema impositivo en materia eléctrica representado por los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978 y al instituir una norma discriminatoria, la del decreto 1160/1992 , vulnera el marco legal representado por la ley 24065 , el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, aprobado por la ley de la Nación (art. 33 ley 24037) (2) y ratificado por el decreto 14 del 6/1/1994. Es decir, concluye, quebranta el orden jerárquico del art. 31 CN. (3).Expone las razones que justifican la vía procesal utilizada y menciona los antecedentes del caso. Dicen que el Ente Regulador notificó a CARMESA la intimación que efectuó a cada generador de energía eléctrica acerca de las obligaciones emergentes de su carácter de agentes de recepción de los gravámenes establecidos por los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978 en los contratos celebrados con grandes usuarios de jurisdicción provincial.

En la carta documento respectiva se describe lo que constituye la base del régimen tributario impugnado. El primero de los decretos leyes citados crea un impuesto a todo usuario de energía eléctrica destinado al Fondo Especial de Desarrollo Eléctrico Provincial fijado en el 20% para servicios comerciales y en el 13% para los industriales, y el segundo, fija un adicional del 5,5% sobre el total facturado a usuarios finales destinado al Fondo de Grandes Obras provinciales. Por otro lado, un decreto provincial (1160/1992) dispuso "eximir transitoriamente" del pago de los mencionados impuestos a los usuarios industriales y comerciales de la provincia sujetos a su jurisdicción (abastecidos por ESEBA S.A. cooperativas eléctricas, entes mixtos municipales y prestadoras privadas). Estas normas regulatorias son reitera- inconstitucionales por las razones que pasa a exponer.

Así, por ejemplo, existe una violación a la igualdad por cuanto el decreto 1160/1992 establece una situación de discriminación en favor de los usuarios industriales y comerciales que vulnera aquella garantía constitucional. En efecto, se ven excluidos de un gravamen sumamente oneroso que deben sufragar los grandes usuarios que, amparados por el régimen federal de la ley 24065 , han suscripto contratos o pueden suscribirlos, con generadores o distribuidoras que fueron privatizadas después del decreto "transitorio" y que se ven enfrentados por la intimación cursada a pagar un gravamen que no alcanza a aquéllos. Se quiebra así la esencia de un sistema que alienta la competitividad y el trato igualitario porque será difícil competir con ESEBA cuando se la exime de un impuesto cuya alícuota excede largamente lo que puede reputarse como una equitativa tasa de retorno. Funciona así el gravamen como una aduana interior que afecta el tráfico interprovincial.

Asimismo, se vulnera el marco federal regulatorio eléctrico, formado básicamente por la ley 24065 , que fija la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de energía en el ejercicio de las facultades de los arts. 9, 10, 11, 14, 75 (incs. 13 y 18) y 126 CN. Para cumplir los objetivos propuestos en el art. 2 de ese texto legal se creó el Ente Nacional Regulador que tiende a "prevenir

conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios", como las que generan las normas provinciales cuestionadas. Ese estado de cosas -continúa- fue denunciado por la actora ante las autoridades nacionales y contraría la formación del "Mercado Eléctrico Mayorista" que, al decir de la resolución 187/1994 del Ente Regulador de la Energía, permite liberar mercados en los que tradicionalmente han imperado el monopolio y la cautividad incrementando "la coherencia de la ley con los principios de libertad consagrados en el art. 14 constitucional, tendiendo a asegurar la máxima libertad posible y compatible con los intereses públicos que es deber del Estado resguardar". El Mercado Eléctrico -agrega la resolución- funciona "como un típico establecimiento de utilidad nacional de los previstos en el art. 75 inc. 30 CN. El marco regulatorio que ha fijado normas y ha establecido mecanismos federales consecuentes con el nuevo rol del Estado ha hallado una nueva expresión en el Pacto Federal que en modo coherente con la ley 24065 impone a las provincias la derogación inmediata del impuesto a la electricidad, salvo la utilizada con fines domiciliarios. Dicho Pacto posee la misma naturaleza federal que aquella ley.

Dictado, a estar a sus fundamentos, con "la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales", fue ratificado por el gobierno nacional, que lo consideró 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" y por la provincia de Buenos Aires mediante la ley 11463 . Esta norma -aclara- no supedita la vigencia del Pacto toda vez que los proyectos que allí se prevén lo son al solo fin de cumplir las obligaciones contraídas y algunas de ellas pueden bien ser consideradas inmediatamente operativas; tal, la de derogar de inmediato los tributos sobre la energía eléctrica.

Sostiene que el Pacto es claramente un instrumento de la política económica nacional que integra un conjunto de medidas económicas coherentes y con una finalidad común: el crecimiento de la economía nacional y las economías regionales. Se trata, entonces, de una norma federal compleja, generada por la voluntad concordante del Estado federal y las provincias para cumplir fines federales. Posee efectos obligatorios y compromete jurídicamente a sus firmantes.

Dentro de sus disposiciones, existen obligaciones asumidas por las provincias que tienen plazo para su cumplimiento, también contiene disposiciones programáticas, como las previstas en el art. 9, y otras son de aplicación inmediata, como la de derogar los impuestos que gravan la energía. En algunos casos -afirma- la provincia de Buenos Aires procedió a implementar los medios para la vigencia de lo acordado y así dictó decretos de necesidad y urgencia para eximir a ciertos actos jurídicos del impuesto de sellos y del impuesto a los ingresos brutos a numerosas actividades.

Agrega que la adhesión de las provincias mediante leyes locales no desvirtúan el carácter nacional del objetivo y fin del Pacto Federal, el que, en lo que se refiere a sus cláusulas sobre las pautas fiscales de la regulación eléctrica, debe ser considerado como un instrumento o medio de cumplir los fines de la ley 24065 . En tales condiciones, la subsistencia de los impuestos establecidos por los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978, y el decreto 1160/1992 están en pugna con el régimen federal de la energía previsto en la ley 24065 y con las disposiciones del Pacto.

Por lo demás, la propia ley provincial 11463, que ratificó legislativamente el acuerdo, impuso al Poder Ejecutivo el deber de elaborar los proyectos que correspondan a fin de garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos y la demandada no puede aducir que la derogación de sus normas impositivas depende de un acto de impulsión legislativa pues su propia conducta discrecional no puede ser el fundamento de la inobservancia de obligaciones precisas y las disposiciones perentorias del Pacto Federal. Habría entonces una obligación incumplida de medios: no propiciar la ley derogatoria ni emplear los mecanismos para que la derogación acaezca.

Más adelante sostiene que la adhesión por medio de normas provinciales implica la recepción del derecho intrafederal que el pacto genera en cuanto a la eliminación de gravámenes locales a la electricidad.

Concluye, finalmente, que las disposiciones de los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978, y del decreto 1160/1992 son inconstitucionales por cuanto: a) configuran un régimen discriminatorio, que viola la igualdad constitucional, afecta el derecho de propiedad, interfiere y obstaculiza el tráfico interprovincial y menoscaba el derecho de comerciar libremente; b) quebrantan el marco regulatorio eléctrico representado por la ley federal 24065 y sus normas reglamentarias; c) violan el orden normativo del art. 31 CN. al no cumplir los objetivos federales de la citada ley 24065 y del Pacto Federal.2. A fs. 160/1987 se presenta el Estado Nacional citado como tercero y se adhiere a los términos de la demanda. Hace consideraciones sobre los alcances de la potestad tributaria de las provincias y su relación con las actividades de interés nacional, se refiere a la cláusula comercial de la Constitución y en ese sentido cita jurisprudencia del tribunal. Destaca, asimismo, la importancia del art. 75 inc. 30 del texto constitucional reformado. Se refiere luego a la legislación federal eléctrica y en particular a las leyes 15336 (4) y 24065, destacando los principales aspectos de esta última. Finalmente, plantea la inconstitucionalidad de los gravámenes que la provincia pretende aplicar.

3. A fs. 199/200 se presenta la provincia demandada y opone la falta de legitimación pasiva de la actora la que es resuelta a fs. 228/229.

4. A fs. 213/222 contesta la demanda. Sostiene, en primer término, que si bien el art. 75 inc. 18 CN. otorga al Congreso Nacional la facultad de dictar la legislación destinada a planificar, establecer las pautas generales y ordenar la política energética nacional, las provincias conservan las atribuciones necesarias para regular los aspectos inherentes al servicio público de electricidad en virtud de lo dispuesto por los arts. 121, 122, 124 y 125 del texto constitucional. Afirma, por otro lado, que el marco regulatorio contenido en la ley 24065 no rigen en el ámbito provincial mientras no esté incorporado por una ley al derecho local y que la adhesión de la provincia lo fue en medida de "mínima", esto es, limitada a los principios tarifarios, razón por la cual continuaron vigentes en su territorio las normas locales que regulan la organización y el funcionamiento del sector energético.

Respecto del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, aclara que la ley 11463 dictada por el gobierno nacional no implicó por sí misma la derogación de las normas de la materia vigentes en la provincia.

Hace referencia a las circunstancias que motivaron la creación de los impuestos al consumo de energía eléctrica, los que permitieron ejecutar importantes obras, disminuir las diferencias de costos con los servicios de jurisdicción nacional y posibilitar a sus habitantes el acceso a los servicios eléctricos como claro principio de distribución de la riqueza por medio del impuesto.

La ley 24065, al crear la figura del "gran usuario" y permitirle contratar la compra directa de energía con los generadores, produjo la deserción de coprestadores cooperativos y de usuarios singulares que utilizaban los servicios de ESEBA en detrimento de su situación económica financiera. Todo ello -afirma- determinó su adhesión limitada a los principios tarifarios de la ley citada.

Afirma que los decretos ley 7290 y 9038, así como el decreto 1160/1992, son constitucionales ya que el hecho imponible es el consumo de energía en territorio provincial, y sostiene que el único cambio introducido por la ley 24065 es, a raíz del proceso técnico de la prestación, "la desagregación" del valor de la energía.

Rechaza que la política de la provincia provoque los efectos de una aduana interior que obstaculice el comercio interprovincial si se considera que el impuesto no grava la transferencia o circulación de energía, sino su consumo por usuarios radicados en su territorio. Agrega que la política instrumentada por la Secretaría de Energía de la Nación, por medio de la resolución 159/1994, que induce a los grandes usuarios de las provincias a comprar energía directamente de los generadores, significa el avasallamiento de las autonomías provinciales pues persiguen el propósito de captar en favor de las generadoras a los grandes usuarios del comercio y la industria.

5. A fs. 233 vta. se declara la causa de puro derecho.

Considerando: 1. Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Sup. (arts. 116 y 117 CN.).2. Que, como lo destaca el dictamen del Procurador General, la cuestión debatida es sustancialmente análoga a la resuelta por el tribunal en la causa "Hidroeléctrica El Chocón S.A." (Fallos 320:1302). Allí se declaró la inconstitucionalidad del régimen mediante el cual la provincia de Buenos Aires y el ente regulador provincial aplican y persiguen el cobro de los impuestos previstos en los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978 a quienes contrataban con la actora, en tanto se exima del cumplimiento de dichos tributos a los usuarios industriales y comerciales comprendidos en el art. 1 decreto provincial 1160/1992 . Si bien tal antecedente bastaría para resolver el litigio, la petición de la actora expresada en los términos de su escrito de demanda (fs. 73, 86 y 101) y ratificada a f. 292 impone la necesidad de decidir sobre la validez constitucional de los gravámenes cuestionados en su integridad a la luz de su compatibilidad con los alcances del Pacto Federal al que la provincia se adhirió por ley 11463.

3. Que ese pacto fue suscripto entre el presidente de la república y los gobernadores de provincias el 12/8/1993 con "el objetivo de comprometerse en distintas acciones necesarias para promover el empleo, la producción y el crecimiento económico armónico del país y sus regiones". A ese fin, los "gobernadores han acordado la adopción de políticas uniformes que armonicen y posibiliten el logro de la finalidad común de crecimiento de la economía nacional y de reactivación de las economías regionales". "Las políticas acordadas" -se expone- "se concretarán por los poderes ejecutivos provinciales, una vez aprobado el presente acuerdo por las honorables legislaturas en lo que es materia de su competencia según las constituciones locales". Este recaudo se cumplió, respecto de la provincia demandada, mediante la ley 11463.

4. 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 expresó esta Corte en Fallos 178:9 de "una unidad no por suspensión 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, recordada la sentencia, de consagrar el principio de "hacer un solo país para un solo pueblo".

Ese pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (Fallos 314:862) (5) 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. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenios celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes (Zorraquín Becú, Horacio, "El federalismo argentino", 1958, Ed. Perrot, p. 194).

5. Que el universo legal sobre el que actúa el tratado presenta diferentes matices tanto en lo que se refiere a su vigencia, inmediata o subordinada a determinados efectos, cuanto a la materia sobre la que actúa. En algunos casos, se acuerda la derogación inmediata de ciertas normas como en el supuesto de autos (puntos 2 del art. 11), en otros se alude a la implementación progresiva de algún régimen fiscal (exenciones a los ingresos brutos puntos 4 in fine y 7) y también se fijan políticas futuras como "propender a la privatización total o parcial..." a la que alude el punto 9.

Existen materias de claro contenido federal sobre las que se elimina toda pretensión tributaria local (tal el caso de la energía cuyo régimen regulan las leyes nacionales 15336 y 24065 ; Fallos 307:613, causa "Hidroeléctrica El Chocón S.A." ya citada), y en otros casos el mandato de "dejar sin efecto restricciones a la oferta de bienes y servicios y las intervenciones en diversos mercados" involucra ámbitos de competencia local o propuestas de "adherir a políticas federales en materia de medicamentos" reconociendo por ejemplo "los controles y registros federales" en ese rubro (punto 10 del art. 1)".

En el supuesto de autos el Pacto viene a integrar juntamente con las leyes 15336 y 24065 el régimen federal de la energía. Habida cuenta de que al suscribirlo la provincia asumió la obligación de derogar de manera inmediata los impuestos provinciales específicos que gravan la transferencia de energía eléctrica (art. 1 ap. 2), la subsistencia de los aquí impugnados entra en colisión con aquellas disposiciones, frustra el objeto y fin del tratado y deviene inconstitucionalidad (art. 31 CN.). Por ello se decide: Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los decretos leyes 7290/1967 y 9038/1978, y del decreto 1160/1992 de la Prov. de Bs. As. Con costas (art. 68 CPCCN.). Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6 incs. b, c y d; 9, 37 y 38 ley 21839 (6), se regulan los honorarios del Dr. Guillermo R. Moncayo, por la dirección letrada y representación de la parte actora en la suma de \$... y los del Dr. Jorge C. Ibarborde, por la dirección letrada y representación del Estado Nacional en la de \$...

Asimismo, por la tarea cumplida en el incidente resuelto a fs. 228/229, se fija la retribución del Dr. Guillermo R. Moncayo en la suma de \$... (arts. 33/39 y conchs. de la ley citada). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

- Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O'Connor.- Augusto C. Belluscio.- Gustavo A. Bossert.- Guillermo A. F. López.- Adolfo R. Vázquez.- Enrique S. Petracchi. Con su voto: Antonio Boggiano.

VOTO DEL DR. BOGGIANO.- Considerando: Que el infrascripto coincide con el voto de la mayoría con exclusión de la regulación de honorarios, que expresa en los términos:

Teniendo en cuenta la labor desarrollada en el principal y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6 incs. b, c y d; 9, 37 y 38 ley 21839, modificada por la ley 24432, se regulan los honorarios del Dr. Guillermo R. Moncayo, por la dirección letrada y representación de la parte actora en la suma de \$... y los del Dr. Jorge C. Ibarborde, por la dirección letrada y representación del Estado Nacional en la de \$...

Asimismo, por la tarea cumplida en el incidente resuelto a fs. 228/229, se fija la retribución del Dr. Guillermo R. Moncayo en la suma de \$... (art. 33, 39 y conchs. de la ley citada). Notifíquese y, oportunamente, archívese.

NOTAS:(1) LA 1992-A-74 - (2) LA 1992-A-14 - (3) LA 1995-A-26 - (4) ALJA 1960-92 - (5) JA 1993-IV, síntesis - (6) ALJA 1976-B-1263.