

Buenos Aires, 17 de mayo de 2011

Vistos los autos: "Municipalidad de San Nicolás c/ resolución 2152/05 SE - resol. 3109/04 ENARGAS (ex. 3109/04).

Considerando:

1º) Que esta Corte comparte lo expresado en los apartados I a III -inclusive- del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, en relación a los antecedentes del caso y a la procedencia formal del recurso extraordinario deducido por Litoral Gas S.A., a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

2º) Que, tal como allí se relató, el ajuste de las tarifas solicitado por aquella empresa se fundó -básicamente- en que el requerimiento de pago efectuado por la autoridad municipal en concepto de derechos por ocupación o uso de espacios públicos, implicaba una elevación de la carga fiscal que debía tener su pertinente correlato en una variación de las tarifas. El a quo consideró procedente aquel ajuste -en su exacta incidencia- únicamente en la medida en que los mencionados derechos recayesen sobre las instalaciones efectuadas por la distribuidora con posterioridad a la toma de posesión y, en cambio, rechazó la petición de traslado a las tarifas en tanto se los pretenda aplicar sobre aquellas obras o instalaciones que ya habían sido realizadas por Gas del Estado antes de su privatización. Sustentó tal decisión -sustancialmente- en lo resuelto por el Tribunal en los casos registrados en Fallos: 320:1915 y 326:2653.

3º) Que, en primer término, corresponde recordar que en la tarea de establecer la correcta interpretación de las normas federales que le asigna el art. 14, inciso 3º, de la ley 48, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado y del recurrente, sino que le incumbe realizar "una declaratoria sobre el punto disputado" (art. 16 de la ley

citada), según la inteligencia que ella rectamente le otorgue (Fallos: 307:1457; 320:1915, entre muchos otros).

4º) Que, sin embargo, resulta pertinente destacar dos circunstancias relativas al desarrollo procesal del caso, a las que se ceñirá la decisión de este Tribunal.

La primera de ellas, es que no es un hecho controvertido por las partes que la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, a la fecha de la toma de posesión por parte de Litoral Gas S.A. (año 1992), no exigía el pago de derechos por la ocupación o el uso del espacio público a Gas del Estado, pese a que las Ordenanzas Fiscales y Tarifarias vigentes en aquel municipio sí tenían previsto en sus disposiciones el cobro de esa clase de tributos, con el mismo alcance que estos fueron mantenidos en las ordenanzas vigentes en el período cuyo cobro se reclama (año 2004). Es decir, no se halla en tela de juicio que, en su estricto sentido literal, no se habría producido un cambio en el contenido de las normas tributarias que establecieron los derechos de ocupación y uso del espacio público.

La segunda de ellas, es que cualquiera sea el alcance que corresponda otorgar a las normas que rigen el caso, lo cierto es que la sentencia no fue apelada por la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos sino únicamente por Litoral Gas S.A., de manera tal que este Tribunal carece de jurisdicción para alterar la decisión del a quo en cuanto en ella se ha consagrado el derecho de Litoral Gas S.A. a trasladar a las tarifas, la incidencia de los derechos por ocupación y uso del espacio público respecto de aquellas instalaciones construidas o colocadas con posterioridad a la toma de posesión por parte de la licenciataria .

5º) Que el punto 6.1, Anexo B, del Modelo de Licencia de Distribución (subanexo I, "Reglas Básicas") aprobado por el art. 5º del decreto nacional 2255/92 establece: "Mientras esté a

su cargo el Servicio Licenciado, la Licenciataria tendrá derecho a la ocupación y uso gratuitos de todas las calles, avenidas, plazas, puentes, caminos y demás lugares del dominio público, incluso su subsuelo y espacio aéreo, que fueren necesarios para la colocación de las instalaciones destinadas a la prestación del Servicio Licenciado incluyendo las líneas de comunicación y las interconexiones con terceros. Ello no obstante, si por sentencia judicial firme se admitiera la validez de las normas provinciales o municipales que impongan a la Licenciataria un cargo por dicha ocupación o uso, la Licenciataria podrá trasladarlo, en su exacta incidencia, a las tarifas de los Usuarios residentes en la jurisdicción que impuso dicho cargo, debiendo intervenir la Autoridad Regulatoria de acuerdo con el procedimiento previsto en el punto 9.6.2. y sin derecho a reclamo alguno contra el Otorgante o Gas del Estado".

6º) Que esta Corte en ocasión de examinar la cláusula 6.1. antes transcrita, ha señalado que su interpretación debe ser hecha en forma integral y armónica con las restantes normas que integran el marco regulatorio del servicio público de transporte y distribución de gas natural (Fallos: 320:1915, considerando 8º).

En este sentido cabe recordar que las disposiciones contenidas en el citado Anexo B, Subanexo I, del decreto 2255/92, en cuanto interesa, consagran lo siguiente: "La Licenciataria estará sujeta al pago de todos los tributos establecidos por las leyes aplicables y no regirá a su respecto ninguna excepción que le garantice exenciones ni estabilidad tributaria de impuestos, tasas o gravámenes nacionales, provinciales o municipales. Sin perjuicio de ello, si con posterioridad a la Fecha de Vigencia se produjere una modificación de su carga fiscal, originada como consecuencia de la sanción, modificación, derogación o exención de impuestos, tasas o gravámenes nacionales, provinciales o municipales que recaigan (i) sobre las tarifas, o (ii) sobre la actividad de prestación del Servicio Licenciado [...] , la

Licenciataria podrá requerir a la Autoridad Regulatoria, o ésta disponer de oficio, la correspondiente variación de la Tarifa" (**Capítulo XIII. Régimen Impositivo**). Por su parte, el **Capítulo V. Régimen de los Activos Afectados al Servicio**, establece en el **punto 5.9. Impuestos:** "Todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales que graven los Activos Esenciales, los Otros Bienes, todo otro activo y/o la actividad de la Licenciataria estarán a cargo de la Licenciataria, la que los deberá abonar puntualmente, sin perjuicio de lo dispuesto por la última frase del primer párrafo del artículo 41 de la Ley", esto es, la posibilidad de ajustar las tarifas conforme a una metodología que "...reflejará cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas". Por último, el **Capítulo IX. Reglamento del Servicio y Tarifas**, establece en el **punto 9.6.2. Ajustes por cambios en los Impuestos:** "Las variaciones de costos que se originen en cambios en las normas tributarias (excepto en el impuesto a las ganancias o el impuesto que lo reemplace o sustituya) serán trasladadas a las tarifas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley y su Reglamentación", quedando a cargo de la licenciataria la demostración de la incidencia de tales cambios en sus tarifas.

De ello se deriva, como principio general, que las licenciatarias deberán abonar todos los tributos vigentes a la fecha de toma de posesión sin poder transferirlos a las tarifas, pues se trata de un costo que se entiende que debió ser oportunamente evaluado y, por ende, incluido en el cuadro tarifario. Únicamente se prevé la variación de la tarifa, si con posterioridad a la fecha antes indicada, se produjere una modificación en las cargas tributarias de las licenciatarias, ya sea por el incremento de las alícuotas existentes o por la aparición de nuevos gravámenes (ver considerandos 7° y 8° de Fallos: 320:1915).

7°) Que, en cuanto al caso concierne, no puede ser pasado por alto que esta Corte al decidir la causa L.472.XXXVI.

"Litoral Gas. S.A. c/ Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos s/ acción meramente declarativa" seguida entre las mismas partes y fallada el 27 de mayo de 2004, con remisión a lo resuelto en los casos L.172.XXXV. "Litoral Gas S.A. c/ Municipalidad Villa Constitución s/ acción meramente declarativa", el 11 de mayo de 2004, y G.501.XXXV. "Gas Natural Ban S.A. c/ Municipalidad de Campana (Pcia. de Buenos Aires) s/ acción meramente declarativa", el 12 de agosto de 2003, sostuvo:

"Que el uso gratuito antes mencionado, en tanto constituye una exención de índole tributaria sólo prevista en un decreto del Poder Ejecutivo Nacional (el 2255/92), vulnera el principio de legalidad que gobierna esta materia (conf. punto VIII del dictamen y Fallos: 314:1842; 316:1115, y 2329 y sus citas; 319:3400 y 321:2683, entre otros)". "Ello así, pues la ley 24.076 no contiene precepto alguno que prevea una exención de tal naturaleza; a lo que cabe añadirse que si bien esta Corte, ha reconocido la facultad del Congreso Nacional de consagrar -dentro del ámbito de su competencia constitucional-...[exenciones] fiscales en el orden provincial o municipal, ha exigido, sin embargo, que aquéllas 'deban ser dispuestas de modo inequívoco, porque las...[exenciones] revisten carácter excepcional, requieren de una manifestación cierta de voluntad legislativa y no pueden ser resueltas sobre la base de meras inferencias' (doctrina de Fallos: 248:736 y 324:933)" (ver Fallos: 326:2653, considerando 4°).

En tales condiciones, resultaría inadmisibles la pretensión de poner en funcionamiento la metodología de traslado a las tarifas previsto en el punto 6.1., sobre la base de que existe una "sentencia firme" que habría admitido la validez de las normas provinciales o municipales, si precisamente, en dicha sentencia el Tribunal no se ha limitado a examinar la potestad de orden genérico que poseen las provincias y los municipios para establecer esta clase de derechos, sino que concluyó que la propia exención tributaria contenida en aquella disposición -en

la que se sustentaría la alegada modificación de la carga fiscal—nunca pudo ser fijada por una norma de rango inferior a la ley —como lo es el decreto 2255/92—, sin violentar el principio de legalidad establecido en los arts. 4º, 17 y 75, inciso 2º, de nuestra Constitución Nacional. La decisión de esta Corte, descalificó la exención por el hecho de haber sido establecida por un órgano incompetente para su dictado y, la consecuencia de ello no puede ser otra que el restablecimiento de los principios generales que aquella cláusula pretendió desconocer, esto es, el pago de los derechos por ocupación o uso de espacios públicos por parte de la licenciataria, y la imposibilidad de su traslado a las tarifas, si —como ocurre en el caso— no ha sido acreditada la modificación del contenido de las normas tributarias, en los términos indicados en el considerando anterior (ver, **en especial**, el texto de la Ordenanza Fiscal y Tarifaria correspondiente al año 1992, y al año 2004, agregadas a las actuaciones administrativas y a fs. 20/79 y 80/180, del expediente principal).

8º) Que por lo hasta aquí expuesto, correspondería dejar sin efecto en su totalidad la decisión del a quo, pero en atención a la limitación de la jurisdicción del Tribunal que ha sido señalada en el considerando 4º de la presente, corresponde confirmar la sentencia apelada.

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Las costas se imponen en el orden causado, atento a las dificultades que presenta la cuestión debatida, y a los fundamentos en los que el Tribunal ha basado su decisión (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **Litoral Gas S.A.**, representada por el **Dr. Juan Pablo Dirienzo**.

Traslado contestado por **Marcelo Carignani**, Intendente de la **Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos**, actora en autos, con el patrocinio letrado del **Dr. José Antonio Hormazábal**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II**.

Para acceder al Dictamen de la Procuración General de la Nación
ingrese a:

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2009/monti/febrero/1/m_1224_1_xliii_municipalidad.pdf

Tarifas - Ente nacional regulador del gas - Tributo