

## Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Año de su Sesquicentenario*

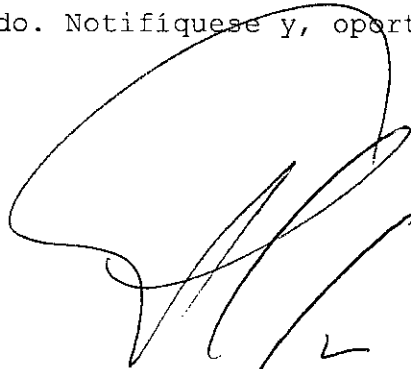
Buenos Aires, 11 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Establecimiento Liniers S.A. c/ EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas en el orden causado. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

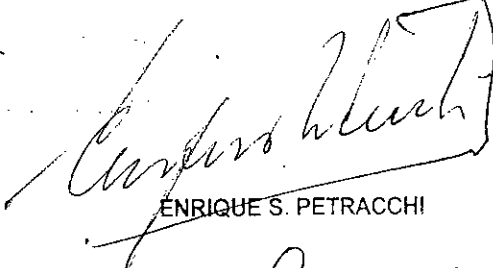


*(por su voto)*

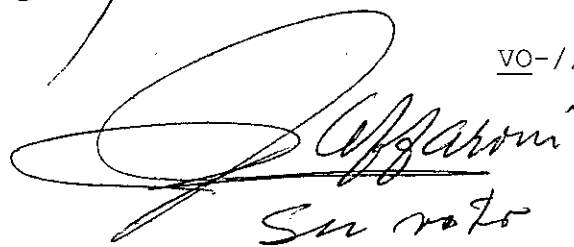
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



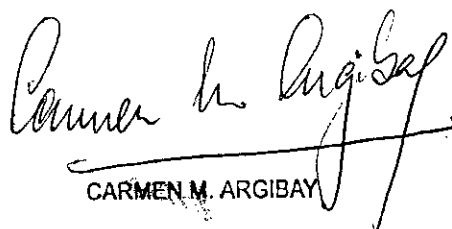
CARLOS S. FAYT



ENRIQUE S. PETRACCHI



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

VO-11-13

ES COPIA FIEL



*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

-// - TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON  
de NOLASCO Y DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1º) Que Establecimientos Liniers S.A. promovió acción de amparo con el objeto de que se declarara la inconstitucionalidad de la ley 26.095, del decreto 1216/06 y de las resoluciones 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación (MPFIPyS) y 3689/07 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), por las que se crearon cargos específicos destinados a repagar las obras de ampliación de la red de transporte y distribución de gas natural y se fijó el quantum que, en tal concepto, le correspondía abonar.

2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con remisión a los fundamentos de su precedente "INTA SA c/ EN -ley 26.095- s/ amparo ley 16.986", revocó la sentencia de la anterior instancia en la que se había hecho lugar a la demanda y declarado la inconstitucionalidad de la normativa impugnada.

Para decidir de esa forma, el tribunal a quo consideró que: a) en el debate parlamentario de la ley 26.095 se examinó la naturaleza jurídica de los cargos específicos y se afirmó que no se trataba de tributos por no encuadrar en las especies típicas, sino de una extensión del concepto de tarifa; b) esa tesis, que consideraba parte de la tarifa a los cargos en cuestión, no se presenta como manifiestamente arbitraria o ilegal, habida cuenta de que -frente a ella- la posición de la ma-

gistrada de grado de tenerlos por contribución parafiscal no resulta jurídicamente incontrovertible; c) el Estado, junto al poder tributario, ostenta también la potestad tarifaria propia de los servicios públicos, que no se ve afectada con motivo de la privatización de tales servicios; d) el ENARGAS cuenta con una amplia competencia reguladora, dentro de la que se encuentra el poder para la fijación unilateral de las tarifas; e) a la luz de la ley 24.076 la Administración estaba facultada para aumentar las tarifas a efectos de financiar las obras de expansión que fuera conveniente exigir a las prestadoras al amparo de la razonable rentabilidad contractual; f) la ley 26.095 desdobló las tarifas y el importe correspondiente a los cargos específicos pasa a integrar el patrimonio de afectación para la financiación de las obras cuya construcción el Estado encarga a personas distintas de los concesionarios; g) este nuevo régimen no ha modificado en rigor las obligaciones de los usuarios sino que ha efectuado una distinción entre la tarifa que remunera al concesionario y la que deben abonar los usuarios, distingo que ha sido aceptado por la Corte Suprema y no resulta manifiestamente irrazonable; h) los cargos no resultan "confiscatorios" pues, al no ser tributos, no deben necesariamente encontrarse determinados en función de la capacidad contributiva del usuario; e i) no se observa una violación a la garantía de igualdad en tanto las distinciones establecidas en la normativa respecto de quienes deben abonar los cargos no resultan discriminatorias.

3°) Que, contra esa decisión, la actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 213/228 vta.), que fue contestado a fs. 231/242 y concedido a fs. 244. Los agravios han sido

## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

adecuadamente reseñados en el punto II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que cabe remitir para evitar repeticiones innecesarias.

4°) Que el recurso extraordinario resulta admisible pues en el sub lite se discute la inteligencia de normas federales (leyes 24.076 y 26.095) y de actos de autoridad nacional (decreto 1216/06 y resoluciones MPFIPyS N° 2008/06 y ENARGAS N° 3689/07) y la decisión del superior tribunal de la causa ha sido contraria a la pretensión que la apelante sustenta en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

5°) Que a los efectos de resolver el planteo de la actora es imprescindible reseñar el marco normativo en el que se encuadra la cuestión. En este sentido cabe destacar que la ley 26.095 fue sancionada en el marco de la urgente necesidad de afrontar inversiones en el rubro del transporte y distribución de los servicios de gas y electricidad que permitieran incrementar la capacidad instalada y evitar el riesgo de insuficiencia de suministro para atender el aumento de consumo verificado en el país (confr. fundamentos del proyecto de ley, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2ª Reunión - 2ª Sesión Ordinaria, 15 de marzo de 2006, págs. 624/625; y exposición de los Diputados Bertone -pág. 625-, Poggi -pág. 636-, Fernández -pág. 641-).

Con ese objetivo, en el precepto se dispuso la creación de cargos específicos para el desarrollo de obras de infraestructura energética que atendieran a la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de

gas natural, gas licuado y/o electricidad. Esos cargos resultarían un aporte a los fondos de fideicomiso constituidos o a constituirse para desarrollar las obras en cuestión (confr. arts. 1º y 2º de la ley 26.095).

Asimismo, se facultó al Poder Ejecutivo a fijar su valor y a ajustarlos, en la medida que resultara necesario, con el objeto de asegurar el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengara con motivo de las obras (confr. art. 4º).

También se previó que los cargos deberían mantenerse hasta tanto se verificase el pago en forma íntegra de los títulos emitidos por los fideicomisos constituidos o a constituirse (art. 5º) y serían facturados y percibidos por los sujetos habilitados para operar como transportistas o distribuidores de energía eléctrica o gas natural, por cuenta y orden de los fideicomisos y deberían incluirlos, en forma discriminada, en la factura que emitieran por los servicios que prestan (art. 7º).

Además, y con el objeto de no comprometer la situación económica de pequeños usuarios, se autorizó al Poder Ejecutivo a exceptuarlos del pago de los cargos (art. 9º). Finalmente, se aclaró que no serían pasibles de financiamiento por esta vía las obras cuya obligación de hacer correspondiera a permisionarios y concesionarios de servicios públicos que tuvieran obligación a ello conforme a los contratos que dieron origen al permiso o concesión y sus modificatorias y ampliatorias (confr. art. 10).

*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

Posteriormente, en el decreto 1216/06, se precisó que los cargos creados en la ley 26.095 se aplicarían a la construcción, ampliación o expansión de instalaciones de transporte y de distribución afectadas a la prestación de los servicios de gas natural y/o electricidad regulados por las leyes 24.076 y 24.065 y se encomendó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios que, con la asistencia de la Secretaría de Energía y de los respectivos Entes Reguladores, fijara su valor y sus respectivos ajustes (confr. arts. 1° y 4°).

En la resolución 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios se aprobó lo actuado por la SECRETARÍA DE ENERGÍA y el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS), en relación con los cargos específicos establecidos en la ley 26.095 destinados a repagar las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas natural 2006-2008 sobre los sistemas de Transportadora de Gas del Norte S.A. y de Transportadora de Gas del Sur S.A. y se excluyó del cálculo de su valor a los segmentos correspondientes a consumos Residenciales, Usuario GNC y Categoría General P sub-categorías SGP1 y SGP2 (arts. 1° y 2°).

Finalmente, en la resolución 3689/07 del ENARGAS se establecieron, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reseñada, los valores del cargo mensual por cada m<sup>3</sup> diario de capacidad de transporte reservada.

6°) Que, ello sentado, y atento a los términos de los agravios del recurrente, parece adecuado en primer término determinar la naturaleza jurídica que ostentan los cargos cuestio-

nados en autos para luego, sobre esa base, examinar si se ajusta a las pautas constitucionales y legales que rigen la materia en debate. En otros términos, se debe comenzar por establecer si la suma que el Estado pretende cobrar a los usuarios del servicio de gas para integrar el fideicomiso destinado a la realización de obras de las que no necesariamente serán beneficiarios directos es un tributo —en cualquiera de sus manifestaciones— tal como lo plantea la parte actora o, por el contrario, reviste naturaleza tarifaria, como lo han entendido el a quo y la señora Procuradora Fiscal.

7°) Que, a tal efecto, es dable recordar que, según doctrina inveterada de esta Corte Suprema de Justicia la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico. En consecuencia, requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando tras un acabado examen del precepto se llega a la convicción cierta de que no existe otro modo de salvaguardar el derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional que se encuentra conculcado (conf. Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 301:962, 904; 305:1304; 311:394; 312:72; 324:920, 3345; 327:5147; 328:2567; 330:2981; 331:2068; 333:447, entre muchos otros). La ventaja, el acierto o desacierto de la medida legislativa escapa al control de constitucionalidad (conf. doctrina de Fallos: 238:60; 290:245; 306:1964; 332:373, entre otros).



## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

8°) Qué es necesario tener presente que en el régimen general aplicable a la actividad se previó la posibilidad de exigir a los transportistas y distribuidores extender o ampliar las instalaciones cuando ello resultara conveniente a las necesidades del servicio público, siempre que pudieran recuperar, mediante tarifas, el monto de sus inversiones a la rentabilidad establecida en la ley (confr. arts. 16 y 32 de la ley 24.076). Para estos casos la normativa estableció un procedimiento destinado a financiar las inversiones necesarias, que variaría según estas beneficiasen a la mayoría de los usuarios o se encontrasen restringidas a un determinado grupo.

9°) Que, al primero de esos supuestos se refiere el art. 41 del marco regulatorio, al disponer que "*En el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores. Dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones...*" (el subrayado no pertenece al texto original).

De esta forma, mediante uno de los factores de ajuste tarifario quinquenal (art. 42 de la ley marco) se procuró financiar las inversiones adicionales a las previstas en las respectivas habilitaciones, que no pudieran ser recuperadas mediante las tarifas vigentes (confr. art. 41 del decreto 1738/92, reglamentario de la ley 24.076), siempre que ellas se refiriesen a

proyectos relacionados con el interés de la mayoría de los usuarios.

10) Que, por otra parte, para el caso de aquellas inversiones que sólo presentan un beneficio localizado, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 16 de la ley 24.076 según el cual el financiamiento surge de un acuerdo entre el grupo de interesados en la obra y el prestador, que se somete a la consideración del ENARGAS. En estos casos, son los requirentes de la obra quienes deben sufragar sus costos.

11) Que lo hasta aquí señalado pone en evidencia que el marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural expresamente contemplaba la posibilidad de que la autoridad administrativa pudiera disponer la realización de obras de infraestructura destinadas a la expansión del sistema que no estuvieran originariamente previstas en los contratos, las que se financiarían mediante un incremento tarifario que estaría a cargo de todos los usuarios, que de ese modo contribuirían para que los nuevos tengan servicio (art. 41), o a cargo exclusivo de los especiales beneficiados (art. 16).

12) Que, en este aspecto, la ley 26.095, al disponer que las obras de infraestructura energética necesarias para atender a la expansión del sistema de transporte y/o distribución del servicio de gas natural fueran financiadas por los usuarios, no introdujo modificaciones al esquema ya establecido en la ley 24.076, que expresamente contemplaba la posibilidad de que las tarifas remuneraran los costos de los emprendimientos que reputaran un beneficio general al sistema. Esta situación se

## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario.*

configura en el caso, tal como lo ponen de manifiesto las intervenciones de los legisladores en el debate parlamentario, en las que se destacó la imperiosa necesidad de avanzar en proyectos destinados a incrementar la capacidad de transporte de energía para sostener los niveles de crecimiento económico del país (confr. fundamentos del proyecto de ley, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2ª Reunión - 2ª Sesión Ordinaria, 15 de marzo de 2006, págs. 624/625; y versión taquigráfica de la 7ª reunión de la 6ª Sesión Ordinaria de la Cámara de Senadores de la Nación).

13) Que, en consecuencia, no cabe sino concluir en que los cargos específicos creados en la ley y reglamentos impugnados en autos constituyen un componente de la tarifa del servicio de transporte y distribución de gas que, cabe recordar, no sólo retribuyen los costos operativos y de mantenimiento de las instalaciones sino también los de las inversiones necesarias para la adecuada prestación del servicio.

14) Que en nada afecta a la conclusión precedente el hecho de que, a diferencia de lo previsto en el marco regulatorio, las sumas recaudadas por el concepto en cuestión no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que se constituyan en aportes a los fondos de los fideicomisos organizados para el desarrollo de obras de infraestructura.

En efecto, tal como se desprende de la normativa aplicable al servicio, los transportistas y distribuidores no están obligados a llevar a cabo extensiones de redes no previstas en sus respectivos contratos (confr. art. 16, pto. 3º del

decreto 1738/92, y numeral 8.1.3 de las Reglas Básicas de las Licencias de Transporte y Distribución).

Por otra parte, no puede soslayarse la fuerte incidencia que, al momento de la sanción de la normativa cuestionada en autos, tenían las previsiones de la ley 25.561 sobre el régimen tarifario del servicio. Este precepto había suspendido la aplicación de cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras previstas en los contratos, fijó las tarifas a una paridad cambiaria un peso (\$ 1) = un dólar (u\$s 1) y dispuso la renegociación de los contratos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos (arts. 8° y 9°).

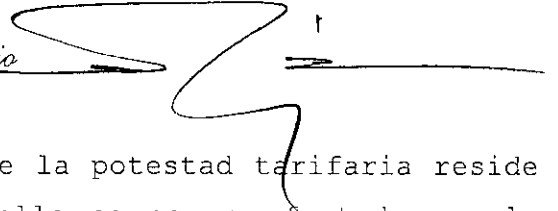
En este excepcional contexto, de revisión global de los contratos y de las retribuciones de los licenciatarios, no resultaba ilegítimo ni irrazonable que el Estado no encomendara a éstos las obras imprescindibles para paliar la creciente insuficiencia de infraestructura básica, sino que optara por una solución alternativa para el debido cumplimiento del fin perseguido, esto es, prever un fondo fiduciario para solventar la ejecución de tales obras por terceros ajenos a los prestadores.

Este particular sistema traduce sólo una modificación en la forma de realización de las obras pero no altera su modo de financiamiento que, en definitiva, resulta sustancialmente idéntico al previsto en el régimen establecido en la ley 24.076.

15) Que, sentada la naturaleza tarifaria del cargo bajo examen, resulta claro que su determinación no se encuentra sujeta al principio de legalidad en materia tributaria (confr. Fallos: 331:1942). En efecto, corresponde recordar que desde an-

## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*



tiguo esta Corte ha reconocido que la potestad tarifaria reside en el poder administrador y que ella no se ve afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio público. Así, dijo en la causa "Ventafrida, Víctor c/ Cía. Unión Telefónica" (Fallos: 184:306) que, tratándose de un servicio "cuya explotación se confiere por el Estado en forma de franquicia, concesión o privilegio, la única defensa del público llamado a usar de él consiste en el contralor permanente de aquél sobre los precios, por medio de las tarifas. Es por eso que ninguna tarifa tiene validez legal sin una ley o decreto que la autorice, pero una vez establecida ella es obligatoria para el público y para el concesionario". Sobre el modo de ejercicio de esa potestad, señaló esta Corte en la misma causa que: "la apreciación de la autoridad administrativa acerca de la justicia y razonabilidad de las tarifas a los fines de su aprobación, es por la ley 750 1/2 facultad privativa del P.E. y éste puede usarla tanto respecto del pasado, diciéndolo expresamente, como del porvenir, sin que los jueces tengan facultad para revisarlas dejándolas sin efecto o para modificarlas en cualquier sentido" (Fallos: 322:3008).

Asimismo en distintos precedentes el Tribunal hizo hincapié en la diferencia que existe entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, del ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad (Fallos: 321:1252 y 322:3008).

16) Que en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, **tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario.** Destacó este Tribunal asimismo que la responsabilidad del Estado concedente y su autoridad no se detienen en el momento del otorgamiento de la concesión y, por ello, resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación (Fallos: 262:555; 321:1784).

17) Que desde la perspectiva descripta cabe examinar si la normativa impugnada se adecua razonablemente a los principios que rigen las tarifas del servicio de transporte y distribución de gas.

En este sentido, el régimen implementado en la ley 24.076 tuvo por objetivos, entre otros, alentar inversiones para ~~asegurar el suministro a largo plazo (art. 2º, inc. b);~~ propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural (art. 2º, inc. c) y asegurar que las tarifas que se apliquen a esos servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la ley (art. 2º, inc. d). Acorde a ello se previó que, en la determina-

## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*



ción de la tarifa se aseguraría el mínimo costo para los consumidores, **compatible con la seguridad del abastecimiento** (art. 38, inc. d).

Tal como se señaló anteriormente, los debates que precedieron a la normativa en examen ponen de manifiesto la necesidad de paliar una situación de insuficiencia de infraestructura que ponía en jaque la continuidad del abastecimiento de acuerdo con lo previsto en las normas del sector. Ello se vio plasmado en el texto de la ley 26.095 en el que expresamente se fijó como objetivo prioritario y de interés del Estado Nacional el desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y electricidad (confr. art. 1º). Es decir que aparecen demostradas objetivamente las razones que, de acuerdo con los objetivos fijados en la ley, justificaron la modificación tarifaria.

18) Que toda vez que el incremento aquí cuestionado obedeció a una nueva realidad a la que no atendía el cuadro tarifario anteriormente vigente, su razonabilidad debe examinarse considerando el valor de las obras encaminadas a estimular la eficiencia en la prestación del servicio, pues se produjo una variación de uno de los componentes económicos a tener en cuenta para fijar la tarifa. Por lo tanto no parece adecuado tachar de irrazonable y desproporcionado el aumento, como lo hace el recurrente, a partir de la simple comparación de los valores que se abonaban antes y después de la fecha en que se implementó el incremento.

La ponderación de la justicia y razonabilidad de la tarifa no puede, entonces, efectuarse sobre la base de tal cotejo sino que deberá llevarse a cabo a partir del costo insumido por las nuevas obras.

19) Que en el caso, el actor no demuestra que los incrementos dispuestos no guarden debida relación con las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas natural aprobadas por la resolución 2008/06 del Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios. Tampoco se han agregado en el caso otros elementos de juicio que permitan al Tribunal concluir en que las tarifas no resulten justas y razonables, de acuerdo con los principios que rigen la materia.

20) Que, finalmente, no obsta a las conclusiones arribadas el hecho de que la modificación tarifaria alcance a cierta categoría de usuarios, tal como surge de lo previsto en el art. 9° de la ley 26.095. En efecto, cabe recordar que el art. 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia libertad para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación (Fallos: 320:1166); ~~aunque ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo (Fallos: 315:839; 322:2346).~~



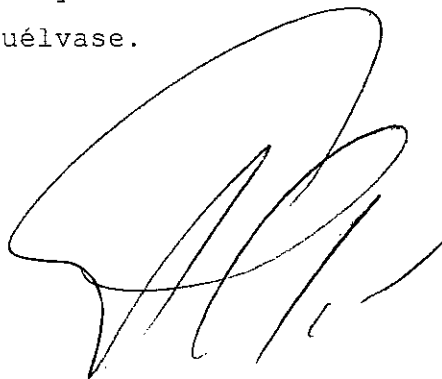
## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

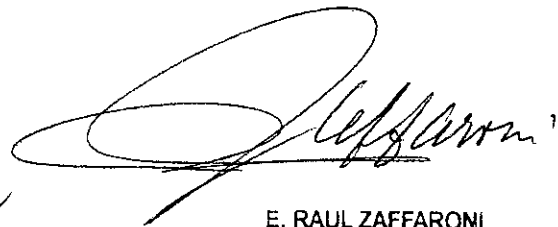
En consonancia con esta interpretación, en el art. 43 de la ley 24.076 se habilita, si bien con carácter excepcional, la posibilidad de efectuar diferencias en las tarifas, cargos o servicios en la medida que atiendan a la distinta localización, tipos de servicios o cualquier otro distingo equivalente.

En el caso, la exclusión de los segmentos correspondientes a consumos Residenciales, Usuario GNC y Categoría General P sub-categorías SGP1 y SGP2, no parece conculcar la garantía aludida, en tanto persiguió proteger la situación de pequeños usuarios y consumidores de menores recursos, que podía verse comprometida por la aplicación de dichos cargos (confr. fundamentos de elevación del proyecto de ley).

Por todo lo expuesto, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



E. RAUL ZAFFARONI

**ES COPIA FIEL**

Recurso extraordinario interpuesto por Establecimientos Liniers S.A., actora en autos, representada por el Dr. José Luis Languiller, en calidad de apoderado.

Traslado contestado por el Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, demandado en autos, representado por el Dr. Eduardo José Villar.

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

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 9.