

## Corte Suprema de Justicia de la Nación

*Año de su Sesquicentenario*

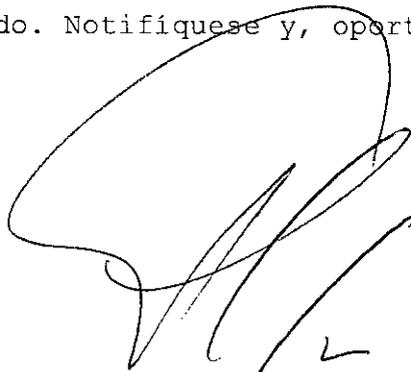
Buenos Aires, 11 de junio de 2013.

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.

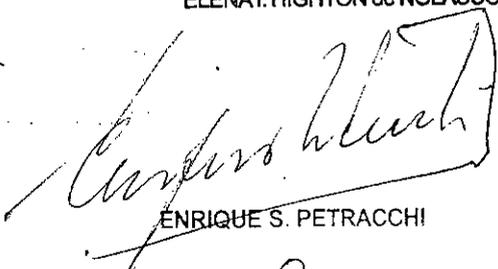


*(por su voto)*

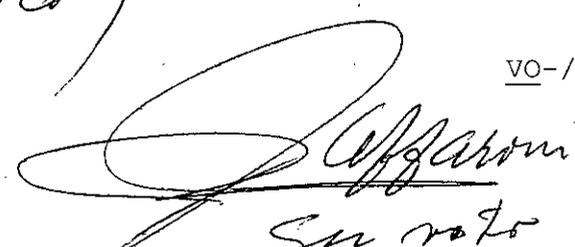
ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT

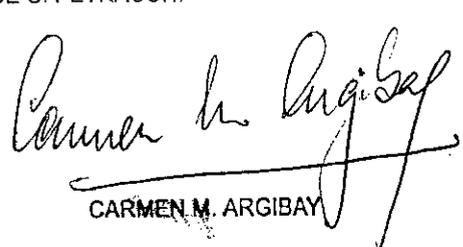


ENRIQUE S. PETRACCHI



*su voto*

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).

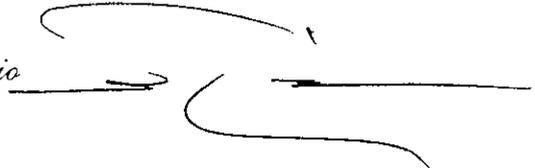
16) Que en todo régimen de prestación de servicios públicos por medio de concesionarios, las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme a lo que disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, **tales como asegurar la prestación 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).~~

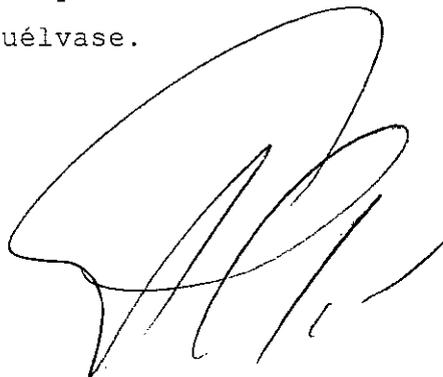
## *Corte Suprema de Justicia de la Nación*

*Año de su Sesquicentenario*

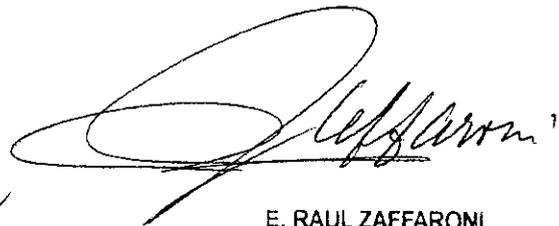
En consonancia con esta interpretación, en el art. 43 de la ley 24.076 se habilita, si bien con carácter excepcional, la posibilidad de efectuar diferencias en las tarifas, cargos o servicios en la medida que atiendan a la distinta localización, tipos de servicios o cualquier otro distinguo equivalente.

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.

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

– I –

A fs. 209, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I), con remisión a los fundamentos de un precedente de la misma Sala “INTA S.A. – expte. 8563” dictado el 8 de julio de 2008, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la acción de amparo entablada por Establecimientos Liniers S.A. contra el Estado Nacional para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.095, del decreto 1216/06 y de las resoluciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación (MPFIPyS) 2008/06 y del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) 3689/07, en tanto crean cargos específicos destinados a repagar las obras de ampliación de la red de transporte y distribución de gas natural 2006/2008 y facultan al Poder Ejecutivo a fijar su valor.

Para así decidir, los magistrados, en primer lugar, rechazaron las objeciones formales que se opusieron a la procedencia del amparo. Al respecto sostuvieron que si bien, en principio, dilucidar las cuestiones planteadas mediante dicha acción parecía requerir de mayor debate y prueba, desestimar la demanda por esta circunstancia habría implicado un rigorismo formal excesivo frustratorio del derecho de defensa, toda vez que la sentencia dictada en la anterior instancia había sido estimatoria de la pretensión incoada.

En cuanto al fondo de la cuestión, tras efectuar el análisis del marco regulatorio del gas y considerar la incidencia negativa que la Ley de Emergencia Pública 25.561 tuvo sobre los contratos de servicio de transporte y distribución regulados por la ley 24.076, tomaron en cuenta el dictamen mayoritario de las Comisiones del Senado de la Nación —emitido con motivo de la elaboración del proyecto de ley sancionado con el número 26.095—, por el cual se concluyó, respecto de la naturaleza jurídica de los cargos específicos destinados a ampliar la infraestructura de red de los servicios de energía, que ellos

constituían una **extensión del concepto de tarifa** y se desestimó, a su vez, el invocado carácter tributario de tales cargos.

Estimaron así que la ley 26.095 no era manifiestamente arbitraria o ilegal —según los términos del art. 43 de la Constitución Nacional para la procedencia del amparo—, pues recordaron que tanto el poder tributario como la potestad tarifaria propia de los servicios públicos eran del Estado y que al residir esta última en el poder Administrador —como lo sostuvo la Corte, la Procuración del Tesoro de la Nación y autorizada doctrina administrativa— le resultaba inaplicable, para el ejercicio de tal potestad, el principio de reserva de ley.

Destacaron, por otra parte que, a la luz de lo dispuesto en la ley 24.076, la Administración —en ejercicio de aquella potestad— se encontraba suficientemente facultada para aumentar las tarifas con el objeto de financiar las obras de expansión que, como organizadora de los servicios públicos de transporte y distribución de gas, considerase conveniente exigir y que, a los efectos de así disponerlo, no necesitaba de una nueva autorización legal, toda vez que para ejercer legítimamente el poder tarifario no requería de más habilitación que la previa declaración de servicio público ya establecida por aquel marco regulatorio.

Pusieron de manifiesto, además, que la ley 24.076 había sido concebida desde la perspectiva de una realidad económica y financiera en la que era previsible la necesidad de realizar ajustes tendientes a suplir una eventual insuficiencia de las tarifas para retribuir las inversiones destinadas a las obras de expansión que los concesionarios estaban obligados a efectuar y que, por tal motivo, cuando la ley 26.095 estableció que dichas obras serían ejecutadas en la forma y bajo la modalidad en ella dispuesta, en rigor, no había modificado las obligaciones de los usuarios, pues sólo se había limitado a distinguir entre la tarifa que remunerara al concesionario por la prestación del servicio público y el importe de los cargos tarifarios para las obras cuya ejecución el Estado había decidido no exigir a las licenciatarias. La validez de tal distingo —prosiguieron—

*Procuración General de la Nación*

es lo que hacía que la creación de los cargos específicos no resultara manifiestamente violatoria de la razonabilidad en el ejercicio de las funciones legislativas al sancionarse la ley en ese sentido.

Por otra parte, consideraron que la queja atinente a que el monto de los cargos específicos excedía incluso lo que la licenciataria cobra por el consumo suministrado no determinaba su invalidez como parte integrante de la tarifa, habida cuenta de que esta última, como principio, debía cubrir el costo "real" y "total" del servicio público comprensivo de las obras que fuera necesario construir para su expansión, tal como ya se encontraba previsto en la ley 24.076.

En definitiva, expresaron que los cargos específicos cuestionados, al no constituir tributos, no necesariamente debían encontrarse determinados en función de la capacidad contributiva que pudiese ostentar el usuario, por lo que no resultaba cuestionable que, de conformidad con lo establecido en la ley 26.095, se fijaran en razón de los recursos que, por estar cubiertos con otras fuentes de financiamiento disponibles, eran necesarios para ejecutar las obras de ampliación y se proratearan entre la totalidad de los cargadores del sistema, con exclusión de las categorías correspondientes a los pequeños usuarios.

Sobre este aspecto, acotaron que no podía considerarse como una manifiesta e indebida discriminación que la ley 26.095 hubiera puesto — según la resolución MPFIPyS 2008/06— sólo a cargo de los “grandes usuarios” solventar los costos involucrados en la expansión de la red con la finalidad de asegurar una eficiente prestación del servicio, toda vez que dichos usuarios no podían negar que las obras a realizarse con dichos cargos los beneficiarían en forma indirecta —por ser los más expuestos ante cortes de suministros que se tornarían necesarios por la escasez del fluido—, ni el incremento de la demanda de la prestación, como que el nuevo régimen, además, posibilitaría que una enorme cantidad de personas accediera al servicio.

Contra tal pronunciamiento, la actora planteó el recurso extraordinario de fs. 213/228, el cual fue concedido a fs. 245 por hallarse en juego la interpretación de normas federales.

Se agravia porque considera que la Cámara realizó un equivocado examen acerca de la naturaleza jurídica de los cargos específicos creados por la ley 26.095, pues, contrariamente a lo resuelto, entiende que estos últimos reúnen las características típicas de un recurso tributario que el Estado obtiene mediante el ejercicio de su poder de imperio y que, por tal motivo, el Poder Legislativo delegó inválidamente en el Ejecutivo la determinación del hecho imponible, la base imponible, la alícuota, los sujetos pasivos y el plazo, vulnerando así derechos y garantías constitucionales, en especial el principio de reserva legal ampliamente sostenido por la Corte.

Con relación a dicho principio, puntualiza que en materia tributaria esta clase de delegaciones encuentra un claro límite en los arts. 4º, 9º, 17, 19, 52, 75 incs. 1º y 2º, 76 y 99 de la Constitución Nacional, en virtud de los cuales sólo una ley formal iniciada en la Cámara de Diputados puede definir los hechos imponibles en sus acepciones objetiva y subjetiva.

Advierte que los legisladores que se opusieron al proyecto de ley, sancionado luego bajo el número 26.095, definieron la naturaleza jurídica de los cargos específicos como contribución de mejoras, algunos, y, otros, como un impuesto, pero siempre les asignaron carácter tributario.

Afirma, por otra parte, que con la aplicación del nuevo régimen sancionado se afectó la garantía de igualdad —ya que se modificaron las obligaciones de ciertos usuarios— los principios de seguridad jurídica y de razonabilidad, así como los derechos de propiedad y de tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, reitera su petición de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 26.095 y de sus normas reglamentarias.

*Procuración General de la Nación*

- III -

La Corte ha señalado en forma reiterada que, no obstante la ausencia de carácter definitivo atribuido a las sentencias dictadas en procesos de amparo, ello no es óbice para admitir la procedencia del recurso federal cuando lo resuelto causa un agravio de difícil o imposible reparación ulterior (Fallos: 317:164; 319:2685; 320:1789, entre muchos otros), tal como acontece en este caso en que el pronunciamiento que declaró admisible al amparo resolvió el fondo de la cuestión.

En tales condiciones, el recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que en el *sub lite* se discute la inteligencia de normas federales (leyes 24.076 y 26.095 y las normas dictadas en su consecuencia) y la sentencia del superior tribunal de la causa fue adversa al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48).

Por otra parte, es preciso resaltar que, al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la interpretación que realizó el juzgador de las normas aplicables al litigio.

- IV -

Ante todo, cabe señalar que la ley 26.095 declaró de interés, y como objetivo prioritario del Estado Nacional, el desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte y distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y electricidad (art. 1º), creó cargos específicos para la ejecución de tales obras como aporte a los fondos de los fideicomisos constituidos o a constituirse para tal fin (art. 2º) y facultó al Poder Ejecutivo a fijar el valor de tales cargos (art. 4º), previó que ellos se mantendrían vigentes hasta que se verificara el pago en forma íntegra de los

títulos emitidos por los fideicomisos constituidos o que se constituyeran para atender las inversiones relativas a las obras de infraestructura energética (art. 5°), facultó al Poder Ejecutivo a determinar la asignación de los cargos específicos entre los distintos fondos fiduciarios constituidos o a constituirse destinados a las mencionadas obras (art. 6°) y autorizó a aquél a exceptuar a las categorías de pequeños usuarios del pago de tales cargos (art. 9°, segundo párrafo).

Asimismo, determinó que los sujetos habilitados para operar como generadores, transportistas o distribuidores de energía facturarían y percibirían los cargos por cuenta y orden de los fideicomisos creados a tal fin y los incluirían, en forma discriminada, en la factura o documento equivalente que emitiesen por los servicios prestados, debiendo depositar lo recaudado en los fondos fiduciarios respectivos según lo estableciera la reglamentación (art. 7°) y puso en cabeza del Poder Ejecutivo la obligación de informar trimestralmente a ambas Cámaras del Congreso de la Nación sobre la conformación y aplicación de los cargos, el monto total de la inversión, plazo de ejecución de las obras, el valor del cargo, su modalidad de aplicación, el mecanismo de ajuste y su actualización y la indicación del fondo fiduciario al cual se incorporaría el producido de la inversión (art. 8°).

En ese sentido, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 1216/06 —invocando el art. 99 inc. 2° de la Constitución Nacional—, encomendó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con asistencia técnica de la Secretaría de Energía y de los Entes Reguladores, a fijar el valor y el correspondiente ajuste de los cargos con afectación específica al desarrollo de los proyectos de infraestructura a fin de atender el repago de las inversiones y cualquier otra erogación que se devengara con motivo de ejecutarse las aludidas obras (art. 4°).

El Ministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, mediante la resolución 2008/06, aprobó lo actuado por la Secretaría de Energía y el ENARGAS en relación a los cargos específicos destinados al repago de las obras de ampliación de la capacidad de transporte de gas natural 2006/2008

*Procuración General de la Nación*

sobre los sistemas de Transportadora del Gas del Norte S.A. y Transportadora Gas del Sur S.A. definidas en el marco del decreto 465/05 y de la resolución MPFIPyS 608/05 (art. 1°), estableció que a los efectos de determinar el valor inicial del respectivo cargo específico quedarían excluidos de su cálculo los segmentos correspondientes a consumos residenciales, usuarios de GNC y categoría general P sub categorías SGP1 y SGP2 (art. 2°), dispuso que los cargos específicos que resultaran aprobados serían destinados a los fondos fiduciarios destinados a repagar las obras de expansión de gasoductos de transporte mencionadas en el art. 1° (art. 3°) y estipuló que el ENARGAS aplicara el valor del cargo específico que se determinara a partir del 1° de enero de 2007 (art. 4°).

El ENARGAS, por resolución 3689/07, estableció los cargos específicos mensuales por cada m3 de capacidad de transporte reservada, relacionados con las ampliaciones correspondientes a 2006-2008 de Transportadora de Gas del Sur S.A. y Transportadora Gas del Norte S.A.

– V –

Sentado lo expuesto, entiendo que para dictaminar sobre el planteo de inconstitucionalidad de los cargos específicos creados por la ley 26.095 debó partir de examinar el régimen que rige al sector del gas, y especialmente, considerar la situación en que se encontraba el sistema al momento de sancionarse aquella ley.

Corresponde puntualizar, en primer lugar, que el marco regulatorio del gas —conformado por la ley 24.076 y el plexo normativo dictado en su consecuencia— previó que las habilitaciones podrían obligar a los transportistas y distribuidores a 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 dicha ley (v. arts. 32 y 16, 2° párr. inc. a de la ley 24.076). No obstante, **tratándose de obras no previstas en sus contratos, las empresas concesionarias del servicio de transporte**, salvo lo que en contrario pudiera

disponerse en las respectivas habilitaciones, **no podrían ser obligadas a ampliar sus redes**, aunque sí a permitir la construcción de instalaciones de conexión que el ENARGAS determinara, cuyo costo quedaría a exclusivo cargo de quien las solicitara (v. punto 3 del art. 16, anexo I, decreto 1738/92 y numeral 8.1.3 de las Reglas Básicas).

Como surge de lo expuesto, la privatización del servicio público del gas se diseñó sobre la base de que los concesionarios sólo se hicieran cargo de efectuar todas las inversiones que prudentemente fueran necesarias para mantener y ampliar la capacidad de prestación ya instalada, las que serían solventadas por todos los usuarios mediante el pago de las respectivas tarifas. En el caso particular del servicio de transporte de gas se previó, expresamente, que las empresas no estarían obligadas a reinvertir el excedente de rentabilidad, resultante del cobro de tarifas, en obras de expansión de redes no comprendidas en sus respectivos contratos.

También se estableció que las tarifas serían fijadas de acuerdo a la metodología de los arts. 38 y 39 y revisadas para su ajuste cada cinco años (art. 42, ley cit.).

Es decir que, dentro de este sistema, la tarifa se determinó sobre bases estables y susceptible de experimentar variaciones por ajustes que se harían de acuerdo a una metodología elaborada con arreglo a indicadores de mercado internacional que reflejaran los cambios de valor de bienes y servicios representativos de las actividades de los prestadores. Dichos indicadores serían 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 —que los concesionarios se hubieran comprometido por contrato a realizar—. La metodología también reflejaría cualquier cambio en los impuestos sobre las tarifas (art. 41, ley cit.).

Es necesario destacar, además, que el art. 43 de la ley 24.076 prohibió terminantemente a los transportistas o distribuidores aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto, excepto que tales

*Procuración General de la Nación*

diferencias fueran el resultado de la distinta localización de los usuarios, tipo de servicios o cualquier otro distingo equivalente que pudiera aprobar el ENARGAS.

Al margen de lo expresado, es necesario poner de relieve que la Administración retuvo la facultad de fijar la tarifa, pues se dispuso que ella debía ser determinada y aprobada por la autoridad de aplicación (52, incs. e) y f), con la obligación de conformarse al principio general de posibilitar una razonable rentabilidad a las empresas concesionarias (arts. 52, incs. e) y f) y 39 de la ley cit.).

Ahora bien, corresponde añadir una circunstancia particular que incidió negativamente —como lo afirma la Cámara— en la realidad económica y financiera del esquema del servicio privatizado, cual fue la ley 25.561 de Emergencia Pública que, en lo que interesa a la causa *sub examine*, fijó en pesos (a la relación de cambio \$ 1=US\$ 1) las tarifas de los servicios públicos a la vez que dejó sin efecto todo mecanismo indexatorio de ellas (art. 8), facultó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos que tuvieran por objeto la prestación de esos servicios públicos (art. 9º) y a regular, transitoriamente, los precios de los insumos, bienes y servicios críticos, a fin de proteger el derecho de los usuarios y consumidores, de la eventual distorsión de los mercados o de acciones de naturaleza monopólica u oligopólica (art. 13).

Los principios de la emergencia pública declarada por la citada ley dieron fundamento al decreto 180/04, en el cual se expuso que al momento de su dictado se encontraban en curso de renegociación los contratos de los servicios públicos de gas y que debido al tiempo que requería decidir y ejecutar las inversiones resultaba impostergable adoptar medidas tendientes no sólo para evitar la posibilidad de insuficiencia del suministro de energía sino, también, atender el aumento de la demanda asociado al crecimiento de la economía. Por tal motivo, en forma paralela a las medidas que se adoptaran para normalizar el suministro de fluido, debían considerarse situaciones en las cuales eran necesarias ampliaciones o extensiones del sistema de transporte y

distribución para cubrir crecimientos en la demanda (v. considerandos 11 y 12 del decreto 180/04). Con tal fin, se creó un fondo fiduciario destinado a atender inversiones en transporte y distribución de gas, cuyo objeto exclusivo fue financiar las obras de expansión en el marco del art. 2º de la ley 24.076, con especial mención a lo establecido en el inciso b) de ese artículo en cuanto a promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo.

De modo coincidente con la situación expuesta, el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.095 da cuenta de que los integrantes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación manifestaron unánimemente su preocupación por la imperiosa y urgente necesidad de incrementar la capacidad de transporte de energía para sostener los niveles de crecimiento económico (v. versiones taquigráficas de las sesiones de la 2ª sesión de la H. Cámara de Diputados de la Nación del 15 de marzo de 2006 y de la 6ª sesión ordinaria de la H. Cámara de Senadores de la Nación del 26 de abril del mismo año).

Surge, asimismo, de tal debate que el proyecto de ley tuvo su origen en la restricción existente en los contratos de concesión celebrados con las empresas transportadoras de energía, las cuales, como se dijo, no se hallaban comprometidas convencionalmente a efectuar inversiones destinadas a la ampliación de la capacidad existente y que, por ese motivo, se consideró que un incremento de las tarifas ya existentes redundaría en mayores ingresos para las concesionarias, pero no en mayores inversiones destinadas a la ampliación de la red de transporte de energía (v. intervenciones de la diputada Camaño, senadores Capitanich y Terragno, entre otros, en las sesiones antes indicadas).

También, entiendo necesario destacar que los legisladores —que votaron a favor del proyecto de ley y estimaron que los cargos específicos participaban de la misma naturaleza que las tarifas retributivas del servicio público— señalaron que si bien dichos cargos serían facturados y percibidos por las empresas concesionarias no formarían parte de su patrimonio, pues se

*Procuración General de la Nación*

integrarían a los fondos fiduciarios creados por el decreto 180/04, mediante la emisión de títulos de deuda de cuya negociación se obtendrían los fondos necesarios para financiar las obras (v. dictamen de mayoría correspondiente a la Comisiones de Presupuesto y Hacienda; Minería, Energía y Combustibles; Infraestructura, Vivienda y Transporte y de Derechos y Garantías – Cámara de Senadores – Sesiones Ordinarias de 2006 – Orden del Día N° 166).

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que la ley 26.095 nació sobre la base de circunstancias bien puntuales, como fueron el marco regulatorio del servicio de gas que no obliga a las empresas privatizadas a expandirse fuera de lo establecido en sus respectivos contratos, la imperiosa y urgente necesidad de ampliar la capacidad de transporte de energía y el deber del Estado de afrontar las consecuencias económicas de la insuficiencia de la tarifa.

Desde esta perspectiva no surge como manifiestamente arbitraria o ilegítima la creación de los cargos específicos dispuesta por la ley 26.095 para la expansión del servicio de transporte de gas, en la medida de que el incremento liso y llano de las tarifas no se hubiera traducido en mayores inversiones en la capacidad de transporte.

– VI –

Ahora bien, de acuerdo con los términos en que ha sido planteado el recurso extraordinario, corresponde examinar si los cargos específicos creados por la ley 26.095 tienen naturaleza tributaria o de otra índole y, según la posición que se adopte, si la potestad para fijarlos está reservada al Poder Legislativo o constituye una facultad de la Administración Pública.

Con tal objeto, preliminarmente, es necesario aclarar que las disposiciones de una ley o reglamento deben apreciarse con arreglo a su naturaleza intrínseca, antes que con sujeción a la denominación asignada por el legislador. Es principio aceptado desde antiguo por la Corte que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les dé o asigne

por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica y entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos (Fallos: 21:498; 289:67 y 318:676).

De lo expuesto en el acápite anterior surge que el marco jurídico del servicio, aun cuando autorizó a la Administración a aumentar las tarifas para solventar las inversiones necesarias para mantener y expandir la capacidad de prestación ya instalada, no impuso obligación alguna a los concesionarios de transporte de gas de reinvertir el excedente de rentabilidad de mayores tarifas en obras de ampliación que no se comprometieron a realizar en sus respectivos contratos. Por ello, las restricciones en los convenios con las prestadoras y la insuficiencia de la tarifa fueron los factores determinantes de la creación de los cargos específicos para afrontar el costo de las obras que los concesionarios no estaban obligados contractualmente a invertir.

Sabido es que en ejercicio de la potestad tarifaria, para la mejor prestación del servicio dado en concesión y ante acontecimientos que pudieran modificar las bases tenidas en cuenta al contratar, la autoridad de aplicación puede resolver de qué modo será satisfecha la diferencia, a cuyo fin puede aumentar la tarifa o **emplear otra forma de financiación del servicio** (conf. doctrina de Fallos: 322:3008).

En ese marco, a mi juicio, se inserta la posibilidad de financiar el costo de las ampliaciones de la infraestructura de la red de energía mediante los cargos específicos creados por la ley 26.095. Por tal motivo, en cuanto aquéllos se asignan para la construcción de determinadas obras públicas que hacen a la organización del respectivo servicio deben considerarse que tienen naturaleza tarifaria, con la especial característica de que dichos cargos están destinados al repago de obras que serán ejecutadas por el Estado Nacional y no por el concesionario encargado de prestar el servicio.

*Procuración General de la Nación*

Cabé citar en ese sentido, la exposición del Subsecretario de Combustibles, quien si bien entendió que estaba incluido el cargo específico dentro de la categoría tarifaria, destacó cierta diferencia con la tarifa propiamente dicha, al expresar que esta última “...es lo que está en la regulación de cada uno de los servicios públicos y estos cargos particulares lo que hacen es ir a fondos fiduciarios para repagar obras que no estén dentro de las obligaciones de cada licenciatario; si estuvieran a futuro, (los cargos) no podrían ser utilizados...Uno podría jugar con los términos semánticos, o sea, como llama a cada cosa, pero en el final del día los cargos específicos lo que terminan remunerando son: el costo de los servicios de infraestructura en aquellas obras, en aquellos lugares en donde ello no estuviera contemplado en el contrato. Lo que estamos proponiendo es establecer un sistema de financiación y repago de las nuevas obras de infraestructura, a través, de las facultades que el Poder Ejecutivo ya tiene, que son la de crear cargos tarifarios” (conf. transcripción del informe del mencionado Subsecretario en la reunión conjunta de las Comisiones – Congreso Nacional – Cámara de Senadores – Sesiones Ordinarias del 2006 – Orden del Día N° 166).

No resulta sobreabundante recordar que la potestad del Estado de fijar y aprobar las tarifas ha sido reconocida por la doctrina de la Corte al sostener que “En todo régimen de prestación indirecta de tales servicios —es decir, por intermedio de concesionarios—, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por la ley, o como en el caso de autos, bajo la forma contractual. Naturalmente que el Estado —*latu sensu*— dispone al respecto de una atribución y no de una mera facultad; o dicho en otros términos, al par que le asiste el poder para hacerlo le incumbe la obligación de hacerlo” (Fallos: 262:555, considerando 10).

También desde antiguo el Tribunal ha reconocido que la potestad tarifaria del Estado reside en el poder administrador y que ella no se ve

afectada por la concesión a particulares de la prestación de un servicio público (Fallos: 184:306).

Tal como se ha señalado, siguiendo las pautas normativas del marco regulatorio del sector, la ley 24.076, que calificó a las prestaciones de transporte y distribución de gas natural como servicios públicos nacionales (art. 1º) y fijó como objetivos para la regulación de dichos subsectores, entre otros, el de promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural, y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo (art. 2º, inc. b), atribuyó expresamente al ENARGAS, por su art. 52, incs. e) y f), el poder de establecer las bases para el cálculo de las tarifas, con el deber de conformarse al principio general de ser justas y razonables y decidir su aprobación.

Por ello, la ley 26.095 vino a complementar el régimen vigente de la ley 24.076, pues la creación de los cargos específicos por aquélla en cuanto estableció un nuevo modo de financiación de las obras de expansión del transporte se tradujo en una modificación tarifaria que la Administración ya se encontraba facultada a realizar en ejercicio del poder que, a tal fin, el marco regulatorio del sector le había conferido.

Desde la perspectiva expuesta, las facultades atribuidas por la ley 26.095 al Poder Ejecutivo para fijar el valor de los cargos específicos y determinar su asignación entre los distintos fondos fiduciarios constituidos o a constituirse destinados a las ampliación de obras de infraestructura energética no aparecen, en mi criterio, como manifiestamente arbitrarias o ilegítimas, motivo por el cual considero que deben desecharse las observaciones de carácter constitucional que se fundan en la naturaleza tributaria de tales cargos y en la consecuente violación al principio de reserva de ley que rige en aquella materia.

En este orden de ideas, no ha de olvidarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia y que, como tal, configura un acto de gravedad institucional que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia

*Procuración General de la Nación*

del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 326:3024).

– VII –

Al margen de lo expuesto, cabe advertir que las críticas que la actora formula a la ley 26.095 fundadas en el carácter discriminatorio de la aplicación de los cargos creados que afectarían la garantía de igualdad, es menester recordar que el art. 43 de la ley 24.076 autorizó al ENARGAS a efectuar distinciones sustentadas en la distinta localización, tipo de servicios u otras razones justificadas en diferencias sociales y económicas, por lo cual estimo que dicho agravio debe ser desestimado.

Por último, pienso que los planteos atinentes a la afectación a la garantía de tutela judicial efectiva y al principio de razonabilidad consagrados en la Constitución Nacional, sin fundamentar las razones por las cuales en el caso concreto se produciría una lesión directa a los derechos que a su favor consagrarían esos principios concebidos con alto grado de abstracción y de generalidad, no bastan para constituir un agravio y, en este sentido, el recurso evidencia decisiva falta de fundamentación. No merece mejor suerte la aducida violación al derecho propiedad, toda vez que su examen remite a cuestiones de hecho y prueba ajenas al recurso deducido.

– VIII –

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia de fs. 209 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 4 de agosto de 2010.

ES COPIA LAURA M. MONTI

  
ADRIANA N. MARCHISIO  
Prosecretaria Administrativa  
Procuración General de la Nación