
Corte Suprema de Justicia de la Nación
Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, *17 de septiembre de 2013.*

Vistos los autos: "Centrales Térmicas Patagónicas S.A. c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa", de los que

Resulta:

I) A fs. 202/225, Centrales Térmicas Patagónicas S.A., que tiene por objeto la explotación de centrales de energía eléctrica y su comercialización, promueve acción declarativa de certeza contra la Provincia del Chubut, prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que se declare que se encuentra alcanzada por el régimen de beneficios tributarios establecido en el artículo 12 de la ley 15.336 y, en consecuencia, que resulta exenta del pago del impuesto sobre los ingresos brutos en jurisdicción de esa provincia.

Tras explicar el origen de la empresa en 1993, como resultado del proceso privatizador del sector, describe -respecto de su objeto- las diversas etapas que supone el proceso de la energía eléctrica hasta llegar al consumo masivo.

Expone así que es titular de una de las unidades de negocio en que fue subdividida para su privatización Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, en concreto de las centrales de Comodoro Rivadavia y Pico Truncado. Explica que genera energía eléctrica a partir de un proceso térmico y que coloca toda su producción en el sistema de transporte de jurisdicción nacional.

Añade que la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (en adelante, CAMMESA) realiza la programación del despacho de cargas y que, por cuenta y orden suya, factura y cobra a terceros, y le efectúa los pagos correspondientes.

Arguye que toda la actividad que lleva a cabo está regida por normas federales, dictadas en cumplimiento de competencias atribuidas por el artículo 75, incs. 13, 18 y concordantes, de la Constitución Nacional.

Relata que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, del 12 de agosto de 1993, al que adhirió la provincia por su ley 3925, obliga a derogar los gravámenes sobre la generación de energía eléctrica.

Señala que las normas por las que se fija su retribución prohíben que en sus costos se incluyan o trasladen tributos, razón por la cual no puede transferir la carga económica que implica la gabela que impugna, circunstancia que implica una colisión con lo normado por el artículo 9° de la ley 23.548 dado que se superpone con el impuesto a las ganancias.

Advierte que no obstante que expresas normas federales eximen a su actividad de tributos provinciales, la Dirección General de Rentas local intimó el pago del referido tributo, primero por los periodos 11/1994 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999. Indica que si bien dichas determinaciones fueron recurridas en sede administrativa, la provincia inició los juicios de apremio correspondientes, en los cuales recayó sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago.



Observa que más tarde, por los períodos 11/2000 a 8/2003, también le iniciaron un procedimiento en el cual recayó resolución determinativa, aclarando expresamente que es respecto de estos períodos que promueve la presente acción.

II) A fs. 285/306 vta., la Provincia del Chubut contesta la demanda y solicita su rechazo.

Tras poner en tela de juicio la procedencia de la vía procesal escogida por la actora, niega que el artículo 12 de la ley 15.336 la exima del pago del gravamen en crisis.

Niega también que la actora solo se rija por normas federales y que la pretensión del fisco local avasalle normas constitucionales.

Puntualiza que la demandante no ha demostrado cuál es el grave perjuicio que dice padecer a causa del impuesto que cuestiona, dado que no ha aportado elemento alguno que acredite que la gabela dificulte o restrinja la libre producción o circulación de la energía.

Con cita de las disposiciones aplicables del Código Fiscal provincial (ley 4407), describe el procedimiento administrativo llevado a cabo en sede local y argumenta que la actividad de la actora de generación y comercialización de energía se encuentra gravada en los términos de aquél.

Sostiene, en ese sentido, que la generación de energía eléctrica no ha sido considerada como una actividad industrial, sino de comercialización y prestación de servicios.

III) Producida la prueba y clausurado el período correspondiente, la actora y la Provincia del Chubut presentaron sus alegatos, por medio de los escritos de fs. 426/441 y 447/457, respectivamente.

IV) A fs. 461/463 vta. obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal sobre los puntos constitucionales propuestos.

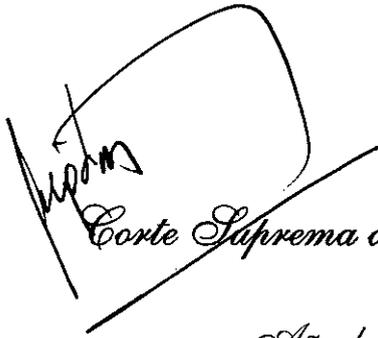
Considerando:

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

2°) Que la objeción de la demandada acerca de la improcedencia de la acción intentada no se ajusta a las circunstancias concretas de la causa toda vez que la actividad de sus órganos fiscales basta para justificarla (Fallos: 311:421; 323:3277; 325:474; 327:2369 y 329:358).

En efecto, la inadmisibilidad de ese planteo encuentra suficiente respuesta en el desarrollo argumental efectuado en el punto III del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, el que se da aquí por reproducido a fin de evitar repeticiones innecesarias.

3°) Que la actora funda su pretensión en los siguientes argumentos: a) que la actividad que desarrolla no es solo de competencia federal (artículo 75, incisos 13, 18, 30 y 32) sino que es de jurisdicción nacional, por lo que no se encuentra alcanzada por ningún gravamen local en virtud del beneficio previsto en el artículo 12 de la ley 15.336; b) que la provincia por haber adherido al Pacto para el Empleo, la Producción y el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Crecimiento, al intentar gravar la energía con el impuesto local frustraría su objeto y fin; c) que la actividad que desarrolla la empresa se rige por las leyes 15.336 y 24.065, y que su único ingreso es la retribución establecida en el marco normativo denominado "los Procedimientos"; d) que en mérito a esas regulaciones, el gravamen no es susceptible de traslación a la tarifa por lo que deviene en un impuesto a la renta, y e) que la empresa es contribuyente del impuesto a las ganancias y por ende la imposición local colisiona con la ley 23.548 de coparticipación federal (fs. 210/218).

4°) Que de las constancias del proceso surge que la actividad que se intenta gravar consiste en la explotación de centrales de generación eléctrica y su comercialización; que la tarifa es fijada por el Estado Nacional, y que en el procedimiento establecido por la resolución 8/2000 de la Secretaría de Energía no se tuvo en cuenta la incidencia del impuesto cuya procedencia aquí se juzga.

El *thema ad decidendi* finca entonces en determinar si la provincia puede percibir el impuesto a los ingresos brutos por la actividad antedicha que realiza la actora para su comercialización en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), con relación a los ingresos que provienen de la facturación realizada por CAMMESA (fs. 117).

5°) Que dado que la actora cumplió con el reclamo de la provincia con relación a los periodos 11/1994 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999, lo que se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago tendiente a regularizar esas deudas en el pro-

ceso de ejecución fiscal que tramitó ante la justicia local (fs. 96/99 y 347/348); solo resta definir lo concerniente a la demanda incoada con relación a los períodos 1/2000 a 8/2003 verificados por la provincia, y que ascienden a la suma de \$ 1.017.171,02 (fs. 107 y 209 y ss.).

6°) Que el Congreso de la Nación dictó las leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética, en un marco de regulación federal incorporado a los contenidos del artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional (Fallos: 320:1302).

7°) Que en Fallos: 322:2598 —y con cita de Fallos: 320:162— esta Corte señaló que el artículo 12 de la ley 15.336 atiende a la naturaleza objetiva de las materias de la industria eléctrica comprensivas de todo lo vinculado a la generación, transformación, transmisión y distribución de la electricidad, con prescindencia de los sujetos autorizados a su explotación (considerando 3°).

En esa oportunidad se afirmó que el mencionado artículo 12 no consagró una inmunidad impositiva absoluta, y que debe respetarse el poder de policía e imposición local, en tanto no interfieran en el cumplimiento de los fines perseguidos por la ley nacional (Fallos: 322:2598, considerando 9°).

En ese mismo sentido cabe recordar que en los precedentes de Fallos: 306:516 y 308:2153, aunque referidos a casos de transporte de pasajeros, el Tribunal declaró que la Constitución Nacional no invalida de modo absoluto los tributos locales,



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

pero sí preserva esa actividad de los que encarezcan su desenvolvimiento, dificultando la libre circulación territorial.

8°) Que, en el sub lite, la actividad gravitante que desarrolla la empresa es la de generación de energía eléctrica para su ulterior comercialización.

Así, el informe del ENRE la encuadra como "un agente generador del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)", cuya actividad "...responde a su objeto social que consiste en la operación de centrales de generación eléctrica y la comercialización de la energía que produce" (fs. 380).

Tal extremo impone —según la acertada opinión de la señora Procuradora Fiscal— distinguir el presente caso de los precedentes de Fallos: 322:2598 y 325:723, en los que se examinó el tema atinente a las operaciones de compraventa de energía y su transporte, y adecuar ese enfoque al área de incumbencia de la aquí actora.

9°) Que ello conduce al estudio en particular de la ley 24.065, que se integra a la ley 15.336 de manera complementaria (v. artículos 85 y 92; Fallos: 323:3949), no sin antes advertir que aquella norma, modificatoria en ciertos aspectos de su antecedente, no modificó ni derogó el recordado artículo 12, tal como se expresó en Fallos: 322:2598.

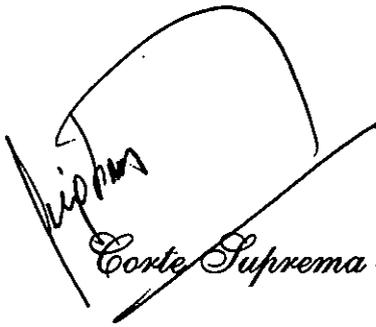
Según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 24.065, la actividad que realiza la actora en tanto está destinada a "abastecer" un servicio público —el de transporte y distribución de energía eléctrica en el MEM— debe ser considerada

"de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo". Es que, la generación de energía constituye la fase inicial y necesaria sin la cual no sería posible el transporte ni la posterior distribución. Por ende, resulta razonable que haya sido rodeada por el legislador federal de una serie de garantías cuando está destinada a proveer al sistema federal de energía eléctrica.

Es por ello que las distintas fases de un mismo proceso han de gozar de la misma protección legal, para dar continuidad y eficacia a su desenvolvimiento a nivel nacional.

En abono de ese criterio cabe consignar que el artículo 4° de esa ley registra como actores reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista a: los Generadores o productores, a los Autogeneradores y cogeneradores; a los Transportistas; Distribuidores; Grandes Usuarios; Comercializadores. A su vez, su artículo 5° define que "Se considera generador a quien, siendo titular de una central eléctrica adquirida o instalada en los términos de esta ley, o concesionarios de servicios de explotación de acuerdo al artículo 14 de la ley 15.336, coloque su producción en forma total o parcial en el sistema de transporte y/o distribución sujeto a jurisdicción nacional".

Si bien es cierto que a través del artículo 6° se establece que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que dichos contratos serán libremente negociados entre las partes; el artículo 35, al regular el Despacho de cargas ("DNDC") y su



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

venta en el mercado spot -que aquí se discute- fue pasible, como bien lo sostiene la señora Procuradora Fiscal, de una regulación específica, que con base en lo dispuesto por los artículos 35, inc. b, 36 y cc. de la ley 24.065, dejó sentado -entre otros extremos- que la autoridad nacional (en aquel momento la Secretaría de Energía) debe dictar una resolución a través de la cual se disponga que "los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema".

De tal manera, se debe concluir que la uniformidad de la tarifa que han de percibir los generadores constituye una cuestión relevante en el diseño de la política energética a nivel federal.

10) Que con respecto a los "Procedimientos" corresponde señalar que -de acuerdo a lo sostenido a fs. 463 por la señora Procuradora Fiscal, que el Tribunal hace parte de este pronunciamiento-, la autoridad nacional -en función de la disposición contenida en el artículo 12 de la ley 15.336, y en ejercicio de la competencia atribuida por los artículos 36 y concordantes de la ley 24.065-, emitió primero la resolución 61/1992 de la entonces Secretaría de Energía Eléctrica y sus modificatorias, y más tarde la resolución SE 8/2002 y sus modificatorias, actualmente vigente, y que se dictó a fin de adecuar el nuevo contexto macroeconómico a partir de la salida de la convertibilidad.

En esas regulaciones, de un modo indirecto en la primera y directo en la segunda (art. 1° del Anexo 1), se dejó es-

tablecido que en la forma de determinar el precio de la energía eléctrica entregada a CAMMESA y que, a su turno, ésta (como encargada del DNDC y del MEM) les facturaría por su venta a distribuidores y otros usuarios de ese mercado —que involucraba el coste variable de producción de los agentes generadores—, no debían incorporarse los tributos locales, puesto que de hacerlo se configuraría un supuesto de restricción o de dificultad a la libre producción y circulación de la energía eléctrica.

El texto de los considerandos de la referida resolución 8/2002 se basa en los criterios enunciados en las respectivas leyes orgánicas, al determinar que la actividad de generación de energía eléctrica se inscribe en el Marco Regulatorio Eléctrico como de interés general, afectada al servicio público y encuadrada en reglamentaciones que aseguran su normal funcionamiento (considerando 7°); y que no podía ponerse en riesgo "...la sustentabilidad de su actividad y, consecuentemente, el suministro a los usuarios finales de todo el país" (considerando 6°).

11) Que por dichas razones tanto CAMMESA (fs. 366/369), como la Subsecretaría de Energía Eléctrica (fs. 373/375), informaron al Tribunal que en virtud de las disposiciones reglamentarias relacionadas la actora no incluyó el tributo aquí discutido en sus costos.

12) Que es preciso indicar que en igual sentido se pronunció el perito ingeniero electricista Raúl D. Ferrari, al presentar su dictamen (fs. 390/398).

Suprema
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

En esa oportunidad sostuvo que para el cálculo de precios para el período anterior al dictado de la resolución SE 8/2002, el procedimiento no incluía como variable de cálculo el impuesto a los ingresos brutos. Al efecto indicó que no existía mención del impuesto en el método aplicable, y enumeró diversas resoluciones de la Secretaría de Energía, que dan sustento a ese modo de proceder (fs. 392/393).

Asimismo señaló que para el cálculo de precios para los períodos posteriores a la resolución SE 8/2002 "...el procedimiento no permite incluir en el cálculo el impuesto a los ingresos brutos" (fs. 396, según Anexo I de la resolución citada bajo el título "Declaración Estacional de Costos Variables de Producción").

13) Que en el sub lite, se debe entonces concluir que el impuesto provincial sobre los ingresos brutos no es susceptible de traslación, y por ende la actora se halla legal y técnicamente impedida de incorporarlo en el precio sin alterar la tarifa fijada por la autoridad nacional; por lo que si debiese afrontarlo lo soportaría íntegramente sobre sus rentas, incurriéndose en consecuencia en una doble imposición prohibida por la ley.

Asimismo se debe afirmar, que la declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de la tarifa implica que la actividad que desarrolla la demandante se encuentra alcanzada por la exención del gravamen cuestionado a fin de impedir, como de hecho sucedería, que incida en la libre producción y circulación de la energía eléctrica; y que, al va-

lorar como necesaria su fijación, no ha sido una falta de previsión de su parte con relación a las facultades de imposición local, sino un examen de mérito en el que consideró la medida como un medio idóneo para alcanzar los fines federales perseguidos. Cabe indicar que no se trata de una exención, como derivada implicancia de la fijación de una tarifa, establecida por medio de un reglamento, sino del ejercicio por parte de la autoridad nacional de claras facultades constitucionales otorgadas a la Nación (artículo 75, inciso 18, Constitución Nacional; Fallos: 68:227; 183:181 y 190, entre otros).

14) Que no puede verse en esas conclusiones una conculcación de las facultades de la autoridad provincial, sino la consagración de las disposiciones que regulan la especie, emanadas del órgano competente a nivel federal, que además de gozar de la consabida presunción de legitimidad (Fallos: 250:36), se inscriben en las que el Estado Nacional clasifica en el ámbito energético legal como demostrativas de la determinación de los medios apropiados para lograr los fines de interés nacional en esa materia (Fallos: 304:1186; 322:2624; arg. Fallos: 325:723, considerando 5°).

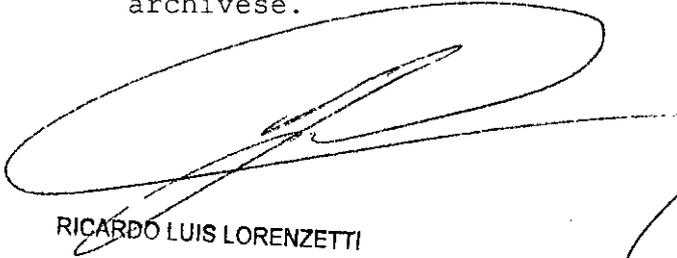
15) Que por las razones expresadas no corresponde que Centrales Térmicas Patagónicas S.A. tribute el impuesto sobre los ingresos brutos que se le exige.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal se decide: Hacer lugar a la demanda seguida por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. contra la Provincia del Chubut, y declarar la improcedencia de la pretensión fiscal de

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

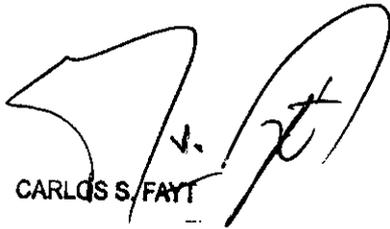
la demandada. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese envíese copia de esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.



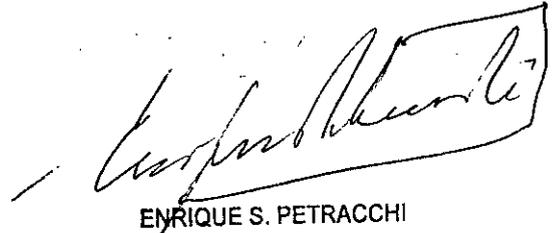
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



CARLOS S. FAYT



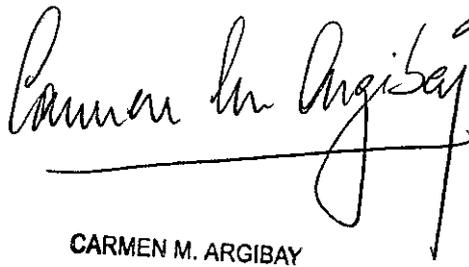
ENRIQUE S. PETRACCHI



JUAN CARLOS MAQUEDA



E. RAUL ZAFFARONI



CARMEN M. ARGIBAY

Nombre del actor: **Centrales Térmicas Patagónicas S.A.**

Nombre del demandado: **Provincia del Chubut.**

Profesionales intervinientes: **doctores Javier Carlos Andrés Elgueta, Miguel José Cucchiatti y Susana Silvia Accorinti, y Jorge Eduardo R. Fernández y Valeria Lorena Viltes.**

CENTRALES TERMICAS PATAGONICAS S.A. C/ CHUBUT, PROVINCIA DEL s/ acción declarativa. (JUICIO ORIGINARIO)

S.C. C.1380, L.XL.

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

A fs. 202/225, la firma Centrales Térmicas Patagónicas S.A. inició la presente acción declarativa de certeza contra la provincia del Chubut, en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para que se haga cesar el estado de incertidumbre sobre la existencia de los beneficios tributarios previstos por el art. 12 de la ley 15.336 respecto de la generación de energía eléctrica y su comercialización y que, en consecuencia, se declare que está exenta de tributar el impuesto sobre los ingresos brutos en la jurisdicción provincial.

Señaló que es titular de una de las unidades de negocio en que fue subdividida para su privatización Agua y Energía Eléctrica S.E.; en concreto de las centrales 'Comodoro Rivadavia' y 'Pico Truncado'. Destacó que genera energía eléctrica a partir de un proceso térmico y que coloca toda su producción en el sistema de transporte de jurisdicción nacional. Agregó que CAMMESA realiza la programación del despacho de cargas y que, por cuenta y orden suya, factura y cobra a terceros, y le realiza los pagos correspondientes.

Adujo que toda su actividad está regida por normas federales, dictadas en cumplimiento de competencias atribuidas por el art. 75, incs. 13, 18 y concordantes, de la Constitución Nacional. Añadió que el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, del 12 de agosto de 1993, al que adhirió la provincia por su ley 3.925, obliga a derogar los gravámenes sobre la generación de energía eléctrica. Además, puntualizó que las normas por las que se fija su retribución prohíben que en sus costos se incluyan o trasladen tributos, razón por la cual no puede transferir la carga económica que implica la gabela que impugna, circunstancia que implica una colisión con lo normado por el art. 9º de la ley 23.548 dado que se superpone con el impuesto a las ganancias.

A pesar de ello, y de que expresas normas federales eximen su actividad de tributos provinciales, indicó que la Dirección General de Rentas local intimó el pago del mencionado tributo, primero por los períodos 1/94 a 9/1996 y 10/1996 a 12/1999. Si bien recurrió administrativamente las determinaciones de oficio mencionadas, la provincia inició los juicios de apremio correspondientes, en los cuales recayó sentencia condenatoria, cuyo cumplimiento se hizo efectivo mediante un convenio especial de pago.

Agregó que más tarde, por los períodos 1/2000 a 8/2003, también le iniciaron un procedimiento, en el cual recayó resolución determinativa, aclarando expresamente que es respecto de estos períodos que se ha promovido esta acción.

Solicitó la concesión de una medida cautelar de no innovar, en los términos de los arts. 230 y cc. del CPCCN, para que la provincia se abstuviera de iniciar acciones tendientes al efectivo cobro de las sumas reclamadas, hasta tanto se dicte aquí sentencia definitiva.

- II -

La provincia del Chubut contestó la demanda a fs. 285/306 vta.

Tras poner en tela de juicio la procedencia del camino procesal escogido por la actora, negó que el art. 12 de la ley 15.336 la exima del pago del gravamen en crisis. Por otra parte, negó que la actora sólo se rija por normas federales y que la pretensión del fisco local avasalle normas constitucionales.

Remarcó que la demandante no ha demostrado cuál es el grave perjuicio que dice padecer a causa del impuesto que cuestiona, dado que no ha aportado elemento alguno que demuestre que la gabela dificulte o restrinja la libre producción o circulación de la energía.

Por otro lado, puntualizó que la generación de energía eléctrica no ha sido considerada como una actividad industrial, sino de comercialización y prestación de servicios.

- III -

Es menester señalar que la pretensión de la accionante se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentra frente al impuesto sobre los ingresos brutos (períodos 1/2000 a 8/2003), pretendido por la jurisdicción local por la generación de energía eléctrica a que se dedica su giro comercial. La acción no sólo se funda en la interpretación de las normas locales -como lo sostiene la demandada- sino también en la confrontación de la posición provincial con leyes federales, como la 15.336 y la ley de coparticipación federal de impuestos.

Pienso que existe una controversia definida, concreta, real y sustancial -tanto sobre los artículos pertinentes del Código Fiscal local, como sobre las normas federales referidas- que admite remedio específico a través de una decisión de carácter definitivo de V.E. (Fallos: 316:1713; 320:1556 y 2851; 329:358, entre otros).

En efecto, la actividad estatal explícita llevada a cabo por la provincia del Chubut, dirigida primero a la verificación y determinación del tributo (ver copia del acto determinativo a fs. 112 y ss., resolución 87/03 de la Dirección General de Rentas local), a la que podría seguir luego el cobro por la vía compulsiva -en caso de que la actora no cumpla tal

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

intimación-, me hacen ver que se ha producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podrá acordarse a un supuesto de hecho hipotético (ver Fallos: 310:606 y 311:421).

De otro lado, entiendo que no empece a ello el hecho de que, por anteriores determinaciones impositivas, la actora haya resistido tal pretensión administrativamente, y luego haya pagado mediante un convenio especial tras ser derrotada en los juicios de apremio correspondientes. En efecto, aquí no se debate lo referido a dichos periodos fiscales; y colegir lo contrario importaría tanto como cercenar definitivamente el derecho de defensa en juicio de la actora frente a nuevas pretensiones fiscales de la demandada por el mismo tributo.

Cierto es que el voluntario sometimiento a un determinado régimen jurídico implica la renuncia al derecho de cuestionarlo con posterioridad (arg. Fallos: 225:216; 285:410; 299:221; 307:1582; 314:1175, entre otros), pero esta regla no es de aplicación al *sub lite* –además de lo expresado en el párrafo anterior- a poco que se repare que la exigibilidad de las obligaciones tributarias en cuestión tiene por fuente un acto legislativo y unilateral del Estado provincial, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (Fallos: 318:676, cons. 8º y sus citas), al tratarse de un acto de imposición, que implica el desarrollo de la fuerza compulsiva del Estado, siendo un acto de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596, entre otros).

Por lo dicho en este acápite, considero que se han cumplido todos los requisitos fijados por el art. 322 del código de forma para la procedencia formal de la acción intentada.

- IV -

Tal como ha quedado planteada la presente litis, se desprende que el *thema decidendum* finca en determinar si la provincia demandada puede o no gravar con el impuesto sobre los ingresos brutos las entradas de la actora provenientes de su actividad de generación de energía eléctrica para su venta al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), actividad de interés general, a la luz de las normas federales reguladoras de la actividad (arg. arts. 1º y cc. de la ley 24.065). Precizando aún más la cuestión, cabe apuntar que el debate de autos se centra en los ingresos provenientes de la facturación realizada por CAMESSA –que fue tenida en cuenta como base imponible de la determinación de oficio, confr. constancias de fs. 117- por la venta de dicha energía al mercado “spot”.

- V -

De manera preliminar, debe dejarse sentado que una arraigada doctrina del Tribunal ha establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal incorporado al concepto abarcador que supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional. En esa inteligencia, corroborada en Fallos: 320:1302, se dijo que el Congreso dictó las leyes 15.336 y 24.065 por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética nacional. En ese contexto legal es que debe resolverse si la potestad tributaria provincial aquí cuestionada pone en crisis a ese régimen, advirtiendo, por si cupiera alguna duda, que la ley 24.065, modificatoria en ciertos aspectos de la mentada ley 15.336, no modificó ni derogó el art. 12 de ésta, tal como se dijo en Fallos: 322:2598, y 325:723, entre otros.

Esa disposición, ha dicho esa Corte en consonancia con lo sostenido por este Ministerio Público, “no consagró una inmunidad impositiva absoluta. En efecto, aquella norma -indicadora del carácter objetivo de la exención que consagra- establece que ‘las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía eléctrica generada o transportada en las mismas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación’. Tal criterio resulta, por otro lado, compatible con lo dispuesto por el art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional, que establece como facultad del Congreso legislar ‘para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional’ aunque respetando el poder de policía e imposición local en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines” (Fallos: 322:2598, cons. 9º).

En el *sub lite* la actividad desarrollada por la demandante es la de generación de energía eléctrica, lo que introduce una variante con respecto a los casos de Fallos: 322:2598 y 325:723, donde se trató de la actividad de transporte, que obliga, en mi opinión, a escudriñar con detenimiento el conflicto de autos.

A tenor del art. 1º de la ley 24.065, la actividad realizada por la actora, en tanto está destinada a abastecer un servicio público (el de transporte y distribución de energía eléctrica en el MEM) se considera “de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”.

Resulta a mi juicio ostensible que, a pesar de no encontrarnos ante un servicio público, la generación de energía también ha sido rodeada por el legislador federal de una

Ministerio Público
Procuración General de la Nación

serie de garantías cuando está afectada a abastecer al sistema federal de energía eléctrica. Es cierto que en el art. 6º de la ley recién mencionada se establece que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y que estos contratos serán libremente negociados entre las partes -el mercado a término, según el art. 35, inc. a-. Pero también lo es que la generación de energía para su venta en el mercado spot -de la que trata la presente causa, como señalé *ut supra*- fue producto de una regulación más minuciosa, que con base en lo dispuesto por los arts. 35, inc. b), 36 y cc. de la ley 24.065, dejó sentado -entre otros extremos- que la autoridad nacional (en aquel momento la Secretaría de Energía) dictará una resolución que deberá disponer que “los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema.”. Es la uniformidad de la tarifa que han de percibir los generadores que vendan su producción en este mercado un punto en torno al cual pivota la política nacional diseñada a tal efecto.

Sobre la base de estas premisas, tengo para mí que dicha autoridad nacional, con aplicación de la mentada norma del art. 12 de la ley 15.336, y en ejercicio de la competencia atribuida por los arts. 36 y cc. de la ley 24.065, dictó primero la resolución 61/1992 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica (y sus modificaciones) y luego la actualmente vigente, resolución 8/2002 (y sus modificaciones), en las cuales de manera indirecta en la primera y directa en la segunda (art. 1º del Anexo I), decidió indubitablemente que en la forma de determinar el precio de la energía eléctrica entregada a CAMESSA y que, a su turno, ésta (como encargada del DNDC y del MEM) les facturaría por su venta a distribuidores y otros usuarios de este mercado -que involucraba el coste variable de producción de los agentes generadores- no debían incorporarse los tributos locales, puesto que configuraba una hipótesis de restricción o de dificultad en la libre producción y circulación de la energía eléctrica.

A todo evento, por si alguna duda cupiera, creo que ella se desvanece si, en primer término, se repasan los considerandos de la mencionada res. 8/2002, en cuanto la autoridad nacional entiende que las variaciones en la metodología por ella estipulada para el cálculo de los costos variables de producción que declaren los agentes generadores puede poner “en riesgo la sustentabilidad de su actividad y, consecuentemente, el suministro a los usuarios finales de todo el país.”. Y, por otra parte, si se repara en las respuestas brindadas por CAMESSA (fs. 366/369) y la Subsecretaría de Energía Eléctrica (fs. 373/375), en las cuales mencionan y confirman que, en virtud de las disposiciones reglamentarias mentadas, la actora -ni ninguna otra generadora que actuase en el MEM- no incluyó el tributo aquí discutido en sus costos, los que fueron utilizados para la fijación del precio tarifado a percibir.

Por ende, considero que tal declaración de la autoridad federal competente respecto de la conformación de la tarifa ha de implicar la exención del gravamen local discutido y goza de la presunción de legitimidad de todo acto administrativo (Fallos: 250:36, entre otros), y configura una conducta de la autoridad nacional que debe ser entendida en el contexto del reconocimiento de la consolidada jurisprudencia de la Corte de que “quien tiene el deber de procurar determinado fin, tiene el derecho de procurar los medios para su logro efectivo” (Fallos: 304:1186; 322:2624; 327:2369, entre otros).

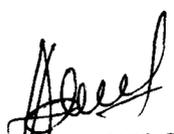
- VI -

En virtud de lo expuesto, considero que cabe hacer lugar a la demanda, siendo insustancial el análisis de los demás argumentos esgrimidos por la actora.

Buenos Aires, 15 de abril de 2008.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA MARCHISIO
PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA
AD-HOC AD-HONOREM DE LA PGN

30/10/07