

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 93/125, la Empresa Distribuidora Sur S.A (en adelante, EDESUR S.A.) inició acción de amparo -que V.E., a fs. 141/146, resolvió tramitar por la vía del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- contra la Provincia de Buenos Aires y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE, de aquí en más), debido a que, mientras la primera dispuso, por ley nº 11.904 y por las Disposiciones Normativas B 38, B 41 y 7/97, que se constituya en agente de percepción del impuesto local sobre los ingresos brutos -al adicionar una suma en las facturas del servicio que emita a los contribuyentes, por un monto variable entre el 2 y el 15% del precio resultante, según el caso-, el segundo, como Autoridad de Aplicación y control de las Leyes Nos. 14.772, 15.336 y 24.065, la conminó a abstenerse de incluir ese tributo en su facturación (conf. Resolución del 10 de abril de 1996, recaída en el Expte. nº 1944/96).

Destacó que, por tratarse de actos contradictorios entre sí, cumplir con uno implica, necesariamente, desobedecer el otro y, por ende, quedar expuesta a las sanciones pertinentes. Manifestó su voluntad de acatar lo que corresponda, mas no puede, por sí, dilucidar cuál de ambos actos resulta ilegítimo, ya que se trata de un conflicto de competencia entre las codemandadas. Es por tal motivo que se ha visto obligada a deducir esta acción, enderezada a determinar qué conducta asumir.

Señaló que ha recibido intimaciones, por parte de la Dirección General de Rentas de la Provincia demandada, tendientes a establecer concretamente las sumas que debió

haber retenido y, en consecuencia, hacer efectiva su responsabilidad por el incumplimiento, mediante una ejecución fiscal.

Sin perjuicio de lo expresado, vertió su juicio respecto a la colisión normativa y expresó que debe prevalecer la postura del ENRE. Al respecto mencionó -entre otras cosas- que no está alcanzada por el impuesto sobre los ingresos brutos y, en tales condiciones, no hay razón para asignarle la tarea de percibir dinero por cuenta del Fisco local; que dicho cometido le demandará trabajos adicionales, modificar el sistema de facturación, etc., con encarecimiento de sus costos y que habrá un aumento en la tasa de morosidad como consecuencia del aumento del valor final del servicio.

Adujo también que, como agente de percepción, estará expuesta a las sanciones por incumplimientos, tanto sustanciales como formales y que las obligaciones fijadas por el régimen de retención pueden repercutir en su patrimonio, en forma definitiva, sin posibilidad de recuperarlos del cliente, convirtiéndose en cargas directas.

- II -

A fs. 160/165, la Provincia de Buenos Aires contestó la demanda y solicitó su rechazo, destacando la concordancia entre sus disposiciones tributarias y el orden constitucional vigente.

Sostuvo, por un lado, que las normas impugnadas responden a su poder tributario, reservado constitucionalmente y, por otra parte, que posee competencia en materia de prestación de servicios públicos, incluida la distribución de electricidad.

Dijo que la aplicación del Decreto nº 714/92 del

Procuración General de la Nación

Poder Ejecutivo nacional, en tanto no cuenta con adhesión legislativa provincial, vulnera sus potestades. Por otra parte, lo manifestado por la actora en cuanto a su pretendida exención del impuesto sobre los ingresos brutos no conmueve su obligación de actuar como agente de percepción, en los términos de los arts. 151, 152 y cc. del Código Fiscal local, habida cuenta de que la energía que distribuye a sus clientes es un insumo que éstos utilizan para el desarrollo de actividades que, a su vez, les generan ingresos por los cuales han de tributar. Citó, en apoyo de su postura, la Resolución nº 4/96 de la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral de 1977.

Subrayó, por fin, que el deber impuesto no altera la situación tributaria de la actora frente al Fisco provincial, dado que no la convierte en sujeto pasivo del gravamen.

- III -

A fs. 210/218, respondió la demanda el ENRE. Expresó que, con anterioridad, la actora había promovido un expediente en el que se resolvió denegar la inclusión -en la factura- del concepto pretendido por la codemandada pues, a su criterio, éste colisiona con las normas regulatorias de la actividad de distribución de energía eléctrica. Adujo que lo decidido, al no haber sido recurrido oportunamente, quedó firme en los términos del art. 76 de la Ley 24.065 y 25 del Decreto Ley 19.549.

Sostuvo que, como ente regulador del servicio público involucrado, en virtud de los arts. 44, 56, inc. d) y concordantes de la citada Ley 24.065, relativos a la determinación de la tarifa, su control y la protección de los derechos de los usuarios, considera improcedente incluir rubro alguno correspondiente a las percepciones del impuesto local

en las facturas de suministro de electricidad a los usuarios de EDESUR S.A. Puso de relieve que, la obligación que pretende imponer el Estado provincial, desconoce la normativa federal en la materia y atenta, por ende, contra el art. 31 de la Carta Magna, máxime cuando, a pesar de estar en conocimiento de su tesitura, aquél no ha intentado gestionar la autorización pertinente para incluir el rubro pretendido en la cobranza del servicio.

Solicitó la citación del Estado Nacional como tercero, dados los planteos de la codemandada sobre la aplicación del Decreto nº 714/92.

En definitiva, afirmó que se pretende resguardar el servicio público e impedir un claro entorpecimiento y que se frustre la política diseñada por la Nación para su más eficiente y razonable prestación, apoyada sobre la base de la uniformidad tarifaria.

- IV -

A fs. 230/245, el Estado Nacional, a través del -entonces- Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (en adelante, MEyOSP) se presentó como tercero, en los términos del art. 94 del código de rito.

Tras describir el funcionamiento del régimen legal de la energía eléctrica y del sistema interconectado federal, señaló que es la Nación -a través del ENRE- quien está encargada de hacer cumplir las disposiciones de la Ley 24.065, dictar reglamentos, normas y procedimientos técnicos y que, entre sus competencias, se halla incluida la relativa a la facturación de los consumos. Por tales razones, expresó que la Provincia no tiene facultades para establecer la percepción pretendida.

Procuración General de la Nación

- V -

Tal como fue expresado en el dictamen obrante a fs. 129/130, considero que V.E. continúa siendo competente para entender en forma originaria en las presentes actuaciones.

No empece, a lo dicho, lo expresado por el ENRE a fs. 210 vta., toda vez que, si bien la resolución recaída en el expediente que allí tramitó pudo considerarse definitiva para la actora, en los términos del art. 76 de la Ley 24.065, en esas actuaciones no tuvo intervención alguna la Provincia codemandada.

Por otra parte, resulta de aplicación la doctrina de V.E. en el sentido de que la competencia de la Corte Suprema proviene de la Constitución Nacional y no es susceptible de ampliarse, restringirse ni modificarse mediante normas legales (arg. Fallos: 308:2356; 311:872, 1812; 312:1875, entre otros). Debo recordar también que, al tratarse en este caso de un problema atinente a la determinación de las órbitas de competencias del Gobierno Federal y de un Estado provincial, la acción declarativa es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora con una declaración de certeza (arg. Fallos: 316:2855).

- VI -

De la forma en que ha quedado planteada la presente litis, se desprende que el thema decidendum finca en determinar si la Provincia codemandada es o no competente para establecer, en cabeza de la actora, el deber de actuar como agente de percepción del impuesto sobre los ingresos brutos y, en consecuencia, facturar junto con el precio del servicio prestado a sus clientes, un porcentaje añadido, a título de anticipo de dicho gravamen, en el caso en que éstos sean contribuyentes del referido tributo.

- VII -

En tales condiciones, es conveniente precisar, como primer punto, que un agente de percepción es un sujeto sobre quien recae un deber no contributivo, consistente en adicionar al precio final de los bienes que venda o de los servicios que preste, una suma dispuesta por el Fisco, a título de "percepción", que debe ser conjuntamente cobrada a sus clientes y, en la oportunidad establecida, ha de ser debidamente informada e ingresada a las arcas fiscales. Queda en claro, como lo destacó V.E. en Fallos: 308:442, que el agente de retención o percepción no integra la relación jurídico tributaria sustancial.

Desde el punto de vista del cliente, a la sazón contribuyente del gravamen, la suma oblada juega como un pago parcial o anticipo de la obligación tributaria que, en definitiva, resulte adeudar, en relación al acaecimiento del respectivo hecho imponible que la haga nacer y a la intensidad o cuantía que tal obligación asuma.

El fundamento último del Estado para imponer este tipo de comportamientos a sus habitantes, reposa en su poder de imperio del cual emana la capacidad para establecer cargas públicas que, en este caso, atienden a razones de conveniencia en la política de recaudación tributaria. Resulta innegable que, a pesar de tener un mero carácter intermediario entre el contribuyente y el Fisco, los agentes de percepción, en virtud de mandato legal expreso, quedan sometidos a consecuencias de naturaleza patrimonial y represiva en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de sus deberes (arg. Fallos: 186:170; 318:1154, entre otros).

En este orden de ideas, cabe poner en claro que la Provincia de Buenos Aires no ha pretendido gravar a la actora,

Procuración General de la Nación

sino que, en virtud de su poder de imperio y con la finalidad de facilitar la recaudación, impedir el fraude y disminuir la morosidad de sus contribuyentes, impone coactivamente su colaboración, a título de agente de percepción.

Así, de acuerdo con el texto del art. 36 de la ley 11.904, sujeta a los contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos que desarrollen actividades comerciales o de servicios con domicilio fiscal o establecimiento en el territorio de la Provincia, con una alícuota de hasta el 30% que se aplicará sobre el importe facturado, neto de impuestos, tasas y contribuciones, por las empresas prestadoras de los servicios públicos de energía eléctrica, gas y telecomunicaciones, las que, de esta forma, son designadas como agentes para tal fin.

Es por ello que opino, contrariamente a lo afirmado por la actora, que, en el sub lite, no se ha violado, al menos en este aspecto, el régimen del Decreto 714/92 (art. 20 y cc.), en cuanto al establecimiento de un "único impuesto y contribución, tanto de índole fiscal como en lo referente al uso del dominio público provincial", cuyo tratamiento y correcta interpretación, valga destacarlo, fue objeto del pronunciamiento de Fallos: 322:2624, a cuyos términos me remito, brevitatis causae.

- VIII -

Determinada la naturaleza del deber que pretende instituir la Provincia, de todos modos es menester estudiar si se produce alguna colisión con el servicio específicamente encomendado a EDESUR S.A. y por cuya debida prestación ha de velar la Nación a través del ENRE.

No se halla en tela de juicio aquí que el servicio público de distribución y comercialización de energía eléc-

trica en la Capital Federal y en diversos partidos del conurbano bonaerense, prestado por la actora, corresponde a la jurisdicción federal y ha sido regulado por el Gobierno Nacional en virtud de las ya citadas leyes 14.772, 15.336 y 24.065 y demás normas reglamentarias, ni que éste tiene facultades suficientes, concedidas por la Constitución Nacional, para regular en la forma más completa y armónica que estime conveniente, el servicio referido en las zonas y bajo las condiciones razonables que determine, sujetándolo a su jurisdicción, con base en el armónico juego de los incs. 13, 18 y 30 del art. 75 de la Carta Magna.

Por otra parte, resulta menester recordar que, como ha dicho el Tribunal, la interpretación de la Constitución Nacional debe hacerse de manera que sus limitaciones no turben el eficaz ejercicio de los poderes del Estado para el cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad y que las provincias, dada la posición que ocupan dentro del régimen constitucional, deben observar una conducta que no interfiera, ni directa ni indirectamente, la satisfacción de servicios de interés público nacional (arg. Fallos: 277:147). Las facultades de las provincias, por importantes y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación toda (Fallos: 263:437; 257:159; 270:11, etc.). En forma ilustrativa, expresó la Corte en Fallos: 154:104, que "el poder para regular el comercio ... corresponde al Congreso de la Nación de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario".

Asimismo, es asentada doctrina del Tribunal que, si bien es cierto que todo aquello que involucre el peligro de limitar las autonomías locales ha de instrumentarse con la prudencia necesaria para evitar el cercenamiento de los pode-

Procuración General de la Nación

res no delegados de las provincias, no lo es menos que el ejercicio -por parte de la Nación- de las facultades referidas en el párrafo precedente no puede ser enervado por aquéllas, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan las provincias (Fallos: 304:1186). En ese mismo precedente, subrayó que, conforme al principio de que quien tiene el deber de procurar un determinado fin tiene el derecho de disponer de los medios necesarios para su logro efectivo y, habida cuenta que los objetivos enunciados en el Preámbulo y los deberes-facultades establecidos en los incisos del art. 67 de la Constitución Nacional (texto anterior a la reforma de 1994) tienen razón de causa final y móvil principal del Gobierno Federal, no cabe sino concluir que éste no puede ser enervado en el ejercicio de esos poderes delegados.

Sentado lo expuesto, es preciso destacar, en lo que concierne al sub examine, que corresponde a la Nación, a través del ENRE (de acuerdo con el art. 43 y cc. de la Ley 24.065), lo relativo a la fijación de las tarifas para el transporte y distribución de energía eléctrica, las cuales deberán respetar las condiciones generales previstas en los arts. 40 y cc. Asimismo, el precio máximo del servicio será determinado por el ente (art. 42, inc. c).

Por otra parte, el ENRE también debe llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir con los objetivos enunciados en el art. 2º de dicha ley y para hacerla cumplir (arts. 54 y 56, inc. a), para controlar que las tarifas sean aplicadas de conformidad con las concesiones y disposiciones de la ley (art. 56, inc. d) y, dentro de sus facultades, está la de dictar los reglamentos a los cuales deben ajustarse los

distribuidores en materia de medición y facturación de los consumos, de interrupción y reconexión de los suministros (art. 56, inc. b).

No puede dejarse de lado, en este orden de consideraciones, que el marco legal de la energía eléctrica contiene otras normas que delimitan las competencias de los Estados locales, a favor de la Nación, con el objeto de asegurar el logro de los objetivos por ella determinados. Así, el art. 2º de la ley 14.772 puso, en cabeza del Poder Ejecutivo nacional, el deber de proveer lo conducente a solucionar integralmente los problemas de electrificación relativos al servicio público en el área de su aplicación, formulando programas de obras y de prestaciones que contemplen los intereses generales de la Nación y, por otra parte, el art. 5º, si bien resguardó los derechos de las autoridades locales, lo hizo respetándolos "en todo aquello que sea **compatible con la jurisdicción técnica y económica** que corresponde al Estado nacional" (énfasis, agregado). Se suma a ello lo dispuesto por el art. 12 de la ley 15.336 -norma vigente en nuestro ordenamiento, de acuerdo con los pronunciamientos de Fallos: 322:2598, entre otros-, en tanto dispone que las obras, instalaciones de generación, transformación y transmisión, como así también la energía generada o transportada, "... no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, **o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación...**" (énfasis, agregado).

En uso de estas facultades legales de la Nación, el ENRE ha determinado, mediante Resolución del 10 de abril de 1996 (v. fs. 208), recaída en el citado expediente ENRE nº 1944/96, que las facturas que emita la actora por el servicio público de distribución no pueden incluir la percepción que la Provincia codemandada pretende. Es decir, que, de acuerdo con

Procuración General de la Nación

la autoridad nacional competente para determinar el asunto, el deber requerido por el Fisco local es una medida que dificulta la adecuada prestación del servicio y, por lo tanto, interfiere con él.

Como lo destacó dicho ente en su contestación de demanda (en especial, a fs. 217 y ss.), la inclusión en la factura, del concepto pretendido por la Provincia, podría causar serios inconvenientes en la prestación del servicio público a los usuarios y contradice expresas normas y principios del Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica, aprobado por el Decreto nº 714/92 y modificado por su similar nº 1323 del mismo año.

En efecto, por una parte, se afecta la igualdad y uniformidad de tratamiento de los usuarios, aun dentro de la Provincia, al discriminar entre quienes son contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos y los que no lo son. Por otra, el cobro de la factura se halla sujeto a un régimen especial sobre la demora y la falta de pago, que contempla sus respectivos intereses moratorios y punitivos (arts. 2º, inc. b; 5º, inc. b y 9º, del mencionado Reglamento), la suspensión y el corte del servicio y condiciones especiales para su rehabilitación (art. 84 de la ley 24.065 y arts. 6º, 7º y 8º del Reglamento), que se desarticularía ante el caso de un usuario que esté en condiciones de pagar el importe del servicio pero que, por las razones que fueren, no pueda abonar el referido a la pretendida percepción, ya que no podría desdoblarse el cobro de tales conceptos. También se vería interferido el recupero de facturas impagas, donde algunas veces -como lo destaca el ente- se pactan cancelaciones en cuotas.

La introducción de un concepto ajeno al servicio público de mentas, en definitiva, repercutirá sobre su adecuada prestación, con aumento en los índices de morosidad e

incobrabilidad de las distribuidoras y también causará trastornos y problemas en el tratamiento de los casos particulares donde el usuario está dispuesto a pagar el servicio, pero no el anticipo tributario. Queda así puesto de relieve que la Provincia, al exigir la ayuda de la prestataria del servicio para asegurarse el cobro anticipado de su gabela, estaría utilizando un régimen pensado, exclusivamente, para el cobro de aquél y aprovecharía instrumentos coercitivos ajenos a su legislación e incumbencia, con demérito en la estructura prestacional del servicio público de electricidad, causando una obstrucción o entorpecimiento innecesario en la regulación federal (arg. Fallos: 192:350; 201:536; 321:1052).

Por último, destaco que, a mi juicio, todas estas razones se ven realzadas al tomar en cuenta que el impuesto a percibir no guarda relación alguna con el servicio público prestado -a diferencia de lo que ocurre con la gabela contemplada en los arts. 19, 20 y 21 del Decreto 714/92-, lo cual implica, por otra parte, un injustificado aumento de los costos de la actora para brindar una prestación al Fisco local, sin que su peso pueda ser trasladado a terceros, repercutiendo en su rentabilidad. Tesitura que, por otra parte, podría constituirse en un peligroso antecedente para que todos los fiscos del país, legítimamente interesados en la eficaz recaudación de las sumas que les son adeudadas, exijan, de manera indebida, la ayuda de la actora para el cobro de sus acreencias, adicionándolas a la facturación del servicio a sus clientes que sean, a la vez, contribuyentes de aquéllos.

- IX -

Si bien con lo hasta aquí expresado basta, a mi juicio, para concluir en la carencia de facultades de la Provincia demandada para ordenar, a la actora, que actúe como

Procuración General de la Nación

agente de percepción del tributo en cuestión, en la forma pretendida mediante la Ley local Nº 11.904, cabe agregar que la solución propuesta no implica, en forma alguna, un perjuicio fiscal para aquélla.

En efecto, el Fisco local podrá recaudar el tributo de manera directa de sus contribuyentes, en la forma, tiempo y modo en que lo determine su legislación, como asimismo exigirles los anticipos que estime pertinentes y ordenar, en la medida de su competencia, la actuación de aquéllos que válidamente puedan ser instituidos como agentes de retención y de percepción de sus gravámenes, si lo estimara pertinente.

- X -

Opino, en consecuencia, que cabe hacer lugar a la demanda en lo que respecta a la Provincia de Buenos Aires y, paralelamente, rechazarla con relación al ENRE.

Buenos Aires, 31 de octubre de 2001

Es Copia

Nicolás Eduardo Becerra