

SEGURIDAD JURÍDICA – CINCO PUNTOS A TENER EN CUENTA PARA NO SORPRENDER NI SER SORPRENDIDO – CUESTIONES TRIBUTARIAS MUNICIPALES.-

Dr. Juan Pablo Dirienzo
Litoral Gas S.A.

I- SEGURIDAD JURÍDICA.-

Decía Ortega y Gasset: “ Una Sociedad no se constituye por un acuerdo de voluntades. Al revés, todo acuerdo de voluntades presupone la existencia de una sociedad de gentes que conviven y el acuerdo no puede consistir sino, en precisar una u otra forma de esa convivencia”. Querer que el Derecho rija las relaciones entre seres que previamente no viven en sociedad me parece -y perdónenme la insolencia- tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el Derecho es”.

Con frecuencia suele confundirse la “seguridad jurídica” con el movimiento pendular de las Políticas de Estado en Latinoamérica.

Una cuestión es la arrogancia, demagogia, ineptitud y porque no exceso, con que algunos funcionarios y jueces ejercen sus funciones y magistraturas y otra cuestión son los vaivenes de las Políticas de Estado a los que son sometidas las inversiones de capital intensivo en materia de energía.

La seguridad jurídica es afectada por funcionarios y jueces incompetentes o corruptos, el origen de la inseguridad jurídica puede ser estructural o simplemente un fenómeno aislado. La seguridad sobre Políticas de Estado es una cuestión mucho más mensurable para el inversor prevenido.

La conjunción de ambas en un mismo espacio y tiempo es conocida en nuestra actividad como crisis energética.

El presuntuoso objeto del presente trabajo es enunciar algunos puntos para tener en cuenta en materia de inversiones recuperables a largo plazo y analizar en esta oportunidad las cuestiones tributarias municipales.

Nada o poco puede hacer el inversor en materia de inseguridad jurídica propiamente dicha; un funcionario corrupto o un juez incompetente puede ser un fenómeno aislado y/o una cuestión estructural del Estado que no ha pulido los procesos de designación de los mismos, pero en lo que respecta a vaivenes de políticas en materia energética, desde mi punto de vista existen al menos cinco señales a tener en cuenta para no sorprenderse.

Las cinco señales a tener en cuenta son: 1° La Constitución Nacional (C.N.) y los tratados de protección de inversiones; 2° Los procedimientos legislados de designación de funcionarios y jueces; 3° El grado de libertad contractual y autonomía de la voluntad de las partes reconocido en la legislación de fondo 4° La jurisdicción y competencia de los funcionarios y jueces que dirimen las cuestiones energéticas y 5° Autonomía y potestades tributarias estatales y municipales.

Estoy convencido de que un estudio de estos puntos previo a la inversión, aleja el factor sorpresa sobre los vaivenes políticos en materia energética (genéricamente llamados “inseguridad jurídica”).

Abordaré brevemente en este trabajo lo referido a las potestades tributarias municipales dejando para otra oportunidad el tratamiento de los restantes puntos no menos importantes.

II- TRIBUTOS MUNICIPALES.-

a) Identificación.

Tres grupos de “hechos imponibles” nos ayudarán a precisar sus alcances. Generalmente los “hechos imponibles” se refieren a: 1° Ocupación del dominio público municipal, 2° La prestación de un servicio por parte del Municipio y 3° Simplemente la recaudación por la facturación bruta efectuada en el área del ejido urbano.

Por su parte la “base imponible” generalmente reconoce tres mensuras, a saber: 1° superficie ocupada por instalaciones, metraje lineal de las mismas; 2° atribución de un porcentaje del costo del servicio prestado por el municipio y 3° total de la facturación bruta efectuada en el área del ejido urbano.

b) Normas jurídicas involucradas en la cuestión.

Concurren aquí, normas de distinta jerarquía. Así tenemos normas que surgen cada Constitución Nacional, normas que surgen del Poder Legislativo de Orden Nacional, normas que surgen de la Legislatura Provincial o Estadual (Leyes Provinciales); normas que surgen de los Concejos Deliberantes o Órganos Legislativos de las ciudades (Ordenanzas), y normas de Orden Convencional (que son las que se vinculan esencialmente con las adjudicaciones de una licitación nacional o internacional).

III- NORMAS DE ORDEN CONSTITUCIONAL.-

Según el Estado en cuestión se haya constituido bajo un Régimen Unitario o bajo en Régimen Federal o Federativo el proceso de desentrañamiento del origen del Poder Tributario será más complejo.

REGIMEN UNITARIO.-

Bajo un Régimen Unitario se puede advertir dentro de la Constitución Nacional que corresponda, un tratamiento lineal de las cuestiones tributarias.

Así cito por ejemplo:

República de Bolivia.

Es atribución de la Cámara de Senadores aprobar las ordenanzas municipales relativas a tasas y patentes (Art. 66 C.N. inc. 4to.). Es atribución del Poder Ejecutivo velar por las resoluciones municipales, especialmente las relativas a rentas e impuestos, y denunciar ante el Senado las que sean contrarias a la Constitución Nacional y a las Leyes, siempre que la Municipalidad transgresora no cediese a los requerimientos del Poder Ejecutivo (Art. 96 inc. 9° C. N.).

Por otra parte respecto del dominio de los bienes, la Constitución Nacional dispone, que son de dominio originario del Estado además de los bienes a los que la ley da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas las riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento y por otra parte dispone que los yacimientos de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado en el que se encuentren o la forma en que se presenten, son del dominio directo, inalienable e imprescriptible del Estado (Arts. 163 y 139 C. N. respectivamente.).

Finalmente los Consejos Municipales tienen facultades normativas y fiscales; pero no pueden crear tributos que no sean tasas o patentes aprobadas por el Senado (Art. 201 C. N.).

República de Chile.

La Constitución Nacional de Chile dispone que son del dominio, absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible del Estado entre otros, los depósitos de carbón e hidrocarburos (Art. 19 inc. 24 CN), que son atribuciones del Congreso fijar las normas sobre la enajenación de bienes del Estado o de las municipalidades. (Art. 61 inc. 10 CN) y que le corresponde en forma exclusiva la iniciativa al Presidente de la Nación de los proyectos de leyes para imponer, suprimir, reducir o condonar los tributos de cualquier clase o naturaleza, o para establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad y progresión (Art. 62 inc. 1° C.N.).

República de Colombia.

Declara la Constitución Nacional de Colombia que las Gobernaciones y las Alcaldías forman parte de la Rama Ejecutiva (Art. 113 C.N.), que el Congreso no puede delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo en materia tributaria correspondiéndole al Congreso en forma exclusiva legislar sobre las contribuciones fiscales (Art. 150 C.N.).

República del Perú.

La Constitución Nacional del Perú dispone que el Congreso no tiene la iniciativa para crear ni aumentar el gasto público, no puede aprobar tributos con fines determinados salvo a solicitud del Poder Ejecutivo requiriendo un previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones. Con la mayoría de 2/3 de los congresistas se puede establecer en forma selectiva y temporal un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país (Art. 79 C.N.).

República Oriental del Uruguay.

La Constitución Nacional de la República Oriental del Uruguay establece que son atribuciones de la Asamblea General establecer las contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos, su distribución, el orden de recaudación e inversión y suprimir, modificar o aumentar las existentes (Art. 85 C.N.). Al Presidente de la República le corresponde conceder privilegios industriales ateniéndose a la ley previa (Art. 168 C.N. inc. 21). Le corresponden a la Junta Departamental crear o fijar a propuesta del Intendente impuestos, tasas, contribuciones, tarifas y precios de los servicios que presten (Art. 273 y 175 C.N.). El Art. 279 de la C.N. dispone los recursos que tendrán los Gobiernos Departamentales y el Art. 298 C.N. le otorga al Poder Ejecutivo la iniciativa de la Ley que puede exonerar temporariamente de tributos nacionales, extender la esfera de aplicación de los tributos departamentales sin incurrir en superposiciones (Art. 298 CN.).

Conclusión de los Regímenes Unitarios.

Hemos de sacar dos conclusiones de la rápida lectura de las normas constitucionales precedentemente aludidas y entonces diremos:

1° No existe duda sobre la titularidad de los bienes sujetos a explotaciones vinculadas con la energía, pertenecen al Estado Nacional.

2° No existe duda sobre el poder tributario (en algunos casos lo detenta el Poder Legislativo y en otros el Poder Ejecutivo), pero nunca es Estadual o Municipal (en estos casos hemos visto que las constituciones nacionales sólo los facultan para la fijación de tributos vinculados con patentes y servicios que pudieran prestar.

Va de suyo que cada caso en particular requerirá ahondar en la pertinente legislación la cual sin correr el riesgo de ser tachada de inconstitucional deberá inequívocamente continuar con los parámetros establecidos en cada carta magna.

Algo un poco diferente ocurre bajo los sistemas federales o federativos.

REGIMEN FEDERAL.-

Dentro de las repúblicas bajo un sistema Federal o Federativo el análisis del origen del Poder Tributario es un poco más complejo.

En estos estados se requiere el estudio de la Constitución Nacional; y también de las Constituciones Estaduales o Provinciales asimismo debe tenerse en cuenta las legislaciones tanto nacionales como provinciales o estaduales, a los efectos de investigar la existencia de pactos fiscales entre los Estados con el Estado Nacional. Un grado más abajo también es necesario investigar los niveles de autonomía municipal otorgados por las constituciones y leyes estaduales.

Haré una breve mención de las normas involucradas en los casos de la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa de Brasil para luego analizar en más detalle (y conocimiento de causa) el caso de la República Argentina.

República Bolivariana de Venezuela.

Partiendo de la reserva que se formula a favor del Estado sobre la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios, y bienes de interés público por razones de conveniencia nacional (Art. 302 CN), debemos tener en cuenta que el Art. 156 inc. 12 de la CN le otorga al Poder Público Nacional la competencia sobre la creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos, la importación y exportación de bienes y servicios y demás contribuciones no otorgadas a los Estados y Municipios por la propia Constitución Nacional o por Leyes.

Este poder Público Nacional cede ante la potestad tributaria Municipal conforme reza el Art. 180 de la CN. Que dice expresamente:

“ La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades.

Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticos territoriales se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a los concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

He aquí un espectro de posibilidades dentro del cual una exención tributaria o reducción de la alícuota de un tributo necesita de más de un anclaje jurídico en normas de grado inferior (leyes nacionales, estadales, normas municipales y convencionales.

Republica Federativa de Brasil.

La Constitución de este país dispone que compete a la Unión decretar impuestos sobre producción, importación, circulación, distribución o consumo de lubricantes y combustibles líquidos o gaseosos, así de la energía eléctrica y los minerales y que dichos impuestos inciden una sola vez sobre una de las operaciones y excluyen cualquier otro tributo, sea cuales fueren su naturaleza y competencia relativos a las mismas operaciones (Art.22 inc. VIII y IX y # 5°.).

Por otra parte el Art. 18 inc. III; # 1° de la CN determina que una ley complementaria establecerá normas generales de derecho tributario y dispondrá sobre los conflictos de competencia tributaria entre la Unión y los Estados, o Distrito Federal y los Municipios y regulará las limitaciones constitucionales del poder tributario y en el # 8 habilita a la Unión, los Estados y los Municipios a crear incentivos fiscales para la industrialización de los productos de suelo y subsuelo realizada en los lugares de origen.

Las normas constitucionales aparecen claras en la materia sin embargo es necesario recurrir en éste caso también al espectro de normas de grado inferior a fin de aproximarse a la certeza de la constitucionalidad de un tributo o de su exención.

LA REPÚBLICA ARGENTINA Y UN CASO DE INSEGURIDAD (LA OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO POR PARTE DE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS Y DISTRIBUIDORAS DE GAS NATURAL.-

Como caso practico de inseguridad jurídica en su sentido más amplio expondré con detalle aquello que ocurrió en la Republica Argentina y que puede en todo caso no ser exclusividad de ésta.

a) Normas Constitucionales:

Frente al Marco Regulatorio de la Actividad del Gas Natural nos preguntamos hace casi diez años:

¿ Puede el Congreso de la Nación otorgar la ocupación y el uso gratuito de los espacios del dominio público nacional, provincial y municipal a las licenciatarias de la prestación del servicio publico nacional de transporte y distribución de gas natural?

Entendimos que sí.

Dentro de estas normas de Orden Constitucional encontramos la respuesta a esta pregunta determinante en el tema que nos ocupa:

El art. 75 de la Constitución Nacional en su inciso 13 establece: Corresponde al Congreso:“inc. 13 Reglar el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí”.

Esta disposición es conocida en doctrina como la “cláusula comercial”.

La fuente de este inciso está en el art. 1° sección 8va., cláusula 3ra de la Constitución de los Estados Unidos receptada por el proyecto de Alberdi y también en el Pacto Federal de 1831.

Ha sido tradicional, tanto para la Corte de los Estados Unidos como para la nuestra, considerar que la cláusula comercial debe ser interpretada con total amplitud, no sólo referida al comercio como tal, sino a todo tipo de tráfico. En nuestro país la interpretación de la Corte ha sido equivalente, incluso habiendo considerado “comercio” al transporte de bienes y personas.

En 1935 en fallo 495, la Corte Suprema de Estados Unidos dispuso que cuando media monopolio del Estado que afecta el comercio interestatal, la intervención federal es un poder admitido y no un acto discrecional no justificado.

En fallo 257 U.S. 591, la Corte Suprema de los Estados Unidos admitió que la intervención del Congreso puede alcanzar al aumento de las tarifas locales para conformarlas con las federales, pudiendo en tal sentido el Congreso desproteger, fomentar, fiscalizar, restringir y prohibir.

El Congreso debe intervenir siempre que las necesidades económicas de la Nación lo requieran. Así lo ha declarado la Corte de los Estados Unidos en American Power Light.

La línea de interpretación que ha dominado en los Estados Unidos y que ha influido decididamente en nuestro país, es que la unidad económica es la Nación, no así los Estados (o las Provincias en nuestro caso) dado que ellos no pueden colocarse en una situación de aislamiento económico (Hood & Sons vs. Du Mond.).

Conjugando dos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (casos Impresit S.A. y Moos) destacamos una regla: “una cosa es la facultad para reglar el comercio, propia y exclusiva de la Nación y otra bien distinta es el poder de establecer impuestos por lo que sólo es objetable el tributo provincial cuando implica una efectiva traba al tráfico interjurisdiccional”.

A no dudar que un sistema integrado físicamente de Norte a Sur y de Este a Oeste del país como lo constituye los gasoductos de transporte, gasoductos troncales y ramales de distribución recibidos de Gas del Estado S.E. por las empresas licenciadas por el Estado Nacional para la prestación del servicio publico de transporte y distribución de gas natural, atraviesa casi todas las provincias y un sinnúmero de ejidos urbanos.

A no dudar tampoco que, si se admitía la validez de tributos municipales que gravan la ocupación y usos de los espacios del dominio publico, este tipo de ordenanzas fiscales se extenderían a lo largo y ancho del país.

Los resguardos contractuales en cuanto a los ajustes tarifarios no impedirán el caos y el quiebre del servicio publico nacional de transporte y distribución de gas natural en la República Argentina.

La competencia de esta cláusula comercial entendía yo, abarcaba la regulación del transporte y distribución del gas natural en la República Argentina de la misma manera que la CSJN lo había entendido respecto a la prestación del servicio telefónico, ya que el Estado Nacional ha otorgado las pertinentes licencias por derecho propio.

El inciso 18 del artículo 75 de la CN dispone:

“Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración dictando planes de instrucción general y universitaria y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras a estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

La fuente de este inciso conocido como la cláusula de la prosperidad está en el inciso 3ro. del proyecto de Alberdi. La Constitución de los Estados Unidos no tiene en su texto una cláusula similar. Sin embargo, el art. 1 Sección 8va. Cláusula 1) condiciona el establecimiento de impuestos nacionales a la atención de la defensa común y al bienestar general.

Al decir de Humberto Quiroga Lavié en nuestro país se pretendió limitar los poderes impositivos del Congreso de la Nación otorgándole la exclusividad de los impuestos directos a las provincias y la concurrencia en los indirectos, pero con una gran intervención del Congreso en la actividad económica.

De esta cláusula de la prosperidad y fallos de nuestra CSJN podemos deducir la siguiente regla: “la potestad impositiva de las provincias debe ceder ante aquellos privilegios que otorgue el Gobierno Nacional en el ejercicio de sus atribuciones (Fallos 305:460 306:516) sin embargo estos privilegios no pueden impedir que se cobren tasas o contribuciones de mejoras por servicios efectivamente prestados ya que la eximición del pago importaría en tales casos un enriquecimiento sin causa (Fallos 279:70 y 270: 427)”.

Va de suyo que la ocupación y uso de espacios del dominio público nacional provincial y/o municipal en modo alguno implican la prestación de un servicio por parte de los estados, en todo caso, como contraprestación al poder de policía del Estado, las Licenciatarias abonar tasas de apertura de veredas o calles, por una sola vez y con motivo de la realización de trabajos especiales como reparación o instalación de gasoductos.

Obviando por razones de tiempo consideraciones sobre otras normas constitucionales que dan sustento a la respuesta afirmativa no podemos dejar de mencionar el inciso 12 del artículo 75 que autoriza al Congreso de la Nación al dictado de, entre otros códigos, el de minería, al que la ley 24.076 remite sobre este particular.

Esto nos lleva inmediatamente al segundo orden de normas:

b) Normas derivadas de la Ley Nacional:

A esta altura surgía el segundo interrogante:

¿Concede la ley 24.076 la ocupación y uso gratuito de los fondos de dominio publico nacional, provincial, y municipal, a las licenciatarias de transporte y distribución de gas natural de la República Argentina. ?

La respuesta creíamos era sin duda afirmativa.

Dispone el art. 22 de la ley 24.076:

“Los transportistas y distribuidores gozarán de los derechos de servidumbre previstos en los arts. 66 y 67 de la ley 17.319”.

A su vez, la reglamentación del art. 22 de la ley dispone:

“En relación a las servidumbres previstas en los arts. 22 y 52 inc. k) de la Ley serán de aplicación las siguientes normas: 1) Los derechos otorgados a los transportistas y distribuidores por el art. 22 de la Ley incluyen los previstos en todas las normas del Código de Minería enumeradas por el art. 66 de la ley 17.319”.

La ley 17.319 dispone en su art. 66 que:

“ Los permisionarios y concesionarios instituidos en virtud de lo dispuesto en las secciones 2ª, 3ª, y 4ª del Título II de esta ley, a los efectos del ejercicio de sus atribuciones tendrán los derechos acordados por el Código de Minería en sus arts. 42 y siguientes, 48 y siguientes y concordantes de ambos, respecto de los inmuebles de propiedad fiscal o particular ubicados dentro o fuera de los límites del área afectada por sus trabajos...”.

Finalmente el art. 44 del Código de Minería establece:

“Si el terreno correspondiente a una concesión, es del estado o municipio, la cesión será gratuita”.

Edmundo Catalano, comentando este artículo 44 del Código de Minería sostiene:

“la cesión a que se refiere este artículo es una cesión de uso, o sea el derecho a establecer servidumbres gratuitas mientras dure la explotación. No implica, por lo tanto, la cesión del dominio que permanece en el patrimonio del estado. Priva en la cesión gratuita de estas tierras, el carácter de utilidad pública que reviste la industria minera” y en el caso que nos ocupa, decimos nosotros, el carácter de servicio público nacional.

La meridiania claridad de las normas precedentes nos impone la obligación de entrar en el análisis del otro grupo de normas que son las que generan el conflicto. Estas son:

c) Las Normas que surgen de los Concejos Deliberantes de las ciudades (Ordenanzas):

Aquí la pregunta a responder era la siguiente:

¿Las ordenanzas en cuestión, son una especie o estilo de impuestos a la venta de gas natural, constituyen una tasa por servicios efectivamente prestados o simplemente gravan la ocupación de los espacios del dominio público?

La respuesta es, simplemente gravan la ocupación de los espacios del dominio público.

Analicemos las Ordenanzas:

Los códigos fiscales municipales y/o ordenanzas tributarias municipales son muy claros respecto al hecho imponible, la redacción es uniforme y casi invariablemente manifiestan: “Por la ocupación del espacio del dominio público...”.

En cambio, respecto de la base imponible, hasta donde llega mi experiencia, me he encontrado con dos sistemas: a) la facturación bruta de la empresa distribuidora sobre la que se fija un porcentaje a tributar que va desde el 6 hasta el 10 % y b) cantidad de metros efectivamente ocupados por redes de gasoductos imponiendo un valor fijo por metro ocupado y de acuerdo al diámetro de cañería.

Volviendo a la pregunta que nos hacíamos, la distinción entre hecho imponible y base tributaria despeja cualquier duda que se pudiera tener respecto a que estas normas en realidad pudieran ser impuestos a la transferencia de gas natural.

La duda también se aleja con respecto al concepto de tasas por servicios efectivamente prestados; recordemos aquí que, bajo diferentes nombres, las Licenciatarias abonan tasas por apertura de calles y veredas, derechos de registro e inspección , etc.

Sin duda se grava pues, lo que por ley nacional debe ser gratuito, esto es la ocupación y uso de los espacios del dominio público destinada a la prestación de un servicio público de carácter nacional.

Entonces la pregunta que nos hacíamos era la siguiente:

¿Cuál era la política del Estado Nacional y Provincial al respecto?

Esto nos llevó al llamado Pacto Federal del año 1993 para el empleo, la producción y el crecimiento que en el punto 2º de su cláusula primera dispone:

“2) Derogar de inmediato los impuestos provinciales específicos que graven la transferencia de combustibles, gas y energía eléctrica, incluso las que recaen sobre la autogenerada y servicios sanitarios excepto que se traten de transferencias destinadas al uso domestico. Asimismo se derogarán de inmediato las que graven directa o indirectamente a través de controles la circulación de bienes o el uso para servicios del espacio físico incluido el aéreo.

Asimismo se promoverá la derogación de las tasas municipales que afecten los mismos hechos económicos, sea a través de la remisión del respectivo proyecto de ley a la Legislatura Provincial o a través de la recomendación a los Municipios que cuenten con competencia para la creación y derogación de tales gravámenes. Igual Actitud se seguirá respecto de las tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive de su prestación”.

Nos encontramos aquí con el cuarto tipo de normas involucradas en la cuestión:

d) Normas derivadas de Leyes Provinciales:

La Provincia de Buenos Aires a través de la Ley Provincial N° 11.643 y la provincia de Santa Fe por Ley 11.123 adhirieron al pacto federal de 1993.

En particular la ley santafesina dispuso en su art. 6to. lo siguiente:

Art. 6: En el término de sesenta días a partir de la vigencia de la presente ley prorrogables por igual lapso por el poder ejecutivo provincial los municipios de la provincia adecuaran sus respectivas ordenanzas impositivas a lo establecido en el punto segundo y último párrafo del punto quinto de la cláusula primera del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el crecimiento y en la ley 23.548 de coparticipación federal de impuestos”; y en el art. 7: Las tasas municipales, en general deben constituir la retribución de un servicio efectivamente prestado y guardar una razonable relación con los costos directos e indirectos que genere dicha prestación”.

Se impone aquí una pausa para la reflexión. También los estados provinciales comparten la gratuidad del uso de los espacios para la prestación de servicios.

Como podemos advertir claramente las ordenanzas que gravan la ocupación de los espacios del dominio público están en franca colisión con Leyes nacionales y leyes provinciales.

¿Dónde está la respuesta para la solución del conflicto?

La respuesta para la solución del conflicto está en una norma de orden constitucional, esta es la denominada Supremacía de la Constitución Nacional y el derecho federal consagrada en el artículo 31 de nuestra carta Magna que dispone:

“Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley suprema de la nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”.

La fuente de esta norma está en el artículo VI cláusula 2ª de la Constitución de los Estados Unidos.

Esta Norma consagra particularmente la supremacía del derecho federal sobre el provincial.

Nuestro sistema de control constitucional es difuso, ya que lo puede ejercer cualquier juez, no como en el derecho continental europeo, donde existen tribunales constitucionales con competencia exclusiva para invalidar el derecho inconstitucional.

La doctrina constitucional indica a la acción mere declarativa dispuesta en el artículo 322 del Código. Procesal Civil y Comercial de la Nación como una acción efectiva para controlar la supremacía de la Constitución Nacional.

e) Las Normas Convencionales:

Dentro de esta jerarquía de normas convencionales, me he permitido dividir las o clasificarlas en tres categorías a saber:

I – Convenios entre Gas del Estado S.E. y los municipios.

Por estos convenios y como contraprestación por la prestación del servicio las municipalidades eximían del pago de cualquier tipo de gravamen a La Empresa (Gas del Estado S.E.), los bienes afectados al servicio (gasoductos y redes de distribución), y al servicio mismo. Un ejemplo de ello es el caso San Nicolás.

II- El contrato de transferencia firmado entre el Estado Nacional y cada una de las sociedades inversoras de cada licenciataria que en su artículo 7.1. establece que Gas del Estado y el Estado Nacional transferirán a la sociedad licenciataria, con efecto a partir de esa misma fecha, la posesión y todos los derechos de Gas del Estado y del Estado Nacional sobre los activos afectados al servicio. Derecho que incluye los nacidos convencionalmente y descriptos en la primera categoría.

III- Incluyo dentro de esta categoría convencional al Decreto P.E.N. N° 2255/92 Anexo B Subanexo I Reglas Básicas atento a lo dispuesto en el numeral 18.2 primera parte, en cuanto al compromiso que tenía el Otorgante de no modificarlas sin el consentimiento por escrito de la licenciataria.-

Dentro de ésta categoría se encuentran las normas que reglamentaban los traslados a tarifas de los impuestos las que requerían para el caso de los vinculados al dominio público de la existencia de una sentencia firme que condenara a la Licenciada a abonar el tributo.

En diversas resoluciones el Regulador con un criterio que a la postre se advierte como erróneo e injusto, no solo para las empresas sino que también para los usuarios, ha establecido la regla de que no bastan sentencias firmes en juicios de apremio fiscales, sino que las sentencias firmes deben serlo en segunda instancia y en juicios de conocimiento.

La acumulación de débitos fiscales, intereses y costos durante los prolongados tramites procesales requeridos por el ENARGAS generaron y generan importantes sumas de dinero que finalmente resultan irritantes, tanto pagarlas como cobrarlas.

Siendo la ocupación y uso de los espacios del dominio público gratuitas para las licenciatarias como hemos visto precedentemente, la sola ejecución fiscal debió bastar para efectuar el traslado a tarifas, ello independientemente del derecho de la Licenciataria de hacer reconocer por vía de juicio de conocimiento los derechos consagrados en el artículo 22 de la ley 24.076.

f) Colofón de la Cuestión:

Pues bien, la cuestión fue llevada hasta el máximo tribunal judicial de la República Argentina mediante una acción declarativa de certeza que tuvo resolución casi una decena de años después de haberse iniciado.

Cual fue el veredicto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pues que en el caso llevado a resolución no había tal exención tributaria ya que de los textos legales no se apreciaba con claridad meridiana que el legislador haya querido imponerlas.

Las consecuencias de ésta resolución todavía no se han manifestado por lo reciente de la misma, pero sin duda no pasaran desapercibidas para nadie.

Creo que como cierre del presente trabajo corresponde una nueva lectura de la cita de Ortega y Gasset efectuada ab initio una reflexión que deje al lector y una lección de precaución en materia de seguridad jurídica en sentido amplio.

IV- BIBLIOGRAFÍA:

La rebelión de las masas - Ortega y Gasset.

Derecho Internacional Privado - Werner Goldshmidt Octava edición Editorial Depalma.

Código de Minería Comentado - Edmundo F. Catalana Séptima Edición Editorial Zavalía.

Constitución de la Nación Argentina Comentada - Humberto Quiroga Lavié Editorial Zavalía.

Finanzas Públicas y Derecho Tributario - Dino Jarach Segunda Edición Editorial Abeledo-Perrot.

Curso de finanzas, derecho financiero y tributario - Héctor Villegas 7º Edición ampliada y actualizada Editorial Depalma.

Autor: Dr. Juan Pablo Dirienzo

E-mail: dirienzo@litoral-gas.com.ar

Tel./Fax: 00.54.341.4200190/ 00.54.341.420194