

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

– I –

A fs. 164/167, la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial (Sala B) revocó la sentencia de primera instancia y declaró legítimas las resoluciones de la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) 1144/02, por la cual se desestimó el recurso de reconsideración planteado por TELECOM ARGENTINA STET – FRANCE TELECOM S.A. (TELECOM) —hoy TELECOM ARGENTINA S.A.— contra la nota CNC 1133/92 y le ordenó abstenerse, a partir de la vigencia de la ley 25.561, de trasladar el mayor costo de tributos municipales a la tarifa, además de que, en caso de haberlo hecho, reintegrara tal concepto a los usuarios en la facturación siguiente y que a partir de la citada ley no se trasladara costo impositivo indirecto alguno a las tarifas sin previa intervención de la Administración Pública y CNC 1307/03, en virtud de la cual aquel órgano sancionó a TELECOM con una multa equivalente a 9.000.000 unidades de tasación por haber incumplido la resolución anterior.

Para así decidir, los magistrados, en primer lugar, pusieron de manifiesto que no se hallaba controvertida la cláusula de estabilidad económica prevista en el numeral 16.9.3 del contrato de transferencia aprobado por el decreto 2332/90 y puntos 16.1.1 y 16.4 del pliego de bases y condiciones aprobado por el decreto 62/90, en virtud de la cual se reconoce a la actora el derecho de trasladar a la tarifa los incrementos de la carga impositiva.

Argumentaron que la CNC, al dictar las aludidas resoluciones, tomó en cuenta que el numeral 16.9.3 del contrato de transferencia era uno de los aspectos alcanzados por el proceso que lleva a cabo la Comisión de Renegociación de los contratos de obras y servicios públicos creada por el decreto 293/02 y que por lo tanto la actora debía someter al control de la CNC su intención de trasladar el mayor costo impositivo a sus clientes, como un paso previo a que interviniera la unidad renegociadora.

Sobre este último aspecto señalaron que, efectivamente, la resolución 38/02 del Ministerio de Economía —fundamento central de los actos *sub examine* y derogada por la resolución conjunta del Ministerio de Economía y Producción 188 y del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios 44 del 6 de agosto de 2003— había dispuesto que, en el marco de los arts. 1º, 8º y 9º de la ley 25.561 y del decreto 293/02, los entes reguladores debían abstenerse de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afectaran directa o indirectamente los precios y tarifas de los servicios públicos, así como que debían interrumpirse los procesos de revisión tarifaria o cualquier otro mecanismo de fijación de precios y tarifas que se encontraran en curso.

En ese contexto, expresaron que aun cuando la traslación a tarifas de los mayores costos por tributos se hallaba estipulada en el contrato, tal previsión debía interpretarse en el marco de la ley 25.561 y sus normas complementarias y si bien dicha traslación no era técnicamente un “ajuste tarifario” no podía soslayarse que aquélla incidía, al menos indirectamente, en los precios del servicio.

Advirtieron, además que, aun con anterioridad a que la actora entablara la acción declarativa (24/10/03) —que dio origen a este proceso— e incluso previamente a que la resolución 38/02 fuera derogada, el Ministerio de Economía había dictado la resolución 72 del 4 de febrero de 2003, por la cual aprobó la metodología para calcular la incidencia mensual del impuesto a los créditos y débitos en cuentas corrientes bancarias y otras operaciones en la facturación de los clientes del servicio básico telefónico, lo que significó —según el tribunal— admitir “para el futuro” el traslado a la tarifa del mayor costo por el impuesto establecido en la ley 25.413.

Al respecto, entendieron que en esta última resolución se previeron dos etapas, una anterior a su dictado, donde la incidencia del mayor costo por la carga impositiva quedaba comprendida en el proceso de renegociación dispuesto por la ley 25.561 y otra posterior, que admitía el traslado de la incidencia tributaria a la tarifa. Estimaron que dicha resolución constituía un

Procuración General de la Nación

importante criterio orientador para dilucidar la cuestión *sub examine* y señalaron que ello se encontraba corroborado por la “Carta Entendimiento entre el Estado Nacional y las Empresas Licenciatarias de Telecomunicaciones de Telefonía Básica – Telecom Argentina y Telefónica Argentina S.A.” firmada el 20 de mayo de 2004, cuya cláusula cuarta estipula que todo nuevo impuesto o gravamen o la variación de los existentes, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16.9.3 de los contratos (de transferencia), será incluido en forma discriminada en las facturas que se emitan a los usuarios.

Dijeron que si bien tal cláusula se encuentra estipulada para regir hacia el futuro, al expresar que comprende a “todo nuevo impuesto”, arroja certeza a la situación planteada por la actora para el momento en que la traslación debe tener vigencia, por ello —según el parecer de los jueces— una vez derogada la resolución ME 38/02, la Carta Entendimiento consolidó el criterio del Ministerio de Economía.

– II –

Contra tal pronunciamiento, la actora planteó el recurso extraordinario de fs. 177/197, el cual fue concedido por hallarse en juego la validez de normas federales y denegado por la causal de arbitrariedad (fs. 208), sin que se dedujera la pertinente queja.

Se agravia porque considera que la Cámara, al expedirse sobre la legitimidad de las resoluciones CNC 1144/02 y 1307/02, soslayó tratar y decidir sobre la pretensión principal deducida al entablar la acción declarativa, cual era que se estableciera si había ejercido, en el marco de la ley 25.561, “en forma ajustada a derecho” la facultad de incrementar las tarifas.

Afirma que no surge del numeral 16.9.3 del contrato de transferencia ni del pliego de privatización que deba mediar una intervención previa de la CNC, sin embargo en la sentencia, infundadamente, la Cámara asevera que ese control es previo y que el ejercicio de la facultad de trasladar la

carga tributaria a la tarifa debe someterse al proceso de renegociación del contrato, que lleva a cabo la comisión creada a tal efecto.

Agrega que la resolución 72/03 estableció no sólo la metodología para calcular la incidencia del impuesto a los créditos y débitos bancarios y otras operaciones, sino que también dejó sin efecto las resoluciones de la CNC que habían ordenado el cese del traslado de dicho impuesto y su reintegro a los clientes en los casos en que se los hubiera facturado.

Objeta la afirmación de la Cámara que considera que surgen, de tal resolución, dos etapas diferenciadas respecto de la aplicación de la cláusula de estabilidad impositiva. Advierte que si ello se desprende del art. 2° de aquélla, en cuanto prevé que los importes ingresados al Fisco por las empresas en concepto del mencionado impuesto, con anterioridad a su vigencia, quedan comprendidos en el proceso de renegociación dispuesto en la ley 25.561 y el decreto 293/02, ello no se refiere al traslado del tributo a los clientes sino a su pago al Fisco, sin que exista, precisamente, dicho traslado a raíz de la oposición por parte del organismo de control a reconocer la información proporcionada por las empresas licenciatarias.

Dice que la sentencia frustra sus derechos de índole federal por cuanto no es posible sostener que el mantenimiento de la cuestión económica mediante la estabilidad impositiva es una facultad del prestador y al mismo tiempo entender que dicha cláusula está sujeta al proceso de renegociación de los contratos, lo que supone que hasta que no se logre un acuerdo ella carecerá de todo efecto. Por lo expuesto, señala que pudo decirse, o que la cláusula de estabilidad existe y el prestador puede ejercer la facultad allí conferida con el control de la autoridad regulatoria, o que se considera dejada sin efecto o suspendida por la ley de emergencia económica, pero no expresarse al mismo tiempo que subsiste y que su ejercicio debe sujetarse al resultado de la renegociación.

Procuración General de la Nación

– III –

El recurso extraordinario es formalmente admisible, toda vez que en el *sub lite* se discute la inteligencia de normas federales 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 –

De la forma como ha quedado planteada la *litis*, entiendo que aquí el *thema decidendum* radica en determinar si la interpretación que la Comisión Nacional de Comunicaciones hace de la Ley de Emergencia 25.561 al dictar las resoluciones CNC 1144/02 y CNC 1307/03 se ajusta a derecho según el contexto de lo que disponen la cláusula de estabilidad impositiva y normas federales superiores aplicables. A tal fin debo partir de examinar el régimen que rige al servicio de telefonía fija, y especialmente, considerar la situación en que se encontraba el sistema al momento de dictarse aquellos actos.

Corresponde puntualizar, en primer lugar, que el marco regulatorio de las telecomunicaciones —conformado por los decretos y el plexo normativo dictado en su consecuencia— previó la cláusula de estabilidad impositiva.

En efecto, el contrato de transferencia de acciones a la Sociedad Licenciataria Norte aprobado por el decreto 2332/90, dispuso en el numeral 16.9.3 que *“Las tarifas emergentes del contrato han sido fijadas teniendo en cuenta la carga impositiva indirecta de la Sociedad Licenciataria*

Norte a la toma de posesión. El incremento de dicha carga con relación a la vigente a la toma de posesión podrá ser considerado por la Sociedad Licenciataria Norte como un cambio en la ecuación económico-financiera originaria, y en consecuencia afectar la tarifa en su exacta incidencia económica y geográfica. Recíprocamente, la disminución de dicha carga impositiva indirecta deberá provocar la disminución correlativa de la tarifa. El ejercicio de la facultad conferida en este punto estará sujeto al control de la Autoridad Regulatoria conforme a lo previsto en los incisos a) c) y d) del punto 12.15 del Pliego”.

Es necesario aclarar que, en lo sustancial, los incisos de este último punto del Pliego de Bases y Condiciones para el Concurso Público Internacional para la Privatización del Servicio Público de Telecomunicaciones —aprobado por el decreto 62/90— establecen que las tarifas entrarán en vigencia al día siguiente de su publicación, sin necesidad de aprobación previa.

Por su parte los numerales 16.1.1 y 16.4 del mencionado pliego dispusieron, respectivamente, que *“los servicios de telecomunicaciones no estarán sujetos a un tratamiento fiscal discriminatorio respecto de otras actividades. En caso de aplicarse en jurisdicción nacional un impuesto o tasa especial al servicio telefónico, el Estado Nacional deberá reembolsar su monto a la Sociedad Licenciataria, a la SSEC y a la SPSI”* y que *“con excepción del impuesto a las ganancias, todos los demás impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales a que puedan resultar sujetas las Sociedades Licenciatarias y la SPSI serán considerados como costos a los efectos del cálculo de las tarifas”*.

En ese contexto puede decirse, desde el punto de vista de las licenciatarias, que la cláusula de estabilidad a la cual aquí se alude tiene como finalidad regular cualquier variación en la carga impositiva indirecta (ya sea por incremento o disminución) y desde la óptica de los usuarios y consumidores (o clientes), que el traslado de la carga fiscal a la tarifa se refleja en la facturación que aquéllos deben abonar como contraprestación del servicio que reciben.

Procuración General de la Nación

Si embargo, corresponde añadir una circunstancia particular que incidió 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=U\$S 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 a la resolución 38 del 9 de abril de 2002 dictada por el Ministerio de Economía con el fin de evitar que los organismos reguladores adoptaran decisiones que afectasen directa o indirectamente precios y tarifas de los servicios públicos durante la renegociación dispuesta en la ley 25.561, para lo cual se ordenó a dichos organismos “...*interrumpir los procesos de revisión tarifaria, o cualquier otro mecanismo de fijación de precios y tarifas...*” (art. 2º) debiendo “...*abstenerse de adoptar cualquier decisión o ejecutar acciones que afecten directa o indirectamente los precios y tarifas de los servicios públicos sometidos a su ámbito de competencia, haciendo observar el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 8º y 10 de la ley 25.561*” (art. 1º).

Cabe acotar respecto de esta norma que, aun cuando fue derogada por la resolución conjunta de los Ministerios de Economía y Producción 188 y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios 44 del 6 de agosto de 2003, se encontraba vigente al momento del dictado de los actos impugnados y constituyó su principal causa.

La profunda transformación de la realidad económica vigente al momento de la sanción de la ley 25.561 permite concluir que la tarifa del servicio básico de telefonía fija no quedó ceñida con exclusividad a las

condiciones del pliego y el contrato de transferencia sino que debió sujetarse también a la renegociación contractual impuesta por la ley citada y sus normas complementarias, debido a las nuevas condiciones económicas y financieras imperantes que surgieron del estado de emergencia pública en materia social, económica, financiera y cambiaria declarada en el art. 1° de la citada ley.

Entiendo que ello es así, pues el decreto 293/02 (12/02/02), por el cual se encomendó al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos alcanzados por lo dispuesto en el art. 8° de la ley 25.561 que tuvieran por objeto la prestación de obras y servicios públicos —entre ellos el servicio de telecomunicaciones de telefonía básica (fija) (art. 1° del decreto)—, abarcó diversas áreas y *“...una gran diversidad de cláusulas y mecanismos contractuales de ejecución, tanto en lo que respecta a los derechos y obligaciones asumidos por las partes, como en lo relacionado con el régimen tarifario y pueden ser impactados por la reforma del régimen cambiario de diversas maneras, sea en lo relativo al sistema de fijación y reajuste de tarifas, a las deudas vinculadas con el sistema financiero en la plaza nacional o internacional, a los compromisos de inversión y ejecución de obras, al pago del canon, eliminación de subsidios, compensaciones tributarias, aduaneras o de cargas sociales, alícuotas diferenciales y otros aspectos”* (el resaltado no es del original) (cfr. considerando 3° del citado decreto).

En ese contexto forzoso es concluir que, debido al fuerte impacto que, sobre las tarifas del servicio de telefonía básica, produce el traslado de la presión impositiva a los usuarios y consumidores, el numeral 16.9.3 del contrato de transferencia aprobado por el decreto 2332/90 quedó comprendido, junto a otros múltiples factores, en el proceso de renegociación.

Cabe tener presente que la Corte señaló que para superar el estado de adversidad que implicó en su momento la situación de emergencia declarada por la ley 25.561, todos los sectores debían deponer sus intereses individuales en pos del bienestar general y, con tal fin, las medidas adoptadas por entonces no se limitaron a convertir en pesos los depósitos constituidos en

Procuración General de la Nación

moneda extranjera, sino que previeron mecanismos de compensación para morigerar la pérdida de valor que necesariamente trajo aparejado el abandono del sistema de convertibilidad, decisión de política económica sobre cuyo acierto no pueden pronunciarse los jueces (Fallos: 327:4495).

Desde la perspectiva expuesta, las resoluciones impugnadas no deben sino interpretarse a la luz de las pautas jurídico-económicas imperantes al dictado de la ley 25.561, lo cual se concilia con la vigorosa tradición doctrinaria del Tribunal, en el sentido de que el fin primordial del intérprete “es dar cumplido efecto a la voluntad del legislador” (Fallos: 303:245 y sus citas, entre muchos otros), en cuyo contexto resulta ineludible considerar que “las normas no deben necesariamente entenderse con el alcance más restringido que su texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla, de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación” (Fallos: 179:337).

No resulta ocioso señalar que la mecánica empleada por el Ministerio de Economía en las resoluciones impugnadas también se adoptaron en otras oportunidades, como por ejemplo se hizo en la resolución ME 72/03, por la cual se dispuso que los importes ingresados al Fisco por la actora, en concepto del impuesto a los créditos y débitos en cuentas corrientes bancarias y otras operatorias creado por la ley 25.413, **con anterioridad a la vigencia de su dictado quedarían comprendidos en el proceso de renegociación establecida en la ley 25.561 y en el decreto 293/02** (art. 2°).

Por último, entiendo indispensable destacar que tal criterio se afirma también en la motivación y en las cláusulas de la Carta Entendimiento entre el Estado Nacional y las Empresas Licenciatarias de Telecomunicaciones de Telefonía Básica – Telecom Argentina y Telefónica Argentina S.A., firmada el 20 de mayo de 2004 (fs. 91/94).

En efecto, en dicha Carta las partes convinieron, precisamente, atendiendo al proceso de renegociación de los contratos de servicios públicos, a partir de la sanción de ley 25.561 y sus complementarias, que se mantendría hasta el 31 de diciembre de 2004 la estructura de tarifas

entonces vigente (cláusula 2ª) y establecieron que, conforme a lo dispuesto por el numeral 16.9.3 de los contratos, **todo nuevo impuesto o gravamen o la variación de los existentes**, sujeto al control de la autoridad regulatoria de acuerdo a lo previsto en los incs. a), c) y d) del punto 12.5 del pliego, sería incluido en forma discriminada en las facturas por servicios que se emitan a los usuarios de las respectivas jurisdicciones a las que corresponde el tributo o gravamen en cuestión (cláusula 4ª).

En ese sentido, coincido con el criterio de la Cámara, al advertir que la cláusula 4ª rige para el futuro y también otorga certeza tanto respecto de la aplicación de la ley 25.561. Por lo demás, a mi juicio, aquel acto voluntario de la actora denota, claramente, que no se configura, con respecto a la aplicación de la ley 25.561 y a la vigencia de la cláusula 16.9.3, un supuesto en el cual se verifique un *"estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica"* que pudiera producir un perjuicio o lesión actual a la demandante y ésta no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente (art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de modo que se procure precaver por esta vía los efectos de un *"acto en ciernes"* al que se le atribuye ilegitimidad y lesión del régimen constitucional (cfr. Fallos: 328:1791).


De lo hasta aquí expuesto, no cabe atribuir otra interpretación a la cuestión en debate que aquella sustentada por la Alzada, en tanto y en cuanto concluyó que la CNC al dictar la nota 1133/02 y las resoluciones 1144/02 y 1307/02 resolvió con ajuste a las normas en vigor, esto es en el marco de la emergencia pública declarada por la ley 25.561 y, consecuentemente, declaró la validez de la actuación de aquel órgano del Estado.

- V -

Por todo lo expuesto, opino que corresponde confirmar la sentencia de fs. 164/167 en cuanto fue materia de recurso extraordinario.

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2010.

LAURA M. MONTI
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de Justicia de la Nación


ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

17/12/10