

Expte. N° 13-03866890-5 carat. "EDEMESA C/HONORABLE CONCEJO DELIBERANTE DE LA MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLÉN S/ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD"

SALA SEGUNDA

-

EXCMA. SUPREMA CORTE:

Vienen los presentes autos a despacho para dictaminar sobre la vista de fs. 247 respecto de la acción de inconstitucionalidad que tramita en autos.

I.- Antecedentes

1. La demanda

A fs. 15/30 (19-02-2016) se presenta la Empresa Distribuidora de Energía Eléctrica de Mendoza (E.D.E.M.S.A.) por medio de apoderado y plantea la inconstitucionalidad del artículo 69 inc. a. de la ordenanza municipal 8183/2015 mediante el cual el municipio impuso un tributo por los derechos de ocupación y utilización del espacio del dominio público para el año 2016.

Al respecto sostiene la accionante que la citada ordenanza agravia a su par-

te imponiéndole el pago de una tasa por un servicio respecto del cual se encuentra exento por normativa superior (leyes nacionales 15.33623697 y en particular 24357, y provinciales 1079 -L.O.M.- 6497 y arts. 14, 16, 17, 18 y 19 C.N. y 16 Const. Prov.), de la que se infiere que la imposibilidad legal de los municipios para imponer tributos que graven las operaciones que se efectúen con el fin de privatizar empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas que pertenezcan total o parcialmente a los estados provinciales o las municipalidades; siendo su parte concesionaria de la prestación del servicio eléctrico en varios departamentos de la Provincia, la cual por ello mismo no se debe ver alcanzada por tributos como los que pone en crisis. Agrega además que el pretense tributo no constituye una "tasa por servicios" al no existir ningún servicio prestado por la municipalidad, como así también que en su caso es confiscatorio. Cita jurisprudencia, ofrece prueba y hace reserva del caso federal.

2. La contestación de la Municipalidad de Guaymallén y de la Fiscalía de Estado

A fs. 38/45 el letrado de la Municipalidad de Guaymallén solicita el rechazo de la acción, para lo cual sostiene que la ordenanza en cuestión no alcanza a la actora ya que el municipio nunca ha intentado cobrársela a la misma, sin perjuicio de lo cual defiende su constitucionalidad por cuanto entra dentro de su ámbito de incumbencia determinar tributos como el

aquí impugnado, a más de que no es confiscatorio en el caso concreto. Ofrece prueba y funda en derecho.

Por su lado, Fiscalía de Estado asume un rol análogo al de la accionada, sosteniendo la falta de interés legítimo en el planteo y por ende, considera que la denuncia de inconstitucionalidad es en el solo interés de la ley sin que se haya configurado la afectación real de los derechos y principios constitucionales (fs. 49/51 vta.).

3. Las etapa de pruebas y alegatos

A fs. 65/66 vta. V.E. admitió la totalidad de la prueba, desestimando las oposiciones a la pericial contable que hicieran las accionadas.

En consecuencia de ello, se produjo la misma, conforme al siguiente detalle:

- Fs. 79/82 y 112/114 la pericia contable y las respuestas a las impugnaciones y/u observaciones efectuadas por las partes, llevada a cabo por el C.P.N., Juan José Fleitas;
- Fs. 126/131 informe de la Cooperativa Empresa Eléctrica de Godoy Cruz;
- Fs. 133/170, informe de la Directora de Asuntos Legales de la Municipalidad de Guaymallén;
- 173/174 y 177/183 informes

del Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE);

- A fs. 197/198 luce el testimonio de Helvio Grilli (Director de Obras Municipales de la Municipalidad de Guaymallén) y a fs. 209 y vta. constancia de las declaraciones de María Marcela González (empleada de EDEMSA) Y Ariel Eduardo Gaspar.

A fs. 123/230 vta. corren agregados los alegatos de la actora, a fs. 234/241 vta. los de la Municipalidad demandada y a fs. 244/245 vta. los de Fiscalía de Estado.

II.- Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad del art. 223 C.P.C. y su aplicación al subexámine

Conforme lo refieren los comentarios al art. 223 C.P.C. (hoy 227 C.P.C.C. y T.), esta acción o demanda sirve para atacar leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, etc., emanados de autoridades locales, por ser contrarios a la constitución nacional o provincial (Kemelmajer de Carlucci Aída Rosa, Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, Martín Fierro Impresores 1991, pg. 20, citada en Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza comentado, anotado y concordado, coord. Horacio C. Gianella, T. 2, pg. 504).

Acción que, conforme expresa Quevedo de Mendoza, ha sido calificada por la doctrina como declarativa, en cuanto a través de ella la jurisdicción se limita a brindar la certeza a

los alcances que una norma jurídica imprime a una relación concreta, siempre que medie una falta de certeza proveniente de la pretensión de uno de los sujetos de esa relación, de que dicha norma sea contraria a la constitución. Aunque el mismo autor señala que, al ser requisito de la fundamentación de la demanda la "existencia de lesión actual", en determinadas condiciones la acción de inconstitucionalidad adquiere el carácter de una acción de condena (Quevedo Mendoza Efraín, La acción de inconstitucionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, JA 2002-II-1188; op. Cit. Pg. 505), lo que, de todos modos no ha sido receptado por la S.C.J.Mza. en diversos pronunciamientos.

En cuanto al objeto, se ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad no es idónea para que los administrados cuestionen la validez de resoluciones administrativas que deciden casos particulares (normas individuales o de alcance singular); ya que, por vía de esta acción se impugnan actos estatales normativos o de alcance general. Distinguiéndose el supuesto de acción de inconstitucionalidad del de la acción contencioso administrativa, a la cual se reservan los planteos respecto donde se discute sobre la vulneración de un derecho administrativo de carácter particular (op. Cit. Pg. 509 y nota 1278). No obstante lo cual, en la acción que nos ocupa, de todos modos, quien la incoa debe ostentar un interés legítimo, económico o mora, jurídicamente protegido y actual.

III.- Aplicación de los conceptos anteriores al caso en examen. Precedentes

1. Siguiendo el orden de los planteos defensivos, se analizará en primer término lo atinente a si la actora carece de legitimación sustancial pasiva en razón de que el municipio nunca ha intentado cobrar el tributo previsto en la norma cuya constitucionalidad se declara, esto es el art. 69 inciso a. de la Ordenanza Tarifaria para el periodo 2016 N°8183/2015.

Al respecto, no escapa a este Ministerio Público Fiscal que esa misma norma ha sido puesta en crisis por Supercanal S.A. (prestadora del servicio de televisión por cable), a la cual también la Municipalidad de Guaymallén opuso la falta de legitimación sustancial pasiva con el argumento referido supra, esto es que no ha intentado su cobro.

En el precedente citado V.E. desestimó esa defensa en razón de que conforme surge del texto de la ordenanza "existe la posibilidad cierta de que las empresas del tipo de la actora, prestadoras del servicio de televisión por cable (hecho no controvertido), estén alcanzadas como sujetos pasivos del nuevo tributo contenido en la disposición normativa bajo análisis. Ello así, en virtud de que esta norma no hace distinción alguna en relación a quién sea el sujeto que ocupe la vía pública *con cables, postes,*

caños u otras instalaciones aéreas o subterráneas para el servicio público de electricidad, gas, agua, cloacas, y otros, sean éstos públicos o privados” (Sentencia dictada el 3 de octubre de 2018 en el marco de los autos 13-03867030-6 carat. SUPERCANAL S.A C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ ACCIÓN INCONSTITUCIONALIDAD), resultando trasladables al subexámine tales consideraciones, por lo cual se impone la desestimación de esa defensa.

2. Así entonces y abordando el segundo planteo, esto es si la norma es constitucional o no, se considera que al subexámine les son aplicables las razones esgrimidas por V.E. en el plenario “Obras Sanitarias Mendoza c/Municipalidad de Tunean p/A.I.”, en tanto y en cuanto, como en el precedente antes dicho, en el subexámine el tributo impuesto por el municipio a la prestadora del servicio público en el marco de su ámbito territorial, encuentra suficiente fundamento en el carácter autónómico del mismo y las facultades que les fueron conferidas a ese segmento de la organización nacional por la reforma constitucional del año 1994.

En la oportunidad, si bien la Suprema Corte en Pleno (15-6-2005) abordó la cuestión atinente al uso del subsuelo, estimando que no hay reproche constitucional al municipio por imponer el cobro de un tributo a la prestadora del servicio público que se beneficia con el uso de bienes públicos (con fundamento en el art. 113

inc. 3 L.O.M.), al referir al uso del espacio aéreo y la no extensión al mismo en el caso de la telefonía, expresó que lo propio se debía pura y exclusivamente al carácter federal del mentado servicio; lo que en el caso de O.S.M. no ocurría, como tampoco en el que aquí nos ocupa; ya que no ha invocado la accionante normas que sitúen el servicio que presta en el ámbito federal (advierta V.E. que la actora solo refiere a las leyes nacionales de privatización del servicio público, tiempo durante el cual se encontraría exenta del pago de determinados impuestos; aunque ese proceso ya está finiquitado). Lo propio lleva a este Ministerio Público Fiscal a sostener la validez constitucional del precepto puesto en crisis.

3. No obstante también se formulan reparos a los montos de los tributos, que la demandante considera irrazonables y confiscatorios por ser sumamente elevados. Por lo tanto resta evaluar si tales tributos son confiscatorios.

Sobre el particular, también V.E. se ha expedido en diversas oportunidades sobre las reglas a seguir para realizar tal apreciación en cada caso concreto. Al referirse a las pautas jurisprudenciales y doctrinales expresó el Superior Tribunal en lo relevante para la solución del presente caso: "Cabe señalar, en primer lugar, que las facultades de contralor del Poder Judicial en la materia no son ilimitadas. En Banco Ítalo-Argentino de San Juan c/ Provincia de San Juan, 14/10/1940 (Fallos 188-105) y en posteriores deci-

siones, la Corte Federal ha dicho que "el hecho de que un impuesto no sea equitativo no es fundamento para alegar su inconstitucionalidad si esa inequidad no llega a la confiscación de bienes...". "Los autores modernos señalan a la garantía innominada de razonabilidad como la primera pauta rectora: la garantía de razonabilidad importa la interdicción de su contravalor, que es la arbitrariedad, o simplemente la irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos...". "Dice Linares Quintana que "el eje en torno al cual gira todo el sistema jurisprudencial de la Corte Suprema, con respecto a la confiscatoriedad de las contribuciones, es la regla de que un tributo es irrazonable cuando equivale a una parte sustancial del valor del capital o de su renta o de utilidad, o cuando ocasiona el aniquilamiento del derecho de propiedad en su sustancia o en cualquiera de sus atributos" (Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Bs. As., ed. Plus Ultra, 1985, t. V pág. 313, nota 48). Ahora bien, tal confiscatoriedad también puede producirse por la acción concurrente de los distintos gravámenes que inciden efectivamente sobre el sujeto contribuyente, confiscándoles irrazonablemente en los hechos buena parte o el total de los beneficios alcanzados por su actividad económica, cuando no erosionando, incluso el capital comprometido en el emprendimiento (Casas, José Osvaldo, Presión Fiscal e inconstitucionalidad, Bs. As. Desalma, 1992, Pág. 111)...". "Insisto, pues, que una pauta especialmente tenida en cuenta es el porcentaje que el tributo absorbe de las rentas o utilida-

des...". "...la Corte Federal ha expresado en reiterados pronunciamientos que un impuesto es confiscatorio y, por ende, incompatible con el derecho de propiedad, cuando de la prueba rendida surge la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado; en tal sentido ha declarado confiscatorio el impuesto que excede el 33% de la renta anual...". "Otros tribunales, con especial referencia a los servicios de inspección, han declarado inconstitucionales los tributos que superan el 40% del valor de la propiedad...". "Ubico en esta misma corriente la sentencia del 10/10/1996, pues aunque la Corte Federal acogió la impugnación de una tasa provincial por no guardar proporción con la prestación del servicio comunal, con cierta independencia de que fuera o no confiscatoria (mide la confiscatoriedad por la absorción de parte sustancial de las rentas o del capital de las empresa), había prueba de esa desproporción...". "Aclaro que en todos los casos que cito, la Corte se apoyó en pericias con-tables que llegaron a resultados categóricos ...".

Para dar respuesta a la queja en base a las pautas fijadas en la jurisprudencia citada, es menester evaluar la pericia practicada a fs. 79/82 y las observaciones por las partes y contestaciones a las mismas por el experto. Contrariamente a lo demostrado en los antecedentes en los que V.E. tuvo por acreditada la confiscatoriedad de las tasas impugnadas, de los datos aportados en el sub examine por el perito no surgen en principio guarismos que permitan llegar a la misma

conclusión (cfr. respuesta al punto 5, que da cuenta de que sobre la recaudación en el ámbito municipal -que constituye el 15,90% del total; el porcentaje impositivo es del 10,42%), aunque no debe soslayarse que ese no es el único tributo que debe atender directamente la prestadora del servicio público con sus ingresos (cfr. informe del perito de fs. 82, donde consigna que la tasa de marras constituiría el 10,76% de la carga impositiva total) que no trasladaría al usuario, como ocurre con el mismo tributo en el ámbito del municipio de Godoy Cruz (cfr. informe del E.P.R.E. de fs. 178/182), cuestiones que debe evaluar V.S. al momento del resolver, para determinar si en el caso concreto la tasa contemplada en el art. 69 inc. a. de la Ordenanza Tarifaria 8183/2015 de la Municipalidad de Guaymallén es o no confiscatoria. Ello más allá de que en los hechos la Municipalidad no ha reclamado su pago a E.D.E.M.S.A. como lo pusiera de manifiesto su letrado, tanto al contestar la demanda como en la presentación de los alegatos, para sustentar su planteo de falta de legitimación sustancial activa por carecer la actora de un interés legítimo.

IV.- Nuestro dictamen

Por consiguiente y a mérito de las razones expuestas precedentemente considera esta Procuración General que V.E. debe rechazar la demanda incoada pro EDEMSA a fs. 15/30 en tanto y en cuanto ese tribunal no considere que la misma es confiscatoria conforme a las pautas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de

la Nación y teniendo en cuenta la incidencia total en la carga tributaria a su exclusivo cargo.

Despacho, 05 de agosto de 2020.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General