

JURISPRUDENCIA

Procedimiento tributario. Utilización del subsuelo para prestaciones que no constituyen “servicios públicos”. Obligación de pago del gravamen. Expte. 8.445/11 G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Telefónica de Argentina S.A. c/G.C.B.A. s/impugnación de actos administrativos”, T.S.J.-C.A.B.A., Sala VII, 8/8/12.

Expte. 8.445/11 “G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Telefónica de Argentina S.A. c/G.C.B.A. s/impugnación de actos administrativos””.

VISTOS: los Autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante G.C.B.A.) interpuso recurso de queja (fs. 59/75) contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que no concedió el recurso de inconstitucionalidad que su parte dedujera contra la sentencia de alzada que rechazó la apelación del G.C.B.A. y confirmó así la decisión de primera instancia que hizo lugar a la demanda de Telefónica de Argentina S.A. (en adelante Telefónica), declarando la improcedencia de la pretensión fiscal reclamada a través de la Res. S.H. y F. 2.514/04, con costas.

2. En el caso, Telefónica entabló una demanda contra el G.C.B.A. (fs. 1/34 vta. de los autos principales, a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se designe, excepto expresa indicación en contrario) con el objeto de impugnar la Res. S.H. y F. 2.514/04 por la que se desestimó el recurso jerárquico que la empresa interpuso contra la intimación de pago del gravamen por el uso y ocupación del subsuelo de la vía pública, correspondientes a los ejercicios fiscales 1998 a 2002 y las cuotas 1, 2, 3 y 4 del ejercicio fiscal 2003. Fundó su pretensión en que el acto administrativo impugnado había ignorado lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 19.798 y su Dto. reglamentario 92/97. Telefónica afirmó que presta el servicio público de telecomunicaciones, por lo que está exenta de todo gravamen por el uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal. Citó antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico” (Fallos: 320:162).

Juntamente con la demanda, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar que fue concedida por la jueza de grado quien ordenó al G.C.B.A. abstenerse de perseguir judicial o extrajudicialmente el cobro del gravamen (fs. 92/98); la medida fue confirmada por la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario.

3. El G.C.B.A. contestó la demanda solicitando su rechazo (fs. 233/293). Señaló que el art. 258 del Código Fiscal (t.o. en 2002), dispuso que “la ocupación y/o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la vía pública obliga al pago de un gravamen con las tarifas y modalidades que establezca anualmente la ley tarifaria” (f.

248). También manifestó que el art. 39 de la Ley 19.798 en que la actora fundó su planteo había sido derogado por la Ley 22.016, con apoyo en el fallo dictado por la Suprema Corte de la provincia de Mendoza, con fecha 2 de febrero de 1998, en la causa “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza” (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Subsidiariamente planteó que si se admitiera la aplicación del citado art. 39, la exención –que debe interpretarse restrictivamente– sólo debería prosperar respecto del servicio básico de telefonía que presta Telefónica y no podría extenderse a los demás servicios que la empresa brinda en régimen de competencia.

Finalmente, sostuvo la inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 19.798 porque “se estaría violentando la autonomía de la Ciudad, se afecta la percepción de la renta pública con la consecuente afectación del derecho de propiedad, se estaría violentando el poder de imposición de esta ciudad” (f. 289) y se afectaría el principio de igualdad tributaria consagrando exenciones a empresas privadas con fines de lucro en desmedro de empresas del Estado.

La jueza de grado (fs. 1.195/1.198) hizo lugar a la demanda y declaró la improcedencia de la pretensión fiscal del G.C.B.A. reclamada a través de la Res. S.H. y F. 2.514/04, con costas.

4. La demandada apeló y se agravio (fs. 1.214/1.237) de que la sentencia de primera instancia hubiera omitido “toda consideración efectuada en la contestación de demanda respecto de la inaplicabilidad al caso de Autos del art. 39 de la Ley 19.798” (f. 1.217 vta.) y que “parece haber obviado que de la letra textual del artículo citado surge con palmaria claridad que el uso debe estar dirigido a la prestación del servicio público y mi parte al contestar la demanda esgrimió (entre otros) el argumento (por lo demás probado) que Telefónica, cuando usa el suelo y subsuelo hace mucho más que prestar el servicio público de telecomunicaciones” (fs. 1.218, el destacado en el original). Planteó además que el pronunciamiento apelado tenía fundamento aparente, que era contrario a la autonomía de la ciudad y que la accionante no había demostrado que la aplicación del gravamen por ocupación o uso del subsuelo afectara la prestación del servicio.

La actora contestó el traslado solicitando que se rechazara la apelación y se confirmara la sentencia de primera instancia (fs. 1.248/1.265 vta.). Posteriormente acompañó copia del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 2 de marzo de 2011 en la causa: “Impsat S.A. c/G.C.A.B.A. - Ley 19.798 s/proceso de conocimiento”, con remisión al dictamen de la señora procuradora fiscal (fs. 1.267/1.271).

La Sala II dictó sentencia rechazando el recurso de apelación, con costas (fs. 1.273/1.277). Para así decidir, consideró que no encontraba fundamento para descartar la “inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidida en los Autos ‘Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Gral. Pico s/acción declarativa’ (sentencia del 27 de febrero de 1997), pacífico precedente reiterado hasta la fecha, en los que abordó el análisis de la previsión legal señalada y unificó criterio avalando la exención que concedía la Ley Nacional de Telecomunicaciones. En dichos Autos, el Máximo Tribunal despejó toda duda con respecto a la inoponibilidad del art. 1 de la Ley 22.016 a la actora, por ser un ente privado y no una empresa estatal” (f. 1.275 vta.). Agregó que “el mencionado art. 39 –dada su jerarquía normativa– constituía un obstáculo insalvable, como sigue siendo actualmente, para que las municipalidades pudiesen exigir gravámenes como el que ha dado origen a este pleito a tales empresas (conf. C.S.J.N. en Autos Telefónica de Argentina S.A./Municipalidad de la Ciudad de

Mendoza” sent. de fecha 29 de febrero de 2000)” (fs. 1.276 y vta.). En cuanto al agravio referido a que no correspondía aplicar la exención a los otros servicios prestados por la actora –además del servicio público de telecomunicaciones– señaló que “se observa que la Ley 19.798 en ningún momento diferencia entre servicios públicos de telecomunicaciones de otros servicios, por lo que interpreto que la ley se refiere a los servicios de telecomunicaciones en sentido amplio como ‘servicios públicos de telecomunicaciones’ ... y ... no ha probado la recurrente que la actora no utilizara sus redes subterráneas para prestar el servicio público de telecomunicaciones” (f. 1.276 vta.). Finalmente, respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 19.798 reiteró que “la legalidad y constitucionalidad del artículo cuestionado por la recurrente, lo ha confirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde 1997” (f. 1.277).

5. Disconforme con la sentencia, el G.C.B.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1.282/1.302). Planteó que “concorre el requisito de caso constitucional, toda vez que el decisorio del ‘a quem’ pone en juego la vigencia del art. 129 de la Constitución Nacional, del Código Fiscal (art. 250, t.o. en 2002) y la Ley Tarifaria (art. 20, t.o. en 2002), la Ley 19.798 y arts. 31 y 75, incs. 13, 18 y 19, de la Constitución Nacional, efectuando una interpretación contraria a la ley, vulnerando el principio de legalidad y debido proceso y acceso a la justicia consagrados en la Constitución Nacional” (f. 1.283) al “dejar de aplicar, sin fundamento idóneo, las normas positivas vigentes en la ciudad de Buenos Aires” (f. 1.283 vta.). Señaló que la sentencia atacada se limitaba a manifestar su acuerdo con el fallo de la Corte federal en Autos “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Gral. Pico s/acción declarativa” sin tener en cuenta los argumentos del G.C.B.A. en contra de dicha interpretación. Tachó de arbitrario el pronunciamiento recurrido toda vez que se apartaba de la doctrina sentada por este Tribunal en las causas “G.C.B.A. c/Telred Sudamericana S.A. s/ej. fisc. - Otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. 6.729/09) y “G.C.B.A. c/Telecom Argentina S.A. - Stet France Telecom S.A. Continuator s/ej. fisc. - Otros s/recurso de apelación ordinario concedido” (Expte. 7.445/10), “sin arrimar nuevos argumentos que justifiquen su apartamiento” (f. 1.294 vta.). Finalmente, sostuvo que el decisorio de Cámara, al declarar inaplicables las normas tributarias locales afectaba directamente la normal percepción de la renta pública (art. 9, inc. 1, de la Constitución de la ciudad de Buenos Aires) y no había tratado el planteo de inconstitucionalidad del art. 39 de la Ley 19.798.

La actora contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad y solicitó su rechazo (fs. 1.306/1.331). En primer término, destacó la improcedencia formal, por ausencia de cuestión constitucional. En cuanto a los demás agravios, afirmó que la posición del G.C.B.A. respecto de la inaplicabilidad de la exención del art. 39 de la Ley 19.798 a Telefónica por ser una empresa privada, es insostenible porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido desde 1997 el criterio contrario, ratificado el 2 de marzo de 2011 en la causa: “Impsat S.A. c/G.C.A.B.A. - Ley 19.798 s/proceso de conocimiento” y “las sentencias de la Corte Suprema tienen fuerza vinculante respecto de los tribunales inferiores” (f. 1.316 vta.). Respecto de la invocada distinción entre el servicio básico de telefonía –que tendría los caracteres del servicio público– y los demás servicios prestados en régimen de competencia, indicó que “la licencia única que otorga la autoridad de aplicación sirve para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones sin distinción, es decir sin distinguir en si el servicio es fijo o móvil, datos o Internet. Lo que demuestra que la postura adoptada por el G.C.B.A. es absolutamente equivocada y contraria al marco normativo federal que reguló el servicio público de telecomunicaciones que presta Telefónica” (fs. 1.322 vta./1.323).

Finalmente, respecto del supuesto desconocimiento de la autonomía de la ciudad y la normativa tributaria local, planteó que en virtud del art. 9 de la Ley 24.588 “los servicios públicos –como es el caso de la actividad de Telefónica– cuya prestación exceda el ámbito de la ciudad de Buenos Aires son de competencia del Estado nacional. Ello significa que corresponde sólo al Estado nacional dictar todas las normas correspondientes para su correcta prestación” (f. 1.380 el destacado en el original). Y concluyó que “Sostener la aplicación de la exención contemplada en el art. 39 de la Ley 19.798 no viola de ninguna manera el principio de reserva de ley ni de legalidad en materia tributaria, por cuanto fue establecida por el poder constitucional facultado para ello (Congreso Nacional) y en uso de las facultades que le son inherentes y propias (art. 75, incs. 13 y 18)” (f. 1.330 el destacado en el original).

6. La Sala II no concedió el recurso de inconstitucionalidad (fs. 1.333/1.335) porque consideró que en el sub lite “se trataron de aspectos esencialmente vinculados a la vigencia y aplicabilidad de los artículos aplicables en Autos; arts. 258 del Código Fiscal (t.o. en 2002); 28, de la Ley tarifaria 746, y 39 de la Ley 19.798 y la Ley 22.016. Es decir, las tratadas fueron todas las cuestiones relativas a la interpretación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional, y la decisión adoptada aparece precedida de adecuada fundamentación” (f. 1.334).

7. En su recurso directo, el G.C.B.A. sostiene que “no es cierto que en el recurso de inconstitucionalidad sólo se cuestionaron argumentos de hecho y prueba, sino que se cuestionó, precisamente, la errónea aplicación del derecho omitiendo así toda normativa local sancionada válidamente por la Legislatura de la ciudad de Buenos Aires, violentando, entre otros el art. 129 de la Constitución Nacional” (f. 60 de la queja).

Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja articulada porque en su opinión, la lectura de la sentencia “permite advertir que ella se sustenta en la consideración sobre la situación fáctica del caso, las pruebas obrantes en Autos y la aplicación de normas infraconstitucionales (Leyes 746, 19.798 y 22.016), todo lo cual resulta propio de los jueces de grado y ajeno a esta instancia extraordinaria” (f. 83 vta. de la queja).

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado. La Cámara entendió que la pretensión tributaria que el G.C.B.A. ha fundado en los arts. 219 del C.F., t.o. en 1998; 232, del C.F., t.o. en 1999; 243, del C.F., t.o. en 2000; 253, del C.F., t.o. en 2001, y 258, del C.F., t.o. en 2002, se halla en oposición a una norma federal; el art. 39 de la Ley 19.978, y el G.C.B.A. viene sosteniendo la validez de las citadas normas locales. En ese marco, se ha planteado una cuestión constitucional cuyo tratamiento impone la C.C.B.A. a este Tribunal (cf. el art. 113, inc. 3, de la C.C.B.A.).

Además, el G.C.B.A. ha planteado, subsidiariamente, la inconstitucionalidad de la norma federal (cf. el pto. 5 de los “Resulta”); debate que importa una cuestión federal cuyo análisis no puedo obviar este Tribunal con arreglo a la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los precedentes “Strada” (Fallos 308:490) y “Di Mascio” (Fallos: 311:2.478).

2. Aunque al contestar el recurso de inconstitucionalidad Telefónica manifestó que la situación materia de estos Autos es diferente a la que el Tribunal consideró en la causa “G.C.B.A. c/Telred Sudamericana S.A. s/ej. fisc. - Otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido” Expte. 6.729/09, sentencia de fecha 17 de marzo de 2010, lo cierto es tanto allí, como en “G.C.B.A. c/Telecom Argentina S.A. - Stet France Telecom S.A. Continuator s/ ej. fisc. - Otros s/recurso de apelación ordinario concedido”, Expte. 7.445/10, sentencia de fecha 23 de marzo de 2011, el Tribunal fijó una interpretación de las normas aquí involucradas, que corresponde reiterar. En aquellos precedentes el juez José Osvaldo Casás señaló, voto al que adherí, que “todo parece indicar que del vasto espectro de servicios establecidos en la Ley 19.798 la categorización como ‘servicio público’ no abarca a todas las actividades definidas en el art. 2; y al no poder contar con una definición clara y contundente en la ley nacional sobre cuáles de los servicios de telecomunicaciones son los ‘servicios públicos’ que eximen del pago de gravámenes locales por el uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público de la ciudad de Buenos Aires, es dable pregonar una hermenéutica prudente del art. 39 de la ley que no haga tabla rasa con las potestades tributarias locales, sin causa justificada en un interés nacional preeminente”. A lo que agregó que “... el régimen de beneficios fiscales instituido por la Ley nacional 19.798 no da lugar a una situación de inmunidad tributaria absoluta de las empresas de telecomunicaciones (...) respecto de los tributos locales, lo que queda claramente demostrado por la doctrina de nuestro más Alto Tribunal reiterada en la causa: ‘Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús’ –Fallos: 320:619–, sentencia del 18 de abril de 1997” (la cursiva corresponde al original).

3. En el caso de Autos se halla acreditado, sin que exista controversia al respecto, que Telefónica presta: i. el servicio de telefonía, el que no se discute, a la luz de la doctrina de la C.S.J.N., in re, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza” (Nº de Expte. T. 124. XXXIV), está alcanzado por la exención del art. 39 (cf. el pto. 11.2 de este voto) y ii. otros servicios, como el de Internet, transmisión de datos y valor agregado y transporte de señales de radiodifusión los que no se han acreditado que estén alcanzados por el beneficio del citado art. 39. Es decir, Telefónica no ha demostrado que esos otros servicios constituyan, en los términos de la ley, “un servicio público de telecomunicaciones”.

4. El Estado nacional puede, bajo circunstancias que respeten la igualdad y la generalidad del tributo, y siempre que ello tenga por fin satisfacer un interés federal legítimo y prevaleciente, eximir del pago de tributos provinciales a través de una ley federal. Pero, una exención de esa especie constituye una medida extrema de la Nación que, por ello, sólo puede ser el resultado de una interpretación inequívoca de la ley.

El escrutinio debe ser especialmente apegado a estas reglas cuando es formulado por tribunales de poderes judiciales locales, pues si fijan una interpretación (por hipótesis, exclusivamente aplicable dentro de su jurisdicción) de la norma federal que acuerde a la exención un alcance más amplio que el que se le reconozca en otras jurisdicciones, invalidando o restringiendo leyes tributarias locales que serían admisibles en otras provincias, desequilibrarían el sistema federal generando una regla distinta en el ámbito respectivo. A lo que se suma que la Corte Suprema de Justicia no podría corregirla, sin exceder la jurisdicción que le atribuye el inc. 2 del art. 14 de la Ley 48, por falta de resolución contraria al derecho federal.

A los fines indicados, el intérprete deberá constatar que: i. la voluntad del Congreso de sobreponer el interés federal al local sea inequívoca; ii. ese interés sea de aquellos que la

Constitución Nacional encomienda tutelar al Congreso y iii. el predominio del interés federal sobre el local sea el único medio de asegurar el federal o que ese predominio evite una sensible desproporción entre un relativamente escaso sacrificio presente para el estado local y el relativamente desmesurado que la Nación experimentaría si adoptara cualquier otra medida federal para lograr el mismo objetivo. En este segundo supuesto, cabría compensar el sacrificio del estado local. (cf. mis votos en los Autos “G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Expreso Singer S.A. c/G.C.B.A. s/impugnación de actos administrativos’”, Expte. 6.664/09, sentencia del 21 de abril de 2010; “Instituto Tecnológico s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘G.C.B.A. c/Instituto Tecnológico de Buenos Aires s/ej. fisc. - avalúo’”, Expte. 7.637/10, sentencia del 24 de junio de 2011, entre otros).

5. Vale aquí recordar que si bien es cierto que toda excepción debe ser interpretada en forma restrictiva, en el caso particular de las exenciones tributarias la C.S.J.N. tiene, también, dicho que “... es constante el criterio conforme el cual deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan ...” (cf. Fallos: 292:129; 302:1.599; 330:2.892, entre muchos otros), criterios esos dos últimos que apuntan en un sentido distinto al de la sistemática restricción del campo de aplicación de la exención. Además, con relación a ellas, conviene, a su vez, tener presente aquella otra regla según la cual entre dos interpretaciones posibles debe escogerse aquella que más armoniza con la Constitución. En este sentido, la C.S.J.N. ha sostenido que la adecuada hermenéutica de la ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 314:1.445; 321:730 y sus citas, entre muchos otros). Ese criterio hermenéutico supone, en el ámbito de los tributos, evitar interpretaciones que vengán a conculcar las garantías de generalidad o de igualdad por la vía de prescindir de las situaciones que esos principios tienen por fin velar al extender y también al reducir el alcance de las excepciones (cf. entre otros, la doctrina de las sentencias de la C.S.J.N., in re, “Da Dalt Hnos. S.R.L. c/D.G.I.” publicada en Fallos: 324:415, y “Baixim S.A. c/D.G.I.” de Expte. B. 475. XXXV). En suma, el intérprete no debe por la vía de aplicar una interpretación analógica o extensiva de la norma tributaria hacer que la exención venga a abarcar casos que el legislador no ha pretendido beneficiar, empero la garantía de igualdad constituye una premisa insoslayable cuando una interpretación superficial de las palabras opere una discriminación inconstitucional contra potenciales merecedores de la exención:

5.1. En el caso que nos ocupa es posible concebir una comprensible finalidad federal de promoción para usuarios alejados, pero, lo cierto es que el Congreso ha escogido el criterio de beneficiar a la prestación de “servicios públicos”; y este concepto es imposible de extender sin un esfuerzo que supone sustituir judicialmente la ausencia de concreta manifestación de voluntad legislativa. Visto desde otro punto de vista, es razonable asumir que la exención del art. 39 impone, a quien pone el territorio, soportar molestias y costos como contrapartida de la ventaja que concede al beneficiario de la exención. En ese escenario, el tributo aquí discutido constituye una herramienta de resarcimiento, cuya proporcionalidad o validez constitucional no han formado parte del debate; sólo si está alcanzado por la exención del art. 39 analizado.

6. Recordemos que el art. 39 de la Ley 19.798 comienza así: “A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de

la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen ...”. La exención que la norma establece se dirige a favorecer la prestación de aquellos servicios de “telecomunicaciones” que hubieran sido declarados “servicio público” o, por lo menos, caracterizados de esa manera a los fines de la ley. En ese marco, la exención es de las llamadas “objetivas”. La norma exime a una actividad determinada del pago por el “uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo” que ella importe; no a las empresas prestatarias de ese servicio. En suma, y a la luz de las reglas interpretativas reseñadas “supra”, el texto legal no abarca toda prestación de servicios o actividades que desarrollen las empresas que tienen una licencia o permiso para explotar el servicio mencionado en el art. 39, sino sólo aquella a que hace referencia ese artículo:

6.1. Con ese alcance, a su vez, corresponde interpretar el art. 8 del Dto. 92/97, reglamentario de la Ley 19.798, cuyo texto dice: “Aclárese que la improcedencia de gravar la ocupación y/o uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público a que se refiere el art. 39 de la Ley 19.798, alcanza a todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones a quienes sea aplicable el Cap. I del Tít. III de la referida norma”. Esa norma, como ella misma lo indica, “aclara” que lo que está exento de pago es el uso y/o ocupación de los citados espacios geográficos para la prestación de los servicios a que se refiere el mencionado art. 39, sin importar quién es el prestador de ese servicio, mientras le sean aplicables las reglas del Cap. I del Tít. III de la Ley 19.798.

Una interpretación que viniera a acordarle una extensión mayor al texto transcrito pondría al art. 8 del Dto. 92/97 en situación de constituir un exceso reglamentario, pues abarcaría un universo de supuestos más nutrido que el que contempló el art. 39 de la Ley 19.798; conclusión que, de existir otras posibles, no le es dable arribar al intérprete (cf. la doctrina de las sentencias publicadas en Fallos: 329:5.826, y sus citas, entre mucho otros).

7. Telefónica sostiene que distinguir, a los fines de la exención, entre servicios de telecomunicaciones declarados “públicos” de aquellos otros que no lo hubieran sido, carece de todo sentido porque el Dto. 764/00 establece “... una licencia única para la prestación de los servicios de telecomunicaciones ...” (cf. el art. 5 del Dto. 764/00); sin importar que carácter ellos guarden. En este orden de ideas, afirma que “... la licencia única que otorga la autoridad de aplicación sirve para la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones sin distinción, es decir, sin distinguir entre servicio fijo y móvil, datos o Internet; lo que demuestra que la postura adoptada por el G.C.B.A. es absolutamente equivocada y contraria al marco normativo federal que regula el servicio público de telecomunicaciones que presta Telefónica” (fs. 1.322 vta./1.323).

Ahora bien, la circunstancia de que el Estado nacional otorgue una licencia que autorice la explotación de distintas clases de servicios de telecomunicaciones, nada dice acerca del alcance que el Congreso ha querido darle al beneficio del art. 39 de la Ley 19.798. Una cosa es el trámite administrativo que debe cumplir quien desea realizar determinada actividad, y otra muy distinta establecer cuál es el tratamiento tributario al que está sujeto cada una de las actividades cuya realización posibilita ese trámite administrativo. En el caso, tal como quedó dicho más arriba, el PL federal ha decidido eximir del pago de gabelas que graven el uso y/o ocupación del suelo, subsuelo y espacio aéreo sólo a aquellos servicios de telecomunicación que hubieran sido caracterizado como “servicios públicos”, no a otros. De esa manera se pueden distinguir tres escenarios posibles; que el prestador del servicio de telecomunicación: i. brinde exclusivamente servicios declarados “públicos”, supuesto en el que toda su actividad estará alcanzada por el

beneficio del art. 39; ii. preste tanto “servicios públicos”, como otros que no reúnan esa característica, supuesto en el que deberá hacer frente al mencionado gravamen por los segundos y iii. no ofrezca ningún “servicio público”, supuesto en el que toda su actividad estaría alcanzada por el gravamen previsto, durante los períodos acá discutidos, en los artículos mencionados en el segundo párrafo del pto. 1 de este voto.

8. En Autos ha quedado acreditado, sin que exista controversia al respecto, que Telefónica tiene licencia para prestar, y brinda los siguientes servicios (1):

- a) De telefonía pública (Res. S.C. 2.626/98, fs. 622/624);
- b) de telefonía fija local, larga distancia nacional e internacional y servicio de transmisión de datos y télex internacional (Res. 90 S.C. N° 99, fs. 625/626);
- c) de acceso a Internet (Acces) (Res. 16 S.C. N° 2001, fs. 656/659);
- d) transmisión de datos y valor agregado (Res. 59 S.C. N° 2001, fs. 660/663);
- e) transporte de señales de radiodifusión (Res. 225 S.C. N° 2003, fs. 664/666).

(1) Cf. también f. 325.

9. A su vez, la parte actora no ha acreditado que todos esos servicios hubieran sido declarados “servicios públicos” o prestados en esa condición.

De las constancias del expediente surge, sin que exista controversia al respecto, que el G.C.B.A. efectuó un requerimiento a la Comisión Nacional de Comunicaciones de la Nación para que informara “... si todas las licencias otorgadas se hacen con el rótulo de servicio público ...” (fs. 318/319); quien contestó “... que por lo establecido por el Dto. 1.142/03, la Secretaría de Comunicaciones ejerce las funciones de autoridad de aplicación de la ley de telecomunicaciones y demás normas dictadas en la materia” (f. 616). Luego, ante una reiteración de ese pedido (f. 621), la Comisión Nacional de Comunicaciones contestó que: “En cuanto al informe requerido acerca de si todas las licencias otorgadas se hacen con el rótulo de servicio público ..., es decir si se considera que el servicio público es solo el de telefonía básica, se reitera lo indicado ... con respecto a que la Secretaría de Comunicaciones es la que ejerce las funciones de autoridad de aplicación de la ley de telecomunicaciones y demás normas dictadas en la materia teniendo además a su cargo el otorgamiento de las licencias para prestar servicios de telecomunicaciones” (f. 1.067).

Frente a esas respuestas, la parte actora solicitó “... que se ordene librar oficio a la Secretaría de Comunicaciones de la Nación (...) a fin de que sea dicho organismo quien responda lo requerido por mi mandante”: si “Telefónica de Argentina S.A. tiene a su cargo la prestación del servicio público de telecomunicaciones” (cf. la f. 1.084). A fs. 1.086/1.087 se acreditó el diligenciamiento de ese oficio; y a f. 1.090 un oficio de la mencionada Secretaría, en el que el secretario de Comunicación de la Nación dice que “... cumple en informar, que teniendo en cuenta la temática contenida en la aludida requisitoria judicial, mediante Nota S.C. 1.534/07, cuya copia se adjunta a la presente, se remitieron los Autos a la Comisión Nacional de Comunicaciones, para que tomara la intervención correspondiente” (f. 1.090). Ante la ausencia de respuesta por parte de la C.N.C., la parte actora solicitó una reiteración del oficio (fs. 1.091 y 1.093/1.094). Finalmente, la parte actora desistió de esa prueba (f. 1.098).

En suma: de las constancias agregadas a la causa no surge que todas y cada una de las actividades que presta Telefónica se subsuman en la categoría de “servicio público de telecomunicaciones” exigida por el art. 39 de la Ley 19.978 para exceptuar del pago de gravamen por la ocupación o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la vía pública, que establece el art. 258 del Código Fiscal, t.o. en 2003 (y los arts. 219 del C.F., t.o. en 1998; 232 del C.F., t.o. en 1999; 243 del C.F., t.o. en 2000; 253 del C.F., t.o. en 2001, y 258 del C.F., t.o. en 2002, correspondientes a los períodos sujetos a liquidación, 1998 a 2002). A ello cabe agregar que la parte actora no indicó ley alguna del Congreso Nacional que hubiera declarado como “servicio público” al servicio de transmisión de datos y valor agregado, entre otros.

En esas condiciones, únicamente está alcanzado por la exención del art. 39 el servicio de telefonía que presta Telefónica; único servicio que se ha demostrado reúne las características de un servicio público y además constituye un servicio de “telecomunicación” (cf. los pts. 2, 3, 8 y 11.2 de este voto y la doctrina, entre otros, del Expte. de la C.S.J.N. cuyo N° es T. 124. XXXIV, cf. el pto. 11.2 de este voto). En cambio, no cabe extender la excepción al gravamen por ocupación y/o uso de la superficie, el subsuelo y el espacio aéreo de la vía pública de la ciudad –consagrada para el servicio público de telecomunicaciones– a todos los demás servicios que presta la actora: “transmisión de datos y télex internacional”, “acceso a Internet”, “transmisión de datos y valor agregado” y “transporte de señales de radiodifusión”:

9.1. Además, tampoco existe entre los mencionados servicios una semejanza tal que permita concluir que las razones que llevaron al legislador federal a eximir al servicio de telefonía del pago por la ocupación y/o uso del suelo, subsuelo y espacio aéreo sean directamente aplicables a los servicios de “acceso a Internet”, “transmisión de dato y valor agregado” y “transporte de señales de radiodifusión”. En otros términos, no se ha acreditado que la indudable intención del legislador de eximir al servicio de telefonía se pueda ver desvirtuada si se grava a los otros servicios mencionados (cf. el pto. 5 de este voto).

Obsérvese las diferencias que existen entre esos servicios.

El art. 2 de la Ley 19.798 define al “servicio telefónico” como el “Servicio que permite a sus usuarios comunicarse directamente o temporalmente entre sí, por medio de aparatos telefónicos y circuitos de la red telefónica pública”.

Esa misma norma, a su vez, define al “servicio de radiodifusión” del siguiente modo: “Servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión o de otro género”.

Finalmente, la Res. 1.083/95 establece que los “servicios de telecomunicación de valor agregado” son “... aquellos servicios que, utilizando como soporte redes, enlaces y/o sistemas de telecomunicaciones, ofrecen facilidades que los diferencian del servicio base, aplicando procesos que hacen disponible la información, actúan sobre ella o incluso permiten la interacción del abonado con la misma” –cf. el inc. a) del Anexo I de la Res. 1.083/95). El acceso a Internet es uno de los servicios que está dentro de esta clase de servicios.

Si bien todos esos servicios tienen por objeto facilitar la comunicación, lo cierto es que todos ellos constituyen modos muy diversos de lograr ese objetivo, y no surge del art.

39 que el legislador hubiera querido acordar el beneficio que allí se establece a todo ellos por igual. A esa circunstancia se suma el hecho de que la Ley 22.285, vigente durante los períodos fiscales acá controvertidos: los años 1998 a 2002, declaraba a “Los servicios de radiodifusión (...) de interés público” y la parte actora no se ha ocupado en demostrar que ese “interés público” resulta equivalente a la idea de “servicio público” a que se refiere el art. 39 de la Ley 19.798.

9.2. Tampoco se ha acreditado que la distinción entre “servicio publico” de telecomunicación y servicio de telecomunicación resulte contraria a la garantía de igualdad (también cf. el pto. 5 de este voto). En efecto, la exención del art. 39 reposa en la condición de ser público el servicio de telecomunicación que presta la parte actora, no en la circunstancia de que la telefonía constituye una transmisión de información, al igual que los restantes servicios que la accionante no ha demostrado comercializar con sujeción a regímenes de servicio público. Para ello debió haber demostrado, cuando menos, que debería recibir igual trato tributario aquella persona que suministra el servicio de telefonía bajo el régimen de servicio público como aquel otro que lo hace en el de libre mercado –si ello fuera posible–, cosa que ni siquiera ha insinuado la parte recurrente.

10. Telefónica manifiesta “... el art. 9 de la Ley 24.588 claramente establece que los servicios públicos –como es el caso de la actividad de Telefónica– cuya prestación exceda el ámbito de la ciudad de Buenos Aires son de competencia del Estado nacional. Ello significa que corresponde sólo al Estado nacional dictar todas las normas correspondientes para su correcta prestación” (f. 1.330):

10.1. En primer término, vale señalar que el art. 9 de la Ley 24.588 no dice lo que Telefónica sostiene. El precepto expresa “El Estado nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires”.

10.2. En segundo lugar, acá no viene debatida ni la competencia del Estado nacional para regular la prestación de un “servicio público”, ni que la exención del art. 39 de la Ley 19.798 alcanza al “servicio público” de telecomunicaciones. En ese contexto, el planteo carece de toda relación directa con lo que aquí se debate: si la mencionada exención del art. 39 alcanza a aquellos servicios que presta la parte actora que no se ha demostrado que hubieran sido declarados “servicios públicos”.

10.3. No obstante ello, vale señalar que no existe una potestad absoluta del Estado nacional que le permita suprimir los poderes locales con la mera invocación de que “algo” es un “servicio público” de titularidad del Estado nacional o un bien del “dominio público” de la Nación. La posibilidad de que la Nación conceda exenciones tributarias locales quedó señalada en el pto. 4 de este voto. Lo que el art. 9 de la Ley 24.588 reconoce como potestad expresa de la Nación es la regulación de servicios públicos que excedan la jurisdicción local, y no toda la potestad tributaria sobre esa actividad.

Adviértase que en una situación análoga de presencia de un interés federal eminente, como lo son los establecimientos de utilidad nacional en las provincias, la Constitución reformada en 1994 dispone que es facultad del Congreso Federal legislar “... para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional ...” (art. 75, inc. 30) pero respetando el poder de policía e “imposición local” en tanto no

perturbe el cumplimiento de aquellos fines. En tal sentido la C.S.J.N. afirmó que “la utilidad nacional asignada a una actividad no autoriza sin más a concluir que la Nación atraiga hacia sí toda potestad de manera exclusiva o excluyente” (in re: “Lago Espejo Resort S.A. c/Neuquén, provincia del y Otro (Estado nacional) s/acción meramente declarativa”, sentencia de fecha 20/3/12; con cita de Fallos: 330:4.144 y muchos otros). Modificar esta regla para los porteños supone violar la igualdad fiscal. Me he referido a esta cuestión más arriba.

Por ende, los servicios que se prestan en la jurisdicción local autorizados por la autoridad nacional no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que corresponde a la C.A.B.A., salvo en cuanto expresamente se ha establecido así, en el caso: para la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

11. Lo expuesto no implica desconocer la doctrina sentada por la C.S.J.N. en los precedentes “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico” (Fallos 320:162), Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza (Expte. T. 124. XXXIV) y más recientemente, por remisión al dictamen de la Sra. procuradora fiscal, “Impsat S.A. c/G.C.A.B.A (Fallos 334:139), invocados por la parte actora, sino señalar que tratan una situación distinta. No surge del texto de esos precedentes que la C.S.J.N. hubiera tenido que analizar planteos similares a los aquí tratados; en particular, si la exención del art. 39 de la Ley 19.798 alcanza también la prestación de servicios de telecomunicación que no hubieran sido declarados “servicios públicos” u otros servicios que utilicen instalaciones aprovechadas también para brindar el exento:

11.1. En “Telefónica c/Municipalidad de General Pico”, la C.S.J.N. analizó, únicamente, la procedencia de la exención del citado art. 39 respecto del servicio de “... comunicaciones telefónicas interestatales” (cf. el Considerando 8 y “pássim” de ese pronunciamiento).

11.2. En “Telefónica de Argentina c/Municipalidad de la Mendoza”, la C.S.J.N., primamente, recordó su doctrina con arreglo a la cual “... las comunicaciones telefónicas interestatales (...) se hallan sujetas a la jurisdicción nacional (...) porque ese servicio implica ejercicio del comercio en los términos del art. 67, inc. 12 –actual 75, inc. 13– (Fallos: 154:104, 112; 192:234; 198:438; 213:467, 487, entre muchos otros), y tiende a la promoción de la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforma un esencial ‘instrumento de progreso y de vida para toda la nación’ en los términos del inc. 16 –actual 18– del referido artículo ...” (cf. el Considerado 4. Para luego afirmar que “... lo resuelto en el citado precedente de Fallos: 320:162 (Telefónica c/Gral. Pico) no importa, en modo alguno, la negación genérica de la potestad de los municipios de imponer gravámenes a la empresa actora. En él, sólo se estableció la imposibilidad de hacerlo sobre un aspecto de la actividad de aquella –la ocupación o uso del espacio público de jurisdicción municipal a los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones– en razón del ámbito de protección otorgado por una norma federal (art. 39 de la Ley 19.798) a dicho servicio público, protección que no podía ser desconocida por las autoridades locales sin lesionar, –como ha sido expresado– palmariamente el principio de supremacía legal fijado por el art. 31 de la Constitución Nacional” (cf. el Considerado 9).

En ese marco, y en línea con lo acá dicho, la C.S.J.N., por un lado, ha entendido que la exención del art. 39 es una de tipo objetivo, no exime a Telefónica en forma genérica del pago por los gravámenes que se establezcan por la ocupación o uso del espacio

público, sino a un “aspecto de la actividad de aquella”: “la prestación del servicio público de telecomunicaciones”. Por el otro, ha concluido que el servicio de “telefonía” constituye un “servicio público” a los fines del art. 39 de la Ley 19.798.

Ahora, bien el “sub lite” está acreditado que la parte actora no sólo presta servicio telefónico, sino también el de: “acceso a Internet”; “transmisión de datos y valor agregado” y “transporte de señales de radiodifusión” (cf. el pto. 8 de este voto). En ese contexto, la parte actora no ha explicado por qué resultaría aplicable a esos otros servicios la doctrina que surge del precedente reseñado supra; y menos aún, por qué sobre la base de lo allí resuelto por la C.S.J.N. el gravamen que aquí se discute resultaría violatorio del art. 75, inc. 13, de la C.N., cuando el no recae sobre el servicio telefónico.

11.3. Por su parte, en “Impsat S.A. c/G.C.A.B.A.”, el dictamen de la procuradora fiscal al que remite la Corte nada nuevo agrega a la discusión. Allí se señala que “... la demanda instada por la actora se concretó en la petición de que se dilucidara si la pretensión tributaria local consistente en gravar el uso del suelo, subsuelo o espacio aéreo de bienes de dominio público por quienes presten servicios públicos de telecomunicaciones resulta contraria a lo preceptuado en el art. 39 de la Ley 19.798. Tal cuestión ya fue dilucidada por V.E. en el precedente de Fallos: 320:162, y su doctrina fue reiterada en muchas otras sentencias, como por ejemplo las recaídas en las causas: T. 197, L. XXVII, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Santa Rosa si acción meramente declarativa”, también del 27 de febrero de 1997; T. 125, L. XXXIII, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón si acción declarativa”, del 21 de agosto de 1997; T. 124, L. XXXIV, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza si acción procesal administrativa”, del 29 de febrero de 2000 y más recientemente en T. 332, L. XLII, “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón s/repetición”, del 23 de marzo de 2010”.

11.4. Se advierte, entonces, que en ninguno de los fallos de la C.S.J.N. que cita Telefónica, el Alto Tribunal Federal ha decidido que todos los servicios que la empresa presta de acuerdo con las licencias o permisos obtenidos de la autoridad nacional sean servicios públicos de telecomunicaciones como lo exige el art. 39 de la Ley 19.798.

11.5. A su vez, la parte actora no ha aportado ningún elemento que permita concluir que la gabela cuya validez viene discutiendo configure una perturbación, dificultad, o frustración al servicio de telefónico que presta que justifique admitir su pretensión; máxime cuando esa actividad no devenga la obligación de hacer frente a esa gabela (cf. el art. 39 de la Ley 19.798). Al respecto se ha limitado a efectuar una interpretación dogmática de las normas en las que basa su reclamo, sin aportar elementos que permitan valorar de qué manera el sometimiento a los gravámenes en cuestión produce el efecto que intenta hacer valer (doctrina de “Lago Espejo Resort S.A.” ya citado).

12. Finalmente, vale destacar que toda la argumentación de la parte actora se ha centrado en sostener que está exenta del pago de esa gabela en virtud de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley 19.798; argumento que, en virtud señalado hasta acá, corresponde que sea rechazado.

Por ello, habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducido por el G.C.B.A., revocar el fallo apelado y rechazar la demanda (cf. el art. 31 de la Ley 402). Costas a la vencida.

Las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis Francisco Lozano.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Comparto con mi colega el juez de trámite Luis Francisco Lozano la idea de que el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado pues, a diferencia de lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, considero que la cuestión sobre la que versó la decisión de la Cámara involucra algo más que la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales nacionales y locales.

En efecto, “Telefónica de Argentina S.A.” sostiene que existe una exención que la favorece, establecida por la Ley nacional 19.798, art. 39, y que impediría la procedencia de toda pretensión tributaria del Gobierno local. Ello así, con invocación del art. 31 de la Constitución Nacional, en virtud del cual la norma de referencia se impondría sobre el Código Fiscal de la ciudad.

Por su parte, el G.C.B.A. ha negado, tanto la vigencia de esa disposición, como la procedencia de la exención en el supuesto de admitir su vigencia –con fundamento en que “Telefónica de Argentina S.A.” no habría acreditado el cumplimiento de las condiciones establecidas por la norma nacional para gozar de la dispensa–. Además, como bien lo destaca el juez Lozano en el pto. 1 de su voto, el G.C.B.A. ha formulado, de modo subsidiario, el planteo de inconstitucionalidad respecto de la norma federal en cuestión, mientras que la Cámara afirma la vigencia, prevalencia y aplicación de la exención al caso de Autos postergando la norma local que impone el gravamen.

De acuerdo con la reseña efectuada, se configura en el caso una cuestión constitucional vinculada con la prevalencia de la norma nacional sobre la local –cláusula de la supremacía, art. 31, C.N.–, en particular relación con el alcance de la potestad tributaria del G.C.B.A. –art. 129, C.N.– frente a sujetos que invocan prestar ciertos servicios autorizados por el Gobierno nacional, quienes estarían exentos de tributos locales por leyes nacionales fundadas en razones vinculadas con el desarrollo y el progreso del país –art. 75, inc. 18, “Cláusula del progreso o del desarrollo”–, todo lo cual pone en debate la compleja relación de normas fiscales y extrafiscales de diversas jurisdicciones bajo la matriz federal que, como forma de Estado, establece la Constitución de la Nación así como la satisfacción de los principios de reserva de ley en materia tributaria o legalidad en la tipificación de las exenciones y de la cláusula de prelación jerárquica de las normas (ello conforme lo ha dejado sentado el Tribunal en Autos: “G.C.B.A. c/Telred Sudamericana S.A. s/ej. fisc. - Otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. 6.729/09, sentencia de fecha 17 de marzo de 2010 y, más recientemente, in re: “G.C.B.A. c/Telecom Argentina S.A. - Stet France Telecom S.A. Continuator s/ej. fisc. - Otros s/recurso de apelación ordinario concedido”, Expte. 7.445/10, sentencia del 23 de marzo de 2011).

2. Desde otro punto de vista, el G.C.B.A. insiste, en su queja, en que la sentencia de Cámara contra la que articula el recurso de inconstitucionalidad resulta arbitraria y que dicho remedio procesal fue mal rechazado, también en ese punto.

Entiendo que los planteos incoados en ese sentido merecen acogida favorable toda vez que en la sentencia cuya revisión pretende el apelante la Cámara concluyó de modo dogmático su resolución sin fundarla adecuadamente en los hechos comprobados de la

causa. En ese orden, no puede considerarse al pronunciamiento en crisis como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, verificándose en el caso uno de los supuestos de excepción que habilita la apertura de la instancia extraordinaria de revisión que se pretende, por aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 312:246;389, 608; 323:2.196, entre otros).

En efecto, respecto a la plataforma fáctica involucrada en la causa, la resolución discurre sosteniendo que "... Esencialmente no ha probado la recurrente que la actora no utilizara sus redes subterráneas para prestar el servicio público de telecomunicaciones, por el que goza de la exención ampliamente analizada" (f. 1.276 vta.), mas no da razones para invertir la carga de la prueba –aún desde el punto de vista de la concepción dinámica que permite atribuir su producción a un sujeto procesal distinto al que invocó los hechos–, lo que torna dogmático el único fundamento fáctico aportado por el a quo para aplicar al caso concreto la interpretación que formula respecto del alcance de la norma eximitoria. También omite toda consideración respecto de otros servicios de telecomunicaciones que presta la actora y que no califican, necesariamente, como "servicios públicos".

3. Ingresando en el recurso de inconstitucionalidad articulado, es mi criterio que, en primer lugar, corresponde considerar los planteos vinculados a la aplicación a la actora de la Ley 22.016, cuyo art. 1 derogó "todas las disposiciones de las leyes nacionales, ya sea generales, especiales o estatutarias, en cuanto eximen o permitan capitalizar el pago de tributos nacionales, provinciales o municipales (impuestos, tasas y contribuciones)" a los entes estatales, o con participación estatal mencionados en la propia norma.

Esta cuestión ya fue objeto de tratamiento y resolución por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha sentado el criterio conforme al cual el texto referido se halla dirigido a un conjunto definido de sujetos –los indicados en el párrafo anterior– derogando las exenciones de que gozaban tales entes públicos y dejando expresamente establecido que los resultados diferían en el caso de tratarse de una empresa privada por no resultar la Ley 22.016 aplicable a ella (in re: "Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico s/acción meramente declarativa" –Fallos 320:162, Considerando 5–, sentencia del 27 de febrero de 1997).

Tal criterio condiciona el sentido de mi voto en este aspecto, más allá de no compartir los argumentos del Alto Tribunal, en el sentido de que la exención al servicio público de telecomunicaciones, que originariamente se había otorgado al Estado –ente, por definición, carente de capacidad contributiva– y, luego, suprimida, habría renacido como una suerte de consecuencia virtuosa de la privatización a favor de una empresa comercial de tales cometidos, lo que podría importar una visión prebendaria a favor de los agentes mercantiles particulares que con propósito de lucro operan monopólicamente concesiones de servicios públicos, que el Estado ha abandonado como prestador directo.

A este respecto, el profesor Dino Jarach ha sostenido: "La inmunidad fiscal de las entidades públicas y de sus dependencias respecto de los impuestos es (...) una consecuencia de la naturaleza sustancial del hecho imponible, en correspondencia con su causa jurídica. El presupuesto de hecho de todo impuesto tiene naturaleza económica, consiste en una actividad o situación económica, de la cual resulta capacidad contributiva. La capacidad contributiva significa apreciación por parte del legislador de que el hecho económico que se ha verificado para el sujeto le permite distraer una suma

de dinero de sus necesidades privadas para destinarla a contribuir a los gastos públicos. Pero estos conceptos básicos del hecho imponible, no tendrían sentido, si el hecho imponible se atribuyera al Estado o a las entidades públicas o las dependencias de ellas. Las situaciones o las actividades económicas de las mismas nunca representan capacidad contributiva, porque la riqueza del Estado ya sirve directamente a las finalidades públicas y sería un sinsentido atribuirle una capacidad de contribución a las finalidades por las cuales toda su actividad y existencia misma están destinadas. La inmunidad fiscal del Estado y de las entidades públicas y de las dependencias, con o sin personería jurídica propia, constituye un dogma jurídico tributario, en relación a la misma naturaleza del hecho imponible, que por su causa, no es, sino una contradicción lógica, atribuible a esa clase de sujetos. Sólo puede admitirse excepcionalmente la imposición de ellos, cuando resulte evidente la voluntad legislativa de equiparar completamente una empresa pública a las empresas privadas, sometiénolas al mismo régimen jurídico económico. En este sentido y con esta reserva se puede aceptar la afirmación dominante en la doctrina y en la jurisprudencia europea y norteamericana, que admiten la imposición de las empresas industriales o comerciales del Estado” –el destacado ha sido añadido (conf. “El hecho imponible” - Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo), 2.^a edición, Capítulo tercero: “La atribución del hecho imponible a los sujetos pasivos y los momentos de vinculación con el sujeto activo”, parágrafo 22: “Exenciones tributarias subjetivas y doctrina de la inmunidad fiscal de las entidades públicas”, págs. 197 y ss., en particular págs. 199 y 200, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971–.

El desarrollo de los conceptos precedentes marcan la inatingencia, con la cuestión que se debate, de la teórica derogación del beneficio que estamos considerando en esta causa, como consecuencia del dictado de la Ley 22.016. A ello, cabe añadir que se comprueba, a su vez, un desenfoque en punto a la caracterización de la dispensa contemplada en el art. 39 de la Ley 19.798, como una exención subjetiva en favor del Estado cuando, en realidad, de lo que se trata es de una exención objetiva dirigida a la dispensa tributaria del servicio de telecomunicaciones con total independencia de quién lo preste (conf. Gustavo J. Naveira de Casanova y Pablo J. M. Revilla: “Inmunidad de los instrumentos de Gobierno” en Revista Derecho Fiscal - Abeledo-Perrot, julio-agosto 2009, Cap. IV: “La inmunidad fiscal y los conflictos creados por el Dto. 110.642/42 y la Ley 22.016”, pto. 2: “La Ley 22.016 y sus antecedentes”, págs. 47 y ss., en particular págs. 67 y 68, Buenos Aires, 2009).

Encausando con acierto su doctrina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación precisó que los entes públicos, incluso los no estatales, carecen de aptitud para detentar capacidad contributiva, coincidiendo con las postulaciones tempranamente formuladas, hace casi siete décadas, por el profesor Dino Jarach –conf. causa “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Abogados y Procuradores de la Provincia de Mendoza c/Estado nacional s/amparo” (Fallos 332:936), sentencia del 5 de mayo de 2009–.

Como se verá más adelante, al ajustar las conclusiones de mi voto, además de caracterizar la exención tributaria de marras como una dispensa de carácter objetivo, la ceñiré exclusivamente al “servicio público de telecomunicaciones”, con lo cual propondré revocar la sentencia de la anterior instancia.

De todos modos, volviendo a la imbricación de la Ley 22.016 con los beneficios contemplados en el art. 39 de la Ley 19.798, los agravios del G.C.B.A. relativos a la derogación del beneficio no pueden prosperar, ya que la doctrina judicial del Tribunal cimero, sobre la cual he anticipado los matices de mi discrepancia, ha sido

recientemente ratificada, in re: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa: Municipalidad de Olavarría c/Telefónica de Argentina S.A.” –Fallos 332:975–, sentencia del 5 de mayo de 2009, lo que torna insustanciales las articulaciones de la quejosa en este punto.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, y dado que el carácter de empresa privada que reviste la aquí actora es un extremo no controvertido por las partes –aspecto saliente, al menos desde la perspectiva de la línea jurisprudencial que ha mantenido sobre el punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuya aplicación al caso no se ve alterada por el hecho de asignarle, como lo hago, naturaleza objetiva a la exención contenida en el art. 39 de la Ley 19.798–, corresponde rechazar los planteos del G.C.B.A. en punto a la vigencia, respecto de la actora, de la abrogación de beneficios dispuesta por el art. 1 de la Ley 22.016.

4. En cuanto a las cuestiones relativas a los alcances de la eximición dispuesta por el art. 39 de la Ley 19.798, coincido con el juez Luis Francisco Lozano en que, planteadas como fueron por la Ciudad sus defensas en el recurso de inconstitucionalidad, las consideraciones aquí vertidas conducen a un resultado sustancialmente análogo en esta causa al que se arribara en los precedentes de este Tribunal arriba citados (“Telred Sudamericana S.A.” y “Telecom Argentina S.A.”), de modo que los argumentos que allí expuse –los que fueron, en ambas oportunidades, compartidos por los restantes jueces de este Estrado– resultan directamente aplicables al “sub exámine”.

En los precedentes apuntados este Tribunal fijó una interpretación de las disposiciones que aquí se discuten, en los siguientes términos.

El art. 39 de la Ley 19.798, que está en el centro del debate planteado en Autos, establece: “A los fines de la prestación del servicio público de telecomunicaciones se destinará a uso diferencial el suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público nacional, provincial o municipal, con carácter temporario o permanente, previa autorización de los respectivos titulares de la jurisdicción territorial para la ubicación de las instalaciones y redes. Este uso estará exento de todo gravamen” (el destacado ha sido añadido).

Su lectura impone remitirse al art. 2 de la ley que establece el alcance que el legislador ha asignado a cada una de las actividades abarcadas por la denominada “Ley Nacional de Telecomunicaciones”. Así, con una clara finalidad de guía hermenéutica, el dispositivo señala: “A los efectos de esta ley y su reglamentación se define como ...”. De esta manera, nos encontramos frente a un supuesto de “interpretación auténtica” de los términos brindada en la propia ley.

Seguidamente, la misma norma expresa qué debe interpretarse por: “Telecomunicación”, “Radiocomunicación”, “Telegrafía”, “Telefonía”, “Servicio de radiodifusión”, “Servicio telefónico”, “Servicio telegráfico público”, “Servicio telex”, “Servicio de radioaficionados”, “Servicio espacial”, “Servicio especial”, “Servicio limitado”, “Servicio interno”, “Servicio internacional”, “Correspondencia de telecomunicaciones” y “Sistema nacional de telecomunicaciones”.

La referencia del legislador a las “telecomunicaciones” como “servicio público” aparece recién en el art. 25 (y se reitera en los arts. 37 y 39 a 45) aunque sin precisar, ni en este enunciado, ni en ninguna otra disposición de la ley, cuáles de las actividades de

telecomunicaciones definidas en el art. 2 deben entenderse incluidas en la categoría “servicio público”.

Conviene tener presente que, por ejemplo, la radiodifusión y los servicios vinculados a ella fueron reglados posteriormente por la Ley 22.285 que en su art. 4 los consideraba “de interés público” –aunque no servicios públicos–. Esta norma fue recientemente sujeta a derogación, a través del art. 164 de la Ley 26.522 de “Servicios de comunicación audiovisual” que, sin embargo, en su art. 2, asigna idéntica calidad a los servicios comentados, estableciendo que “la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual se considera una actividad de interés público”.

Por otro lado, la “Comisión Nacional de Comunicaciones”, mediante la Res. 1.083/95, del 4 de mayo de 1995 (B.O. N° 28.143: 15/5/95), definió a los “servicios de valor agregado”, en tanto modalidad de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos en régimen de competencia, como “... aquellos que, utilizando como soportes redes, enlaces y/o sistemas de telecomunicaciones, ofrecen facilidades que los diferencian del servicio base, aplicando procesos que hacen disponible la información, actúan sobre ella o incluso permiten la interacción del abonado con la misma”; para enumerar luego diversos exponentes de esta categoría de servicios: correo electrónico de datos, correo electrónico de fax, correo electrónico de voz, información de datos, información de fax, información de voz y audio, texto, servicio de entrega de datos seleccionados, servicio de almacenamiento y retransmisión de fax, servicio de almacenamiento y retransmisión de mensajes de voz, intercambio electrónico de datos.

En materia de servicio de telefonía, tanto el Dto. 62/90 –y sus anexos– como el N° 1.185/90 efectúan una distinción entre el “servicio básico de telefonía” (al que se le asigna el carácter de “servicio público”) y los demás servicios prestados en régimen de competencia. A su vez, posteriormente, mediante el Dto. N° 764/00, se dispuso la vinculación de los “servicios esenciales de telecomunicaciones” y del “servicio universal” con el “servicio básico telefónico”.

De acuerdo con las normas reseñadas, todo parece indicar que, del vasto espectro de servicios establecidos en la Ley 19.798, sancionada en el año 1972, la categorización como “servicio público” no abarca a todas las actividades definidas en el art. 2 ni, mucho menos, las reguladas por legislaciones posteriores.

Esta circunstancia no resulta exclusiva ni propia de los servicios de telecomunicaciones. Por el contrario, idéntica situación se corrobora a poco que se analicen las normas nacionales aplicables a dos de los servicios públicos de mayor gravitación y desarrollo en nuestro país, como son los de la producción y distribución de gas natural y energía eléctrica, en los que también se advierte que ciertos segmentos de dichas actividades revisten la calidad de servicios públicos, mientras que otros sólo han merecido la calificación como actividades de interés público sin asignárseles aquel carácter.

En efecto, el art. 1 de la Ley nacional 24.065 –sancionada en el mes de diciembre de 1991 y publicada en el B.O. del 16 de enero de 1992–, que constituye el marco “regulatorio de la energía eléctrica”, dispone literalmente: “Caracterízase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. Exceptúase, no obstante su naturaleza monopólica, el régimen de ampliación del transporte que no tenga como objetivo principal la mejora o el mantenimiento de la confiabilidad que, en tanto comparta las reglas propias del mercado, será de libre iniciativa y a propio riesgo de quien la ejecute. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades,

destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio o encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo” (art. 1, el destacado es propio).

Por su parte, la Ley nacional 24.076 –sancionada en el mes de mayo de 1992 y publicada en el B.O. del 9 de junio de 1992–, regula el transporte y distribución de gas natural asignándole el carácter de “servicio público nacional” y estableciendo que los segmentos de producción, captación y tratamiento del producto serán regidos por la Ley nacional 17.319 (conf. art. 1) –la que no les asigna la calidad de servicios públicos, sin perjuicio del especial interés nacional que revela a su respecto–.

De acuerdo con lo expuesto, se advierte que la hermenéutica propiciada resulta compatible con los criterios generales adoptados por el legislador en regulaciones más modernas dirigidas a actividades de innegable interés general o público, en cuyo marco también se distinguen segmentos caracterizados como servicios públicos y otros que no revisten tal carácter.

5. Desde otro punto de vista, a fin de profundizar sobre la cuestión, resulta imprescindible tener en miras las pautas que la doctrina jurídica más moderna utiliza para caracterizar los servicios públicos en la Argentina. Así, la asignación de tal calificación presupone una forma más intensa de regulación estatal de las actividades de los particulares, la que se justifica en que “... el Estado considera por razones políticas expresadas en una ley del Congreso, que la actividad en cuestión satisface necesidades indispensables de la población por lo cual debe buscarse el acceso más amplio posible y debe cuidarse que no se desnaturalice ese acceso a través de la indebida discriminación entre los usuarios” (el destacado ha sido añadido - conf. Héctor Mairal, “El concepto de servicio público en el derecho argentino actual”, en “Servicio público, policía y fomento”, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, págs. 229 y ss., en particular págs. 231 y 232, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2003), todo lo que coloca en cabeza del prestador una serie de obligaciones típicas –generalmente establecidas entre las condiciones de la concesión o licencia–, donde se destacan: a) la de obtener una autorización estatal –tanto para comenzar a prestar el servicio como para dejar de hacerlo–; b) la de prestar el servicio de manera obligatoria a todo aquel que lo requiera; c) la de tratar igualitariamente a cada categoría de usuarios; d) la de mantener el servicio en funcionamiento; e) la de cobrar los precios autorizados y f) la de adaptar las prestaciones a las necesidades cambiantes del interés público (el destacado ha sido añadido - conf. Héctor Mairal, ob. cit.).

Asimismo, el citado autor destaca que la noción contemporánea de servicio público tiende a convertirse en una actividad excepcional en cuyo marco se tiende a reducir la situación monopólica del prestador sólo a aquellas actividades en las que no sea posible la competencia, abriendo ese campo a las actividades conexas. En ese orden, explica que “... el servicio público que era antes una noción centrípeta, una noción que absorbía las actividades conexas, pasa a ser ahora una noción centrífuga, una noción en la cual se va expulsando de ese concepto a todas aquellas actividades conexas que permiten una competencia” (el destacado ha sido añadido - conf. Héctor Mairal, ob. cit., págs. 232 y 233).

Resulta entonces que, para caracterizar adecuadamente a un servicio como público, deberemos atender a su previsión legislativa, así como a las condiciones impuestas por

el Estado para su prestación, poniendo especial atención a si su ofrecimiento resulta monopólico o en régimen de competencia.

6. Tampoco puede perderse de vista que –más allá de las particularidades que reviste la hermenéutica de las normas tributarias eximitorias, a las que me referiré luego– en la actividad dirigida a desentrañar el sentido y alcance de los preceptos jurídicos, los jueces no podemos desentendernos de que dicho proceso se encuentra constituido, además del cómputo del elemento gramatical, del lógico y del sociológico, por el elemento histórico que contribuye a iluminar el adecuado significado de las normas, para lo cual es importante acudir a la historia de las instituciones donde “... se manifiesta en todo su valor la gran importancia de los estudios históricos, y resplandece el mérito de Savigny y de la escuela por él fundada. El pensamiento actual no es sino desenvolvimiento y elaboración del pensamiento de ayer; casi no existe institución que no esté enlazada con las legislaciones anteriores y no halle en éstas sus gérmenes ... la tradición histórica se convierte, por tanto, en elemento primordial para la interpretación de las leyes” (Roberto De Ruggiero, “Instituciones del derecho civil”, vol. 1, pág. 143, Ed. Madrid, 1931, citado por Jorge Joaquín Llambías, “Tratado de derecho civil”, 18.^a Edición, Tº I: parte general, pág. 101, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999).

En ese orden, debe considerarse en este marco, especialmente, un componente histórico y contextual que resulta insoslayable: las condiciones y los limitados avances tecnológicos imperantes al tiempo de sancionarse la Ley 19.798 –esto es, el año 1972 (la norma fue publicada en el B.O. N° 22.489, del 23 de agosto de ese año)–, en comparación con los actuales. Considerando este aspecto, mal puede asignársele a sus disposiciones la finalidad de eximir al conjunto de servicios “especiales” cuya dispensa aquí se discute cuando aún no se habían concebido, o al menos desarrollado fuera de la especulación del laboratorio, y mucho menos se encontraban disponibles para su comercialización y oferta para el consumo masivo y universal, de manera que pudiera entenderse alcanzados por un interés público o general.

7. Dadas las consideraciones expuestas, y toda vez que no se cuenta con una definición clara y contundente en la Ley 19.798 respecto de cuáles son los servicios de telecomunicaciones que constituyen el núcleo de los “servicios públicos” eximidos del pago de todo tipo de gravámenes locales por el uso diferencial del suelo, subsuelo y espacio aéreo del dominio público de la ciudad de Buenos Aires, es dable pregonar una hermenéutica prudente del art. 39 de la ley que no haga tabla rasa con las potestades tributarias locales, sin causa justificada en un interés nacional preeminente, y que garantice, asimismo, la plena vigencia del principio de reserva de ley tributaria consagrado en nuestra ley fundamental.

8. Esta solución se ve también recomendada por las particularidades que reviste el proceso interpretativo en materia de dispensas tributarias.

A este respecto, más allá de haberse abandonado el criterio restrictivo con que debían apreciarse las exenciones, beneficios y privilegios tributarios en el pasado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reiterado en numerosos pronunciamientos –en términos de sentencia de condena u “obiter dicta”, ya concediéndolas, ya denegándolas– que las exoneraciones fiscales pueden resultar del texto de la ley, del indudable propósito del legislador o de la necesaria implicancia de la norma –conf. causas: “S.A.A.P. Green Argentina v. Nación Argentina”, Fallos 262:60, sentencia del 21 de junio 1965; “Walter García”, Fallos 263:353, sentencia del 29 de noviembre de 1965; “S.R.L. Industria Dietética Ganadera”, Fallos 268:530, sentencia del 8 de setiembre de

1967; “S.A.C.I.F. Maderas Martini”, Fallos 277:373, sentencia del 28 de agosto de 1970; “S.R.L. Prato Hermanos”, Fallos 279:226, sentencia del 26 de abril de 1971; “Anahí Cooperativa Argentina de Seguros Limitada”, Fallos 279:244, sentencia del 26 de abril de 1971; “Juan Orlando Corvetto”, Fallos 280:172, sentencia del 21 de julio de 1971; “S.A.I.C. Sherwin Williams”, Fallos 281:350, sentencia del 22 de diciembre de 1971; “Andrés Natali Macagno y Otro”, Fallos 282:236, sentencia del 7 de abril de 1972; “José Manitta y Otros v. provincia de Mendoza”, Fallos 283:61, sentencia del 26 de junio de 1972; “S.A.I.C.I. Germor”, Fallos 284:9, sentencia del 4 de octubre de 1972; “Víctor S. Guzmán v. Dirección General Impositiva”, Fallos 284:341, sentencia del 6 de diciembre de 1972; “S.A. Compañía Casco I.C.”, Fallos 286:340, sentencia del 20 de setiembre de 1973; “S.A. Mellor Goodwin, C.I. y F.”, Fallos 287:79, sentencia del 18 de octubre de 1973; “The Coca Cola Exp. Corporation”, Fallos 302:1.599, sentencia del 23 de diciembre de 1980; “La Razón Editorial”, Fallos 305:635, sentencia del 12 de mayo de 1983; “Ana María Ordoñez v. Dirección General Impositiva”, Fallos 306:1.201, sentencia del 4 de setiembre de 1984; “Madoni y Moretti S.C.A.”, Fallos 308:2.554, sentencia del 19 de diciembre de 1986; “Desarrollo Forestal S.A. de Forestación”, Fallos 310:177, sentencia del 5 de febrero de 1987; “Jockey Club de Rosario v. Dirección General Impositiva”, Fallos 312:529, sentencia del 18 de abril de 1989; “Nación Argentina –D.G.I.– v. Asociación de Empleados de Comercio de Rosario”, Fallos 314:1.842, sentencia del 19 de diciembre de 1991; “Juan Carlos Camarero”, Fallos 315:257, sentencia del 10 de marzo de 1992; “Gasparri y Cía. S.A.”, Fallos 316:1.332, sentencia del 16 de junio de 1993; “Bodegas y Viñedos Peñaflor S.A. v. Dirección General Impositiva”, Fallos 319:1.311, sentencia del 16 de julio de 1996; “Aurelio Flores”, Fallos 319:1.855, sentencia del 12 de setiembre de 1996; “Sedamil S.A.I.C. v. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos 319:2.694, sentencia del 12 de noviembre de 1996; “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. Hospital Alemán”, Fallos 320:58, sentencia del 11 de febrero de 1997; “Instituto de Informaciones Comerciales Paraná v. Dirección General Impositiva”, Fallos 321:1.660, sentencia del 11 de junio de 1998; “Mirta Graciela Vallori”, Fallos 324:3.752, sentencia del 6 de noviembre de 2001; “Picapau S.R.L.”, Fallos 328:3.381, sentencia del 20 de setiembre de 2005; “Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones S.A. v. Mendoza s/acción declarativa”, Fallos 329:1.586, sentencia del 9 de mayo de 2006; “Edesur S.A. v. Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/acción meramente declarativa”, Fallos 329:2.975, sentencia del 8 de agosto de 2006; “Ategam S.A. c/Provincia de Chubut s/demanda contencioso administrativa”, Causa Letra: A, Número: 929, Libro: XXXVII, sentencia del 5 de setiembre de 2006; “Club 20 de Febrero c/Estado nacional y/o Administración Federal de Ingresos Públicos s/acción meramente declarativa”, Fallos 329:4.007, sentencia del 26 de setiembre de 2006; “Invernizz Alba Angélica c/Dirección General Impositiva”, Fallos 329:5.210, sentencia del 21 de noviembre de 2006; “Corporación Financiera Internacional c/Aragón Luis A. F.”, Fallos 330:2.892, sentencia del 3 de setiembre de 2007; “Lutz Ferrando S.R.L. c/Dirección General Impositiva”, Fallos 332:1.035, sentencia del 12 de mayo de 2009; “Asociación Rozarían de Anestesiología c/Fisco nacional - Dirección General Impositiva”, Fallos 332:2.529, sentencia del 16 de noviembre de 2009; “Cooperativa de Trabajo Agrícola Colonia Barraquero Ltda. (T.F. 20241-I) c/D.G.I.”, Fallos 333:16, sentencia del 16 de febrero de 2010, entre muchos otros–.

El criterio de especial prudencia sobre el alcance de la exoneración que vengo a sostener en este voto es concordante con el vertido al emitir dictamen como procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Maderas Martini S.A.C.I.F. s/recurso de apelación - impuesto a las ganancias” –Fallos 307:1.083–, sentencia del 4 de julio de 1985, que fueron compartidos y a los que remitió brevitatis causa el Tribunal

cimero. Allí dejó sentado: “Que los beneficios tributarios si bien tienen fundamento en la Constitución Nacional, art. 67, inc. 16 –texto histórico 1853-1860– (cláusula del progreso), el mismo texto del inciso aludido, los califica como ‘privilegios’, desde que los mismos importan alterar la generalidad con que deben ser aplicados los gravámenes, para conjugarlos con el art. 16 de nuestra ley fundamental, en el sentido de que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, debiendo aplicarse abarcando íntegramente las categorías de personas o bienes previstos por la ley, y no a una parte de ellas”.

También debe considerarse especialmente que, frente al divorcio entre los sujetos impositores con competencia constitucional para ejercer la potestad tributaria normativa sobre la materia (estados locales) y el sujeto que decide la exención (Congreso Nacional) verificado en el caso, se impone extremar el celo en su interpretación para evitar que, por tal conducto, se afecte el federalismo financiero, la autonomía de los gobiernos locales y la suficiencia presupuestaria de los Estados miembros de la unión y de sus entes territoriales menores.

9. Establecido que, conforme las pautas expuestas, no basta con realizar cualquiera de las actividades enunciadas en la Ley Nacional de Telecomunicaciones para contar con la exención establecida por el art. 39 de dicha norma, quien se pretenda amparado por la dispensa deberá acreditar el carácter de servicio público de la actividad que despliega.

Tal como lo destaca el señor juez de trámite en los ptos. 3, 8 y 9 de su voto, quedó probado en estas actuaciones que “Telefónica de Argentina S.A.” ofrece el servicio de telefonía así como otros servicios, diferentes de aquél (Internet, transmisión de datos y valor agregado, transporte de señales de radiodifusión y télex internacional).

Respecto del primero de ellos, esto es del “servicio de telefonía”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido en distintos precedentes, que la exención establecida en el art. 39 de la Ley Nacional de Telecomunicaciones ha readquirido su operatividad en el caso de operadores privados (conf. “Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de General Pico”, Fallos 320:162, sentencia del 27 de febrero de 1997, cuya doctrina fue reiterada en: “Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de Santa Rosa”, causa: Letra: T, N°: 197, Libro: XXVII, sentencia del mismo día; “Municipalidad de Río Colorado c/Telefónica de Argentina s/ejecución”, causa: Letra: M, N°: 467, Libro: XXXI, sentencia del 12 de agosto de 1997; “Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de General Madariaga”, causa: Letra: T, N°: 107, Libro: XXXIII, sentencia del 21 de agosto de 1997; “Telefónica de Argentina S.A. v. Municipalidad de General Pueyrredón”, causa: Letra: T, N°: 125, Libro: XXXIII, sentencia de la misma fecha; “Municipalidad de Zapala c/Telefónica de Argentina S.A. s/ejecución fiscal”, causa: Letra: M, N°: 297, Libro: XXXI, sentencia del 14 de octubre de 1997; “Municipalidad de Zapala c/Telefónica de Argentina S.A. s/ejecución fiscal”, causa: Letra: M, N°: 21, Libro: XXXV, sentencia del 27 de mayo de 1999; “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/acción procesal administrativa”, causa: Letra: T, N°: 124, Libro: XXXIV, sentencia del 29 de febrero de 2000; “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pueyrredón”, Fallos 333:255, sentencia del 23 de marzo de 2010, entre otros).

En aquellos casos en los cuales, si bien se trataba de telecomunicaciones, no calificaban como “servicio básico telefónico”, “servicio universal” o más precisamente “servicio público de telefonía”, mediante una tipificación y caracterización resultante de una ley sancionada por el Congreso, o por las condiciones en que debía prestarse –con las

exigencias y características típicas descriptas en el punto quinto de este voto—, este Tribunal siempre entendió que no podían considerarse alcanzados por el privilegio exonerativo, como lo pretende la actora.

Respecto del acceso a Internet, a fs. 654/659 del expediente principal (al que referirán, en adelante, las citas) luce la Res. 16, de la Secretaría de Telecomunicaciones, de fecha 4 de enero de 2001, mediante la cual el organismo tomó razón de la asunción por “Telefónica de Argentina S.A.” de la prestación de dicho servicio, disponiendo que deberá ofrecerlo “... respetando las mismas condiciones y asumiendo las mismas obligaciones que su predecesor” (f. 658). No obra en la causa acreditación ninguna de las condiciones en que “Advance Telecomunicaciones S.A.” (predecesora en el servicio, conf. f. 567) se hallaba obligada a brindar al público el acceso a Internet, de modo que no puede tenerse por probada la calidad de servicio público o la asimilación a tal.

En lo relativo al servicio de transmisión de datos y valor agregado, de la Res. 59, del mismo órgano, de fecha 26 de enero de 2001 (obrante a fs. 660 y ss.), tampoco puede extraerse que las condiciones en que fuera otorgada la licencia permitan considerarlo un servicio público. Y lo mismo ocurre con la Res. 225, del 29 de abril de 2003, mediante la que fue registrada, a nombre de la actora, la prestación del servicio de transporte de señales de radiodifusión (fs. 664/666).

Ello es así, en abierta contraposición a los términos en que, de acuerdo con la prueba rendida, la autoridad de aplicación concedió la licencia para el “servicio de telefonía fija local y de larga distancia nacional e internacional”. En efecto, en el contrato anexo a la Res. S.C. 90, del 21 de junio de 1999 (fs. 625/653), se dispone que los servicios de telefonía local y de larga distancia deberán prestarse “... de acuerdo con las reglas del buen arte, en forma no discriminatoria y sujetos al principio de continuidad y regularidad ...” (arts. 13 y 27 del referido contrato) —advírtase que, en cambio, en lo que respecta al servicio de transmisión de datos y télex internacional también autorizados en la resolución, no se prevén las referidas pautas típicas de un servicio público—.

La misma consideración merece el “servicio de telefonía pública”, cuya licencia fue otorgada a la actora mediante Res. S.C. 2.626, del 9 de diciembre de 1998 (obrante a fs. 622/624), toda vez que la concesión de la misma importa, para las empresas prestadoras, iguales obligaciones que en el caso de las licencias por el servicio básico telefónico — conf. art. 7, en especial inc. a), de la Res. S.C. 1.122/98 a la que refiere el citado acto de concesión de licencia—.

De este modo, la falta de una argumentación y acreditación consistentes que demuestren que opera en el caso una dispensa fiscal típica y específica, malogra la pretensión de la actora de sustraerse del deber de contribuir, el que debe ser interpretado, incluso, más estrictamente cuando se está en presencia de un tributo vinculado —esto es, uno de aquellos en los cuales la descripción de la hipótesis de incidencia incluye la prestación de servicios particularizados en el contribuyente o la obtención de beneficios resultantes de la utilización diferenciada de bienes públicos o de determinadas actividades estatales, lo que resulta predicable, dentro de un ordenamiento como el argentino, respecto de las tasas y de las contribuciones especiales—, en el cual juega con mayor protagonismo el principio retributivo que el contributivo —este último consustancial y caracterizador de los impuestos—.

10. La solución propuesta no constituye apartamiento de la doctrina sentada por el Máximo Tribunal desde la ya citada causa: “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de General Pico s/acción meramente declarativa”, Fallos 320:162, sentencia del 27 de febrero de 1997 –la que fuera mantenida en los sucesivos precedentes que ya se han referido en el presente voto–.

Por el contrario, reiterando el criterio ya sostenido por este Tribunal en las citadas causas “Telred Sudamericana” y “Telecom”, entiendo que aceptar la postura invocada por la actora y recogida por la Cámara, importaría desentenderse de la variada naturaleza de los servicios prestados por la parte, y que no califican como “servicio público”.

Por lo demás, no surge de los pronunciamientos del Tribunal cimero que el mismo extendiera analógicamente la franquicia o privilegio a supuestos como el discutido en Autos, esto es, a actividades relativas a las telecomunicaciones regidas por la Ley 19.798 pero que no revisten la condición de servicio público –creando pretorianamente beneficios y exenciones “ex novo”–. Así surge, incluso, del dictamen de la procuradora fiscal de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Laura M. Monti, al que remitió el Máximo Tribunal al decidir en la causa: “Impsat S.A. c/G.C.B.A. - Ley 19.798 - s/proceso de conocimiento” –Fallos 334:139–, sentencia del 2 de marzo de 2011 –especialmente citada argumentativamente por la actora–, en tanto allí se sostuvo la improcedencia de gravar el uso del suelo, subsuelo, o espacio aéreo de bienes del dominio público por quienes presten “servicios públicos de telecomunicaciones” (con subrayado: “servicios públicos”, en el asesoramiento del Ministerio Público).

Se advierte, entonces, que de la lectura del dictamen no puede extraerse la conclusión que pretende la actora pues la solución allí propiciada, y adoptada por la Corte expresamente, se refiere a los “servicios públicos” de telecomunicaciones. Por tanto, la solución que se sostiene en este voto en nada se contrapone con el criterio adoptado por el Máximo Tribunal e, incluso, comprueba un fuerte enlace con la doctrina allí sostenida.

11. Aunque lo expuesto resulta suficiente para dar solución a la cuestión traída a conocimiento de este Estrado, no parece ocioso destacar que la interpretación propiciada –a contrario de la tesis propuesta por la actora– garantiza adecuadamente la vigencia del principio constitucional de reserva de ley para el establecimiento de exenciones y beneficios fiscales (arts. 4, 17, 19, 29, 52, 75, incs. 1, 2, 3, 18, 19 y 30, y 99, inc. 3, de la Constitución Nacional).

Ahora, vale aclarar que en el marco de la presente causa, no puede pretenderse que la calificación de servicio público de las actividades que aquí se ventilan sean el resultado de una construcción analógica, por cuanto el “principio de reserva de ley tributaria” no puede convalidar una conclusión como la que pretende la empresa telefónica, fundándola en normas o criterios de rango infralegal, o pretendiendo que el sujeto, a partir de una norma sancionada hace más de cuarenta años, posea una inmunidad fiscal de tan amplio espectro que abarque las más diversas actividades que despliegue y la coloque al abrigo de toda posibilidad de cobro de cualquier impuesto, tasa o contribución y que se difumine en el campo de la potestad tributaria nacional, provincial o municipal, como si se estuviera en presencia de un privilegio de “I’ancien régime”.

Es que, en palabras del profesor Dino Jarach, “La ley (...) debe establecer negativamente las exenciones, no pudiendo ser dispuestas por ningún organismo que no sea el

Congreso, porque el establecer relaciones tributarias quiere decir definir las en su aspecto positivo como en sus exclusiones, admitiendo que estas puedan ser constitucionales” (el destacado ha sido añadido - conf. “Curso Superior de Derecho Tributario”, 2.^a Edición, T^o I, Cap. 3: “Límites constitucionales al ejercicio del poder fiscal”, pto. 1: “Principio de legalidad”, págs. 108 y 109, Liceo Profesional Cima, Buenos Aires, 1969).

En idéntico sentido se expresa también el catedrático uruguayo Ramón Valdés Costa al decir que “No tenemos la menor duda de que la creación de exoneraciones es materia reservada a la ley. Se trata de un acto típicamente legislativo que incide directamente en la existencia o inexistencia de obligaciones. Son aplicables, pues, íntegramente las reiteradas manifestaciones (...) acerca de que sólo pueden ser establecidas por ley formal, salvo disposición constitucional expresa en contrario” (el destacado ha sido añadido - conf. “Instituciones de derecho tributario”, Cap. IV: “Principio de legalidad”, Sección Primera: “Doctrina”, parágrafo 26: “Delimitación de las materias reguladas por la ley y el reglamento”, pto. 26.4: “Creación, reglamentación y determinación de exoneraciones”, págs. 154 y ss., en particular págs. 154 a 156, Depalma, Buenos Aires, 1992).

Ello, de consuno con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al enfatizar: “Que entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear las contribuciones necesarias para la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad, ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad civil. Todas las constituciones se ajustan a este régimen, entregando a los Congresos o Legislaturas este privilegio exclusivo, pues como enseña Cooley, ‘en todo Estado soberano el poder legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía’” (cfr. Fallos 155:290, in re: “Doña Sara Doncel de Cook c/la provincia de San Juan, sobre repetición de pago”, sentencia del 6 de setiembre de 1929, entre muchos otros), con lo que va de suyo que es un correlato de dicha atribución, la de crear, modificar o derogar las exenciones.

La exclusiva facultad del poder legislativo para el establecimiento de exenciones encuentra justificación, además de la atribución asignada por el art. 17 de la Constitución Nacional, y particularmente para las dispensas que no son el resultado de la modulación misma del tributo y de su naturaleza (como ocurre con el mínimo de existencia de las personas físicas en la imposición a la renta), tratándose de verdaderos beneficios fiscales, en el art. 75, inc. 18, del referido Estatuto cuando dispone que es atribución del Congreso “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 exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo” (el destacado ha sido añadido). Esta cláusula llamada del “Progreso” o del “Desarrollo”, por lo demás, reviste particular gravitación en estas actuaciones en las que la exención en los tributos locales viene dada por el Estado nacional en ejercicio, justamente, de la potestad atribuida por la norma constitucional de referencia.

12. La solución que sostengo, por otro lado, es la que mejor preserva la constitucionalidad de la norma exentiva en orden a los principios de generalidad –previsto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en el año 1948 e implícitamente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por Ley 23.054, ambas receptadas con rango constitucional a través del art. 75, inc. 22, de nuestra ley fundamental a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y en el art. 51, párr. 2.º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–, e igualdad ante las cargas públicas –art. 16 de la C.N. y su correlato con sus arts. 5, 7, 8, 75, incs. 13, 22 y cs.; y en los arts. 10, 11, 51 y cs. de la Constitución de la ciudad, así como en el art. 35 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 34 del Pacto de San José de Costa Rica–.

En cuanto al “principio de generalidad”, entendido como el deber de contribuir al sostenimiento del Estado de todo aquel que detente capacidad contributiva, se ha consolidado como contravalor, desde su propia génesis histórica, de los privilegios e inmunidades fiscales –particularmente, en épocas de apogeo del sistema feudal europeo anterior al Estado moderno, en el marco de las políticas propias de la dominación monárquica absolutista que cargaba con pesadas gabelas a los agricultores y comerciantes mientras que favorecía con dispensas a la nobleza y a la jerarquía eclesiástica–.

En ese sentido, ya iniciado el siglo pasado, en la etapa de transformación de los sistemas fiscales y de la aparición del concepto de capacidad contributiva, se comenzó admitir un más amplio reconocimiento de las exenciones impositivas a favor de aquellos individuos de escasos recursos –que no superaran el mínimo de subsistencia–, extendiendo las franquicias del impuesto a la renta a otros gravámenes directos e, incluso, a indirectos mediante una valoración selectiva de los consumos gravados y de las tasas aplicables.

Todo ello llevó a reelaborar los criterios exegéticos de las exenciones tributarias, como sucediera en la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia nacional reseñada en este voto, pero jamás a admitir privilegios o verdaderas inmunidades que, amén de sacrificar el principio de generalidad, resultan atentatorios de la equidad en materia de contribuciones –como vehículo para el logro de la justicia tributaria en armonía con el art. 4 de la Constitución Nacional– y del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Respecto de este último, para valorar la cuestión traída a conocimiento de este Estrado, no puede perderse de vista que, conforme la elaboración que a su respecto ha formulado desde antaño el Máximo Tribunal, si bien se admite la formación de categorías de contribuyentes sujetos a alícuotas diferenciales (exigiendo razonabilidad en los criterios para la distinción) y la concesión de beneficios fiscales (orientados a la consecución de objetivos consagrados constitucionalmente y limitados en el tiempo), se requiere en todos los casos que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias y que, de realizarse diferencias, no sean arbitrarias ni respondan a un propósito de hostilidad contra determinados individuos o clases, ni encierren un indebido privilegio personal o de grupo.

Es en el marco de estos valores constitucionales que no podría válidamente asignársele a los beneficios fiscales instituidos por la Ley nacional 19.798, art. 39, un alcance tal que haga que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones, cualquiera

sea la actividad que desplieguen o los servicios que presten, se hallen en una situación de verdadera inmunidad tributaria de carácter absoluto, respecto de todo tipo de tributos y, en este caso en particular, de los sancionados por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para este escrutinio no puede perderse de vista que, aunque la prestación del servicio de telecomunicaciones se realice en un régimen de limitada competencia, los que aquí ponderamos también son comercializados por un exiguo número de empresas y consisten en prestaciones que, por las cualidades técnicas y tecnológicas que requieren para su aprovechamiento por un acotado número de usuarios, no pueden razonablemente entenderse comprendidos en el servicio universal de telecomunicaciones que contempla la ley que tuvo en vista proteger en su conjunto a la comunidad nacional –piénsese solamente, por ejemplo, por no reunir tales recaudos, en servicios de teleconferencias, trasmisión de imágenes, servicios espaciales, y otros servicios especiales–.

13. Cabe añadir a las consideraciones expuestas que la pretensión de la actora no podría tener favorable acogida, bien que se la pondere en el marco del art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional, bien que se la enmarque en el inc. 30 del mismo artículo o, incluso, en la cláusula comercial del inc. 13 de igual cláusula.

En cuanto al primer dispositivo, la cláusula del “Desarrollo” o del “Progreso”, conforme los enunciados de la ley suprema: las dispensas tributarias que se concedan con apoyatura en esta norma –calificadas desde su redacción inaugural como privilegios– están condicionadas al cumplimiento de distintos recaudos, a saber: i. que las mismas sean enderezadas a la consecución de objetivos constitucionales –lo que estaría cumplido en el “sub lite” por cuanto el precepto se refiere a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias–; ii. que exista una adecuada proporcionalidad entre el medio empleado –concesiones (...) de privilegios y recompensas de estímulo– y el fin perseguido, lo que obliga a practicar el escrutinio de razonabilidad y proporcionalidad, cuyo resultado puede variar según la extensión que se le asigne al precepto exonerativo y iii. que las apuntadas concesiones de privilegios sean temporales –situación que no se verifica en la especie–. Sobre el tercer y último requisito nos recuerda el tributarista Enrique G. Bulit Goñi que estos beneficios fiscales, tratándose de un privilegio que la ley otorga, deben ser concedidos temporalmente, como lo hiciera la Ley Mitre a favor de las empresas concesionarias de los servicios ferroviarios, de modo que la falta de un límite temporal a la exención impositiva compromete la validez constitucional de la dispensa (el destacado ha sido añadido - conf. “Presentación: cláusula del progreso” en “Constitución Nacional y tributación local”, Tº II, págs. 1399 y ss., y en particular: “La ley de ferrocarriles y los impuestos locales”, págs. 1.400 y ss. –también puede consultarse en “La Información”, Tº XLIII, págs. 70 y ss.–, como “La cláusula del progreso en materia tributaria”, págs. 1449 y ss. –también publicado en El Derecho, Tº 203, págs. 908 y ss.–, ad-hoc, Buenos Aires, 2009).

De acuerdo con lo expuesto, si para sostener la procedencia de la exención se argumentara que su sanción constituye el ejercicio por el Congreso de la Nación de la facultad que le viene concedida por la “Cláusula del progreso”, no resta más que considerarla constitucionalmente inválida en tanto dicho dispositivo no admite el otorgamiento de privilegios “sine die”.

El criterio adoptado se refuerza, para el caso, con la doctrina de nuestro más Alto Tribunal en cuanto tiene resuelto, también respecto de la Ley 19.798: “... los actos de las legislaturas provinciales no pueden ser invalidados sino en los casos en que la constitución concede al Congreso nacional, en términos expresos, un poder exclusivo, o en que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas –Fallos 3:131; 302:1.181; entre muchos otros– ... en la medida en que exista mandato del legislador que determine los medios de satisfacer el interés nacional y fije el ámbito de protección, el reconocimiento del poder impositivo local no violenta cláusula constitucional alguna, pues aquel instrumento de regulación de la economía no es juzgado inconveniente para el logro de ese objetivo –Fallos 306:1.883, sus citas y muchos otros–”, in re: “Telefónica de Argentina v. Municipalidad de Chascomús” – Fallos 320:619–, sentencia del 18 de abril de 1997, causa en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó el cobro de los tributos municipales en concepto de “habilitación comercial”, “seguridad, salubridad e higiene” y “publicidad y propaganda”, reclamados por el apuntado municipio (v. en particular Considerando 10, segundo párrafo).

Resulta indudable de la doctrina del fallo citado que la Ley de Telecomunicaciones sancionada por el Congreso Nacional “no consagra una inmunidad tributaria absoluta en términos de privilegio general” a las actividades que despliegan las entidades concesionarias de la prestación de los referidos servicios respecto de los gravámenes locales, más aun teniendo en cuenta, como ya se destacó, que el beneficio está concedido por un plano de gobierno distinto –la Nación– de aquel que ejercita la potestad tributaria normativa en la materia, dentro de su ámbito jurisdiccional y en ejercicio de competencias que le son propias. A todo ello se suma el hecho de que la dispensa, como ya se expuso, no contempla límite temporal.

Si, por el contrario, se pretendiera enmarcar la dispensa en el art. 75, inc. 30, de la Carta Magna, relativo a los “establecimientos de utilidad nacional” –entendiendo a estos últimos, no sólo en el estricto sentido de lugares físicos como las clásicas “fortalezas, arsenales, almacenes ...” (de la redacción del art. 67, inc. 27, de la Constitución en su viejo texto) sino también como aquellas actividades que trasuntan un manifiesto interés nacional–, no podría perderse de vista que dicha cláusula, luego de la reforma constitucional de 1994, ha receptado literalmente en su letra la interpretación elaborada jurisprudencialmente en torno del instituto, consagrando la llamada “tesis finalista” conforme a la que coloca en cabeza del Congreso de la Nación la facultad de “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República” mientras, correlativamente, reconoce que las autoridades provinciales y municipales conservan los poderes de policía y de imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

Sobre el particular se ha expedido recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un sentido que abona la posición que adopto al decir que “... las actividades desarrolladas en los establecimientos de utilidad nacional no cuentan con inmunidad absoluta ante la potestad de imposición general que se reconoce a las provincias” y que “... el menoscabo al fin público concebido ha de ser efectivamente demostrado por quien lo alega resultando ... exigible y necesario para quitar validez constitucional a la pretensión provincial acreditar el modo en que el ejercicio de los poderes locales impide, perturba, dificulta, frustra o entorpece los fines federales que determinan la creación del establecimiento (arg. Fallos 312:1.870 y 322:2.598), toda vez que la

utilidad nacional asignada a una actividad no autoriza sin más a concluir que la Nación atraiga hacia sí toda potestad de manera exclusiva o excluyente (arg. Fallos 330:4.144)” –Considerandos 8 y 9 del fallo dictado por Tribunal cívico, in re: “Lago Espejo Resort S.A. c/Neuquén, provincia del y Otro (Estado nacional) s/acción meramente declarativa (impuesto inmobiliario e ingresos brutos)”–, causa: Letra: L, Nº: 686, Libro: XLI, sentencia del 20 de marzo de 2012.

En este marco, la pretensión fiscal local que se controvierte no puede considerarse válidamente resistida, toda vez que no se ha demostrado, por parte de la accionante, que el gravamen provoca un impedimento, perturbación, dificultad, frustración o entorpecimiento de la actividad que la Ley 19.798 pretende promocionar en su desarrollo.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe dejar explicitado que no se pierden de vista los conceptos vertidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver en Autos: “Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/acción procesal administrativa” –Causa Letra: T, Número: 124, Libro: XXXIV–, sentencia del 29 de febrero de 2000, en cuanto allí se resolvió que “... las comunicaciones telefónicas interestatales, como lo ha señalado una constante e inveterada jurisprudencia de esta Corte (...) se hallan sujetas a la jurisdicción nacional, pero no (...) en razón de que los cables y equipos necesarios para la prestación del servicio –o el espacio que ellos ocupen– constituyan los denominados “establecimientos de utilidad nacional” a los que se refería el art. 67, inc. 27, de la Constitución Nacional –art. 75, inc. 30, después de la reforma de 1994–, sino porque ese servicio implica ejercicio del comercio en los términos del art. 67, inc. 12 –actual art. 75, inc. 13, o “Cláusula comercial”– (Fallos 154:104, 112; 192:234; 198:438; 213:467, 487, entre muchos otros); y tiende a la promoción de la prosperidad, adelanto y bienestar general del país, en tanto conforma un esencial “instrumento del progreso y de vida para toda la Nación” en los términos del inc. 16 –actual inc. 18– del referido artículo (Fallos 188:247; 189:272, 282; 213:467; 250:154, Considerando 21 disidencia del juez Oyhanarte; 257:159, y sus citas; 299:149 y sus citas; 304:1.186, sus citas entre muchos otros)”.

En orden a la transcripción precedente, no se desconoce el encuadre y localización que el Máximo Tribunal federal ha dado a las actividades de telecomunicaciones interjurisdiccionales en el art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional (al amparo de la “Cláusula comercial”) que coloca a la regulación de ese tipo de actividades en cabeza del Congreso Nacional. Sin embargo, no se ha planteado en Autos, ni se advierte acreditado, que el contribuyente desarrollara su actividad exclusivamente con esas características, de modo que el abordaje de la cuestión desde esa óptica resulta ajeno a estas actuaciones.

Sin perjuicio de ello, no es ocioso recordar aquí que, aún en dicho marco –el de la “Cláusula comercial”– la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un precedente paradigmático, ha validado la aplicación de tributos locales a diversas manifestaciones del comercio interjurisdiccional en el concepto de que “... los arts. 9, 10, 11, 12, 67, incs. 12 y 108, de la Constitución Nacional (texto histórico: 1853-1860) no fueron concebidos para invalidar absolutamente todos los tributos locales que inciden sobre el comercio interprovincial, reconociendo a éste una inmunidad o privilegio que lo libere de la potestad de imposición general que corresponde a las provincias. Ciertamente no se advierte que en la Carta Magna ni en sus fuentes de interpretación elementos que evidencien la existencia de razones por las cuales los contribuyentes de una provincia o de la Capital Federal deban subsidiar permanentemente los servicios que utilizan las

entidades dedicadas al comercio de aquella índole” (entendiéndose por tal al interjurisdiccional, agregándose que el destacado ha sido añadido, v. causa: “Transportes Vidal S.A. c/Mendoza, provincia de s/repetición” –Fallos 306:516–, sentencia del 31 de mayo de 1984).

Consecuentemente la actividad interjurisdiccional podrá ser gravada por su sustento local, en tanto la aplicación del tributo no la discrimine con cargas más gravosas que aquella que se inicia y concluye dentro de los límites de la respectiva jurisdicción. Adviértase que, por lo demás, no se discrimina por origen y destino, y que tampoco se reeditan las odiosas aduanas interiores.

14. Desde otra perspectiva, esto es, si se toma en cuenta el “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, del 12 de agosto de 1993, no se soslaya que en el marco de las políticas de armonización y uniformidad allí referidas, mediante su acto declarativo primero, punto segundo, los Estados locales –lo que hoy involucra a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– asumieron el compromiso de “Derogar de inmediato los impuestos provinciales específicos que graven la transferencia de combustible, gas, energía, incluso los que recaen sobre la auto generada, y servicios sanitarios, excepto que se trate de transferencias destinadas a uso doméstico”; añadiéndose, a su vez, como aspiración, derogar de inmediato (sin indicar la naturaleza de la prestación pública o la especie tributaria) “... las que graven, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo” (el destacado no obra en el original).

Conforme con la transcripción efectuada, la aplicación de dicha cláusula para la descalificación del “gravamen por el uso del espacio y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública” que se discute en Autos, sería exigible, la demostración, por parte de quien lo invoque, de, al menos, los siguientes extremos: a) en primer lugar, que el tributo en cuestión califica como impuesto –como especie de aquel género–, dados los términos en que fue redactado el acto declarativo primero en orden a la derogación, de lo que, en términos literales, refiere como los “impuestos provinciales” y no en otra categoría tributaria o no tributaria –tasa, contribución especial, canon, tarifa, etc., en los cuales se verifica, en la descripción del presupuesto de hecho, una actividad pública, o un beneficio particularizado en aquel obligado al pago y b) en segundo lugar, que para la hipotética circunstancia de que se decidiera la calificación de la prestación pública como un impuesto, debería haberse probado que el mismo grava la actividad “directa o indirectamente, a través de controles” pues, de lo contrario, y dada la redacción de la cláusula, quedaría fuera del compromiso asumido por los Estados locales.

Más allá de las consideraciones vertidas en el párrafo anterior es del caso destacar que la invocación del “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” ha sido abandonada por la actora al no ser mantenida como cuestión constitucional, tanto al dar respuesta a la expresión de agravios, como en el responde al recurso de inconstitucionalidad articulado por el G.C.B.A., circunstancia que me dispensa de seguir abundando sobre el tópico.

15. A tenor de las consideraciones expuestas, y en la medida en que la actora no ha desdoblado su reclamo respecto del “servicio básico de telefonía nacional e internacional”, que reviste el carácter de “servicio público”, de los “restantes servicios de telecomunicaciones que no califican en tal categoría” y que pueden ser prestados a través de idénticos medios conductores e instalaciones que los primeros nombrados,

valiéndose en ambos casos del uso del espacio y la ocupación de la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo de la vía pública, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el G.C.B.A. en todo su alcance y, en consecuencia, revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en tanto extiende la exención dispuesta por el art. 39 de la Ley 19.798 a los servicios de Internet, transmisión de datos, télex internacional, valor agregado y transporte de señales de radiodifusión, rechazando la pretensión impugnativa articulada por la actora “Telefónica de Argentina S.A.”.

Costas de todas las instancias a la vencida en razón del principio objetivo de la derrota (art. 62, C.C.A. y T.).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto,

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
RESUELVE:

1. Admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
2. Revocar el fallo apelado y rechazar la demanda.
3. Imponer las costas a la vencida.
3. Mandar que se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva.