

8005

## DERECHO ADMINISTRATIVO

### Director

Juan Carlos Cassagne

### Subdirector

Pablo Esteban Perrino

### Secretaria general

Estela B. Sacristán

### Consejo de redacción

Pedro Aberastury (h) - Alberto B. Bianchi - Pedro J. J. Coviello -  
Beltrán Gambier - Agustín Gordillo - Ricardo M. Ortiz -  
María Jeanneret de Pérez Cortés - Daniel F. Soria - Guido S. Tawil

### Secretarios de redacción

Denise L. Bloch - Ezequiel Cassagne - Juan G. Corvalán - Julio C. Durand -  
Miriam M. Ivanega - Fernando Juan Lima - Jorge I. Muratorio -  
Marisa L. Panetta - Gustavo Silva Tamayo - María Susana Villarruel

### Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Una publicación de  
**AbeledoPerrot SA**  
Carlos Pellegrini 887,  
1º piso (C1009ABQ),  
Buenos Aires,  
Argentina

**Director Editorial**  
Alejandro P. F. Tuzio

**Redacción**  
Leandro T. Pacheco Barassi

**Producción**  
Raúl Hernández Torrez

ISSN 1851-0590

2008

AÑO 20

# DERECHO ADMINISTRATIVO

---

Revista de Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Práctica

---

Director: **Juan Carlos Cassagne**

 **AbeledoPerrot®**

mativos que formulen la adhesión respectiva, deberán contemplar expresamente las medidas establecidas en el último párrafo del art. 3º de la presente ley.

Art. 14.- Comuníquese, etc.

## LOS CARGOS ESPECÍFICOS DE LA LEY 26.095 (UN COSTO, DESAGREGADO, MUY ESPECIAL, Y LAS ENSEÑANZAS DE MARIENHOFF)\*\*

por ESTELA B. SACRISTÁN

### I. INTRODUCCIÓN

Estas líneas tienen por objeto indagar en una cuestión de relevancia —que seguramente hubiera llamado la atención del maestro Marienhoff—, inserta en el marco de la emergencia cuya declaración viene renovándose casi mecánicamente desde enero de 2002. Se trata de la cuestión de los denominados “cargos específicos” de la ley 26.095. Esos cargos se hallan enderezados a sufragar inversiones en materia energética, aspecto trascendente en los servicios públicos de transporte de gas y electricidad y de distribución de gas y electricidad, segmentos a los que se atiene este trabajo.

La facturación de dichos cargos, a los usuarios alcanzados, ha comenzado a suscitar la posterior impugnación judicial de aquéllos. Así, comenzó a generarse una progenie de resoluciones y sentencias judiciales, emanadas —en lo principal— de la justicia en lo contencioso-administrativo federal, que merecen atención. Es que, no obstante ser nuestro ordenamiento uno de derecho codificado, se opera en nuestro medio, al igual que en los ordenamientos basados en el precedente judicial, el fenómeno de la interpretación judicial de la ley codificada: “Una ley sancionada inmediatamente se vuelve objeto de interpretación judicial”<sup>1</sup>.

Es por ello que escribir sobre los cargos específicos, creados por la ley 26.095, equivale a repasar su articulado, y a indagar en la interpretación judicial de éste. Ello,

<sup>1</sup> DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982, ed. facsimilar de la 8ª ed. de Macmillan, 1915, p. 269; también citado en CAPITANT, Henri, “Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes”, LL, Páginas de Ayer, año 1, nro. 7, diciembre/2000, ps. 11/19, esp. p. 12.

\*\* Trabajo basado en la exposición efectuada en las Jornadas “Tendencias actuales del derecho administrativo argentino”, Procuración del Tesoro de la Nación, Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, el 18/12/2007 (doctora María José Rodríguez, directora), evento impulsado por iniciativa de los doctores Gustavo Silva Tamayo y Patricio Sammartino.

empero, en el marco del estado de las apelaciones que han sido deducidas y que, en caso de que, eventualmente, será la Corte Suprema la que brinde la decisión final sobre el régimen en cuestión.

### 1. Un régimen llamativo

Los cargos creados por la ley 26.095 son, en sí mismos, llamativos. Ello, en especial, desde el punto de vista de la igualdad en sentido llano: por mandato legal, los cargos creados no se facturan a todos los usuarios, pues hay usuarios exceptuados que no tienen que sufragarlos.<sup>2</sup> Además, benefician, teóricamente, a todos los usuarios que consumen energía, con lo que se generarían beneficiarios que no han sufragado previamente inversiones que los benefician.<sup>3</sup> Y se exceptúa de ellos —entre otros— a los usuarios residenciales.<sup>4</sup>

A modo de ejemplo, un usuario residencial de un club de campo de Pilar, provincia de Buenos Aires, podría, hipotéticamente, ser beneficiario, en forma gratuita —sin mediar pago—, de las inversiones, en transporte de gas, repagadas mediante los cargos que sufragan grandes usuarios, como las empresas fabricantes de concentrados de jugo de naranjas localizadas en la provincia de Tucumán.

### 2. Un régimen necesario

A todo evento —y ello debe puntualizarse desde ya—, esos cargos específicos hacen a inversiones en obras calificadas como necesarias para los segmentos —en lo que aquí interesa— de transporte y distribución de electricidad o gas.

2 Ley 26.095, art. 9º: "(...) El Poder Ejecutivo nacional podrá exceptuar a las categorías de pequeños usuarios que determine, del pago de los cargos específicos para el desarrollo de obras de infraestructura energética". En los hechos, la resol. MP/FP/S 2008/2006 establece, en el art. 2º, que "quedarán excluidos (...) los segmentos correspondientes a consumos Residenciales, Usuario GNC y Categoría General P sub-categorías SGP1 y SGP2" (los destacados no son los originales).

3 El art. 9º, ley 26.095, escinde dos figuras: los "beneficiarios" de las inversiones, por un lado, y determinados "usuarios" que pagan los cargos, por el otro. El dec. 1216/2006, reglamentario de la ley 26.095, considera que se "beneficia a todos los usuarios de energía" (consúltese el art. 4º) (el destacado no es del original). Por ende, puede haber beneficiarios previamente exceptuados del pago.

El sistema de los cargos de la ley 26.095 crea, de tal modo, *free riders* o "polizones" que se benefician gratuitamente: un usuario residencial, sin importar la valuación de su residencia, podría ser beneficiario de las inversiones en los términos de la ley.

4 Ley 26.095, art. 9º que ha generado la reglamentación, resol. 2008/2006, por cuyo art. 2º "quedarán excluidos (...) los (...) consumos residenciales (...)".

5 El art. 1º, ley 26.095, expresa: "El desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad, constituye un objetivo prioritario y de interés del Estado nacional". A su turno, el dec. 1216/2006 alude a "(...) [necesidades de infraestructura energética (...)] inversiones en infraestructura que necesita concretar el país (...) futuras expansiones (...)".

Apelatedo

otras palabras, se hallarían signados por la necesidad. Esa necesidad es determinada oficialmente.<sup>6</sup>

Y el argumento de la necesidad —como es imaginable— puede tener suficiente entidad para preterir otras exigencias más terrenas, como esa sana regla de moral que dice que, en la medida de las propias posibilidades, debo hacerme cargo de los costos derivados de lo que me beneficia.<sup>7</sup>

### 3. Propiedad del producido

Por último, se trata —cabe considerarlo desde ya— de importes, facturados y cobrados a ciertos usuarios, que no son ni de la licenciataria o concesionaria, ni del Tesoro.<sup>8</sup> Nutrirán a un fideicomiso, cuenta o fondo de la esfera del Ministerio de Planificación que aúna caracteres insipirativistas y insipublicistas.

### 4. Plan de exposición

Este trabajo repasa, inicialmente, aspectos generales de las modificaciones que se han suscitado en materia de inversiones en transporte de gas y de electricidad a partir de la sanción de la ley 26.095, lo cual remite a ponderar, también, otras medidas legislativas dictadas entre enero del 2002 y la fecha de sanción de aquella ley (sección II). Seguidamente, se vuelve la atención hacia la jurisprudencia que se ha generado alrededor de aquella ley en razón de las impugnaciones judiciales que se plantean (sección III), confrontando decisiones cautelares y sentencias dictadas en acciones de amparo. Por último, se confronta esa jurisprudencia con las enseñanzas de Marienthoff en una materia específica: el método en el derecho administrativo. Ello, a fin de echar luz sobre las interpretaciones judiciales suscitadas en torno a dos aspectos de la infraestructura energética que necesita el país (...): resulta necesario reglamentar los preceptos contenidos en la ley 26.095 para su inmediata aplicación" (los destacados no son de los originales).

6 El art. 1º, ley 26.095, alude al: "[i]nterés del Estado nacional". A su turno, el dec. 1216/2006 alude a "(...) [i]nversiones (...) que necesita concretar el país (...) expansiones (...) que necesita el país..." (los destacados no son de los originales).

7 Ello, sin perjuicio de que, ante la imposibilidad de afrontar los costos, sea procedente la inserción del caso en un régimen de excepciones por razones de equidad; puede ampliarse, para las tarifas, en nuestro Régimen de las Tarifas de los servicios públicos, Abaco, Buenos Aires, 2007, ps. 148/181, esp. ps. 172/173. Allí se propone —entre otras muchas posibilidades— que el costo respectivo sea distribuido entre los restantes usuarios (y no entre ciertas clases de usuarios).

8 Art. 7º, ley 26.095 (se "facturarán y percibirán los cargos específicos [...] por cuenta y orden de los fideicomisos creados [...]"); art. 10, dec. 1216/2006 ("...con la finalidad de garantizar la transferencia inmediata de los cargos [...] hacia el correspondiente Fondo Fiduciario, la recaudación de los cargos específicos deberá ser depositada en una cuenta creada a tal efecto y para cada obra en el ámbito del respectivo Fondo Fiduciario. Establécese que en ningún caso podrá considerarse a los cargos específicos como parte integrante del flujo de fondos de la licenciataria o concesionaria que los factura o percibe").

is puntuales de los cargos específicos: su naturaleza jurídica, y el recaudo de audiencia pública (o de alguna clase de participación) en forma previa a su fijación y facturación (sección IV).

#### . LAS INVERSIONES EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA

##### . Dos caras de una misma moneda

Hablar de inversiones y de tarifas es, en cierto modo, referirse a dos caras de una misma moneda, pues las primeras hacen a costos y las segundas hacen a recursos para sufragar esos costos. Es que la tarifa remunera, entre otros rubros, las inversiones.<sup>9</sup>

En otras palabras, suele definirse a la tarifa como una lista de precios<sup>10</sup>, esos precios corresponden a la provisión de un servicio; dado que para prestar el servicio acordado habrá que realizar las inversiones acordadas, la tarifa del usuario vendrá a remunerar, entre otros conceptos (sueldos, gastos corrientes, etc.), dichas inversiones, las cuales, una vez perfeccionadas, lo beneficiarán.

##### . Identidad

En el supuesto explicitado en el acápite precedente, hay identidad entre el usuario que hace frente al costo por inversiones y el beneficiario de ellas; identidad entre el proveedor de las inversiones y el prestador del servicio, e indivisión de los costos, pues la tarifa cubre, indistintamente, además de las inversiones, la sumatoria de otros costos, tales como sueldos, gastos corrientes, etc.

Este aspecto es relevante pues, *infra*, se verá cómo esta identidad e indivisión pueden modificarse, como, de hecho, sucede por ley 26.095.

##### . Épocas de emergencia

Con la declaración de la emergencia generalizada, en enero del 2002, se suspendieron, mientras dure la emergencia declarada por el Congreso, los regímenes de inversiones emergentes de la aplicación de fórmulas que prevían, además, de la aplicación de un índice, la instrumentación de un objetivo de eficiencia y la de un objetivo e inversiones. Es que, al inaplicarse —siquiera provisionalmente— el índice, se terminó desbaratando cada fórmula integralmente.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas en la concesión de servicios públicos en la Argentina de Derecho Administrativo", Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, año I, noviembre 1971, no. 2, p. 53 y ss., esp. p. 56.

<sup>10</sup> MAIRAL, Héctor A., "La determinación de las tarifas...", cit., p. 53; MARENHOF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 137; RÍO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares, Granada, 1999, p. 529; BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2001, p. 327; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 8ª ed. act., Abeledo-Perrot - LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 430.

<sup>11</sup> Puede verse nuestro Régimen de las tarifas..., cit., ps. 393/401.

Así quedó, a cargo de las concesionarias y licenciatarias prestadoras, sólo la operación y mantenimiento. Pero era necesario hacer frente a las inversiones, que no podrían ser asumidas por las empresas prestadoras en razón de la mentada descontratación operada, que les vedaba obtener el repago de éstas por caída de las fórmulas contractualmente previstas. Así, se generaron diversas soluciones, que en seguida se ilustran.

##### 4. Un ejemplo proveniente del transporte y distribución de gas

Puede citarse, a modo de ejemplo, la experiencia en inversiones en transporte y distribución de gas en épocas de emergencia declarada: a partir del 2002, en esos segmentos, se implementaron inversiones regladas por medio de la resol. Enargas 2877/2003. Posteriormente, se estableció el régimen del dec. 180/2004. Asimismo, cuando mediante renegociación perfeccionada, surgieron los acuerdos de inversiones contenidos en dichos acuerdos de renegociación; tal el caso de la licenciataria Gas Ban. Finalmente, se ha dictado la ley 26.095, de creación de los "cargos específicos" para enjugar inversiones —en lo que hace a este ejemplo— en transporte y distribución de gas. Así, se dio nacimiento a diversos efectos, que en seguida se enumeran.

##### 5. Primer efecto: segmentación residencial según consumo de gas

La emergencia ha parcelado a los usuarios. El régimen existente a la época de la sanción de la ley 26.095 prevía un solo rango tarifario en lo que hace a los consumidores residenciales (R) de gas; en cambio, luego de la emergencia se detectan tres rangos tarifarios, residenciales, según los volúmenes consumidos<sup>12</sup> (R1, R2 y R3). También se introdujo una tarifa social<sup>13</sup>, inexistente antes.

##### 6. Segundo efecto: otras segmentaciones según consumo de gas

La emergencia también ha parcelado de manera diversa a pequeñas y medianas empresas, comercios y entidades oficiales (SGP) que utilizan gas. Donde anteriormente había tres rangos tarifarios, se han generado consecuentemente diferentes, emergentes del nuevo tratamiento: dos primeros rangos similares al residencial en punto al precio del gas<sup>14</sup> (SGP1 y SGP2); un tercer rango con tratamiento similar al de los grandes usuarios para el precio de aquí<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 10, inc. a), dec. 181/2004, y su Anexo I.

<sup>13</sup> Art. 10, inc. d), dec. 181/2004: "Los umbrales y criterios de pertenencia al grupo de usuarios a los que se aplique la tarifa máxima R1 [residencial 1], deberán ser paulatinamente ajustados, a fin de restringir su alcance a usuarios residenciales del servicio cuyo menor poder de compra y necesidad de suministro justifiquen su permanencia en el mismo, y ello así, de conformidad con las disposiciones que a tal efecto [se] determinen...."

<sup>14</sup> Art. 11, inc. a), dec. 181/2004.

<sup>15</sup> Art. 11, inc. b), dec. 181/2004.

### 7. Tercer efecto: tarifas crecientes según consumo

Asimismo, la emergencia ha borrado, para pequeñas y medianas empresas, comercios y entidades oficiales, la regla conforme a la cual contratar mayores volúmenes permite la negociación de mejores precios entre interesado y proveedor. La regla —y lógica— tarifa decreciente según consumo se ha transformado en tarifa creciente según consumo <sup>16</sup>.

### 8. Cuarto efecto: creación de fondos fiduciarios

Más importante aún, mientras que en los regímenes de las licencias aprobadas por dec. 2255/1992 las licenciatarias del transporte y distribución de gas financiaban las inversiones con sus propios recursos, y sólo pasaban a recuperarlos mediante tarifa de los usuarios cuando las inversiones comenzaban a operar, la emergencia innovó. Se han creado los fondos fiduciarios, a fondear mediante cargos tarifarios mediante financiamiento internacional <sup>17</sup>. Dichos recursos se destinan a inversiones definidas por el Gobierno <sup>18</sup>.

Los fondos fiduciarios, reglados por el dec. 180/2004, y los cargos creados, inscribieron posteriormente al régimen de la ley 26.095 en virtud del dec. 1216/2006 <sup>19</sup>.

### 9. Quinto efecto: desagregación de un costo

La ley 26.095 establece un tratamiento diferente —único, autónomo— para el costo determinado: el costo por inversiones —en lo que aquí interesa— para el transporte y distribución de gas y electricidad. Ese costo, así individualizado, se aparta, naturalmente, de la caracterización existente antes. En efecto: la tarifa es la lista de precios correspondientes a la provisión de un servicio y cubre, entre otros rubros, las inversiones involucradas en prestarlo; mas en el supuesto de la ley 26.095, el costo por inversiones, ínsitas en la prestación del servicio, se halla seccionado, escindiéndose desagregado de otros costos que la tarifa del prestador remunera <sup>20</sup>.

### 10. Sexto efecto: separación de flujos de fondos

La mencionada ley ha escindido el flujo de fondos del prestador del servicio, creando tarifas congeladas antes o en virtud de la ley 25.561 o con tarifas renegociadas: ibidem.

<sup>16</sup> Ampliar en MARTÍNEZ, Néstor - VÁZQUEZ, Claudio, "Taller. Sector Gas", Seminario Internacional de servicios públicos y regulación económica, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Austral, 5/9/2005, inédito.

<sup>17</sup> Dec. 180/2004, esp. art. 1º.

<sup>18</sup> Dec. 180/2004, art. 3º, por el cual el Ministerio de Planificación dicta las normas para "calificar" a una obra como comprendida en el régimen, o no.

<sup>19</sup> Art. 14, dec. 1216/2006: "Los fondos fiduciarios creados en virtud de lo dispuesto por el dec. 180/2004, y los cargos específicos ya creados para financiar las obras a que se destinan dichos fondos, se regirán por lo previsto en la ley 26.095 y en el presente decreto".

<sup>20</sup> Arg. ley 26.095, arts. 2º, 5º y 7º.

dicha ley—, v.gr., el concesionario o licenciatario, que era el que financiaba las inversiones y las recuperaba posteriormente, por un lado; y, por el otro, el flujo de fondos de quien enfrentará el repago de las inversiones comprendidas en la ley 26.095, v.gr., el fideicomiso <sup>21</sup>.

### 11. Séptimo efecto: escisión usuarios-beneficiarios

Además, la ley distingue, por un lado, usuario que paga el costo por inversiones, y beneficiario de la inversión, con lo que deja de haber identidad entre el usuario que hace frente al costo por inversiones y el beneficiario respectivo, con balcones al subsidio cruzado entre usuarios en lo que a las inversiones sujetas a la ley 26.095 se refiere <sup>22</sup>.

### 12. Octavo efecto: escisión cobrador-acredor

En el régimen mentado, el concesionario o licenciatario —prestador— factura y percibe los cargos "por cuenta y orden" del fideicomiso, acreedor de los cargos <sup>23</sup>. El usuario conoce el monto del cargo, pues aparece, en su factura, en un renglón por separado.

### 13. Noveno efecto: desplazamiento temporal

Apelando a la comparación con el régimen de la ley 24.076, la individualización del costo por inversiones no parecería ser novedoso. Ahora, la ley 26.095 no marca, como punto inequívoco de inicio de la aplicación del cargo a la factura del usuario, la puesta en operaciones de la inversión, sino que incluso la mera "definición" del proyecto puede generar esa aplicación. De tal modo, en el supuesto descrito —mera definición del proyecto— son los usuarios alcanzados por la aplicación del cargo quienes hacen frente al costo de financiamiento de las obras <sup>24</sup>.

### 14. Recapitulación

De acuerdo con lo expuesto, el régimen de épocas de normalidad, donde la tarifa naturalmente remuneraba, entre otros costos, inversiones, financiadas por la prestadora, ejecutadas por ella y remuneradas por todos los usuarios beneficiarios una vez que ellas hubieran comenzado a operar, se modificó ante la declaración de la emergencia. De tal modo, desapareció un régimen íntegramente justo para los usuarios.

<sup>21</sup> Art. 10, dec. 1216/2006: "[E]n ningún caso podrá considerarse a los cargos específicos como parte integrante del flujo de fondos de la licenciataria o concesionaria que los factura o percibe".

<sup>22</sup> Arg. art. 9º, párr. 2º, ley 26.095, y art. 2º, resol. MP 2008/2006.

<sup>23</sup> Art. 7º, ley 26.095.

<sup>24</sup> Art. 9º, ley 26.095: "Los cargos específicos serán aplicables una vez definido el proyecto o iniciada la construcción de las obras asociadas al mismo o en su caso, desde el momento en que el o los beneficiarios de aquéllas puedan disponer del uso y goce de las mismas".

La ley 25.561 colocó oficialmente en un paréntesis — que ya lleva más de seis años — los regímenes tarifarios contractuales, y desnudó, paulatinamente, la realidad de qué había que hacer frente a inversiones necesarias, que debían ser remuneradas. En el sector del gas, la emergencia parceló a los usuarios residenciales, modificó las consecuencias jurídicas para los usuarios del servicio general a pequeñas y medianas empresas, comercios, y entidades oficiales, y desplazó la regla de tarifa decreciente a mayor consumo.

Finalmente, la emergencia prohibió los fondos fiduciarios, que se nutren de cargos específicos, de cuyo pago están exceptuados los pequeños usuarios. Estos cargos se presentan un costo desahogado de la tarifa, ajeno al flujo de caja del prestador de servicio público. El cargo alcanza sólo a ciertos usuarios, pues se permiten excepciones, con lo que puede haber usuarios beneficiados gratuitamente. El cargo es cobrado por el prestador por cuenta y orden del fideicomiso, con lo que no son ni del prestador ni del Tesoro. Finalmente, el cargo podrá comenzar a ser facturado ante la misma definición del proyecto de inversión.

### III. LAS IMPUGNACIONES JUDICIALES AL RÉGIMEN DE LA LEY 26.095

Como se adelantara al comienzo de este trabajo, la facturación de los cargos creados por la ley 26.095 ha generado impugnaciones en sede judicial. Esas impugnaciones se han concretado mediante peticiones cautelares y acciones de amparo de la ley 16.986.

#### 1. Principales planteos

Son múltiples los planteos efectuados en sede judicial, en el marco de acciones de amparo. Empero, pueden identificarse dos de relevancia: (i) la naturaleza jurídica de los cargos tarifarios; (ii) el recaudo de participación previa, en especial, mediante audiencia pública.

El primer aspecto es importante, pues depara la aplicabilidad o inaplicabilidad del principio de reserva de ley tributaria a los cargos específicos. El segundo es igualmente trascendente, pues involucra la validez o nulidad del procedimiento que culmina con la facturación del cargo al usuario. Al primero de estos temas se han referido Berra y Serrano en un estudio que aparece en este ejemplar de la RDA, al cual cabe también remitir, sin perjuicio de las reflexiones que siguen.

#### 2. El problema de la naturaleza jurídica

La cuestión de la naturaleza jurídica de los cargos específicos de la ley 26.095 puede ser encarada como un rasgo trascendente, o como un aspecto casi baladí. Hemos aprendido, en las aulas, que la asignación de una naturaleza jurídica a un sujeto genera la aplicación de un determinado régimen jurídico. Y en el supuesto que suscita estas líneas, el mentado aspecto no es menor. En efecto, se trata de averiguar si

los cargos específicos, en tanto tributos, se hallan alcanzados por el principio de reserva de ley tributaria y por la veda de delegación legislativa, o si, por el contrario, al no ser tributos (v.g., al poseer naturaleza tarifaria), resultan ajenos a ese principio y plenamente pasibles de dicha clase de delegación. Veamos qué entendió la jurisprudencia.

a) *Medidas cautelares*: En el marco de peticiones cautelares, el argumento de la igualdad en relación con los impuestos incoado por una cooperativa actora fue de sólido, pues la respectiva resolución, que concedió la medida cautelar solicitada, ponderó la igualdad ante la ley<sup>26</sup>. En otra causa, la razonabilidad, igualdad y proporcionalidad de las cargas públicas invocadas por la cementera actora fueron parcialmente aceptadas en la resolución, que, para otorgar la tutela cautelar solicitada, consideró que se podía estar ante un recurso tributario con características de contribución directa, cuyo plazo de vigencia debía ser fijado por ley formal, o bien ante un aumento de la tarifa<sup>27</sup>. Dentro del estrecho espacio para el pronunciamiento cautelar se ha puntualizado que los cargos específicos son aportes a los fondos de los fideicomisos<sup>28</sup>. La indefinición emergente de estas resoluciones, en relación con la cuestión de la naturaleza jurídica de los cargos específicos, es propia del limitado ámbito de conocimiento de esta clase de planteos; es en el marco de las acciones de amparo que se han brindado las precisiones.

b) *Acciones de amparo*: Así, el Ministerio Público, en ocasión de dictaminar en "Turbine Power"<sup>29</sup>, se pronunció en punto a la naturaleza jurídica de los cargos específicos. El respectivo planteo fue incoado por la empresa actora, planta térmica que produce energía eléctrica abasteciéndose de gas natural. Dicha empresa arguyó que los cargos tenían naturaleza tributaria, que eran asimilables a las contribuciones específicas y que, en el caso, se soslayaba el principio de legalidad en materia tributaria. La Fiscalía citó y transcribió pluralidad de antecedentes — en especial legislativos — que le permitieron inferir que el cargo específico tenía naturaleza tarifaria. Ello suscitaba el rechazo de las impugnaciones basadas en la inobservancia del principio de reserva de ley y de igualdad en materia impositiva.

Este dictamen integra la sentencia de primera instancia<sup>30</sup>, que fuera, por otros fundamentos, favorable al planteo de la actora<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Juzg. Fed. 1ª Inst. Civ. Com. y Cont. Adm. n. 1, "Cooperativa de Trabajo San Justo Limitada v. Estado nacional - Ministerio de Planificación y otros s/ordinario", causa 63638, 23/3/2007, esp. consid. (i), párr. 4º.

<sup>27</sup> Juzg. Fed. Mendoza: n. 2, "Química Edile Argentina SA v. ENA y Enargas s/amparo", 14/5/2007, causa 33088/4, consid. III, párr. 7º. En igual sentido, Juzg. Fed. Mendoza n. 2, "CTM Alimentos Naturales SA v. ENA y Enargas s/A.D.I.", 28/8/2007, causa 33582/4.

<sup>28</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 16/8/2007, "Soldano, Domingo - Inc. Med. v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 s/amparo ley 26.986", causa 21453/07, consid. 7, (ii); C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, "INTA SA - Inc. Med. v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y/o otros s/amparo ley 16.986", 25/9/2007, causa 20387/07.

<sup>29</sup> Causa 7738/07 "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986", radicada en el Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 7, dictamen de la Fiscalía Federal del 29/6/2007.

<sup>30</sup> Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 7, "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986", 5/7/2007, causa 7738/07.

<sup>31</sup> En el acápite siguiente se verán las razones para hacer lugar a la demanda de la actora.

En el caso "INTA"<sup>32</sup> también hubo una fundada decisión sobre la naturaleza jurídica de los cargos específicos. La postura de las partes merece ser detallada. La ley 26.095 establece que el cargo que se le había facturado era un impuesto y que tenía naturaleza tributaria; corridos los traslados respectivos, agregó que la naturaleza tarifaria del resultado evidente, pues la falta de pago de éste suscitaba corte del suministro de su turno, el Enargas sostuvo, en forma categórica, que los cargos específicos no eran naturaleza tarifaria<sup>34</sup>. Por último, el Estado nacional —Ministerio de Planificación— afirmó que los cargos específicos se abonaban junto con la tarifa, pero que no forman parte de ella; que no se trata de tarifas, las que sirven para el pago del servicio, sino que se vinculan con sus costos, pues el cargo específico se paga en forma conjunta con la tarifa, pero se separa perfectamente en la factura y va al fondo del fideicomiso, lo que la licenciataria lo cobra por cuenta y orden del fideicomiso; y que los cargos específicos están comprendidos en un régimen jurídico propio, autónomo<sup>35</sup>.

La medullosa competencia de primera instancia concluyó en la naturaleza tributaria de los cargos impugnados. Para así resolver, entendió que: (i) la indeterminación en el contrato sobre la naturaleza jurídica surge de los debates parlamentarios, incluso los legisladores que votaron a favor lo hicieron invocando fundamentos similares<sup>37</sup>; (ii) sostuvieron la naturaleza de tributos de los cargos específicos; (iii) los senadores Moroni y Chironi y los senadores Martínez, González de Duhalde, Rosendo y Naidenoff, señalaron la naturaleza de impuestos de los cargos específicos; (iv) los senadores Gluberg y Iglesias y los senadores Terragno y Sanz; el diputado Pineda y el senador Morales hablanse referido a ellos como contribuciones; el diputado Galván y el senador Rodríguez Saa y Gómez Diez los consideraban contribuciones, especies o especiales; el diputado Snopce aludió a contribuciones de mejoras; (v) los senadores —diputados Mediza, Cicogna y Bertone y senadora Fernández de Kirchner— pronunciaron por el carácter no tributario de los cargos específicos, pero sin que categoría encuadraban; otros legisladores, además de sostener el carácter tributario del cargo, lo calificaron: el diputado Ríos, como aporte sui generis, el senador Capitanich, como extensión del concepto de tarifa, y el senador Pichetto, como prolongación de la tarifa; la diputada Cassese reconoció la ausencia de tipificación de los cargos específicos por no existir tal figura en materia tributaria, y el legislador se refirió a un nuevo instituto de recaudación<sup>38</sup>. (iii) la incoherencia en las leyes superada mediante el principio de *idra novit curia*<sup>39</sup>; (iv) los cargos

específicos creados por la ley 26.095 son de naturaleza tributaria, pues se trata de una prestación obligatoria, en dinero, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio y que da lugar a relaciones jurídicas de derecho público: específicamente, son contribuciones parafiscales, con destino específico, ubicadas fuera del presupuesto, obtenidas mediante coacción del Estado o de otros entes<sup>40</sup>; (v) aunque la ley 26.095, art. 2º, alude a "aportes", el Estado no se halla eximido de acatar el principio de reserva de ley en materia tributaria (arts. 4º, 17, 52 y 75 Inc. 2º, CN), que alcanza a impuestos y a toda detracción que se haga al contribuyente, estén vinculados o no a la prestación de un servicio<sup>41</sup>; (vi) ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones<sup>42</sup>; (vii) la ley 26.095 delega en el PEN la determinación del valor de los cargos específicos, y los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales el art. 76, CN, autoriza, la delegación legislativa<sup>43</sup>; (viii) en el caso, el actor debe entre \$ 30.000 y \$ 40.000 (cargos específicos); alrededor de \$ 35.000 (transporte y distribución de gas); si no paga el cargo específico, se le cortará el suministro; y el aumento de la factura, por incidencia del cargo, es de entre el 100 y el 150%, por lo que es irrazonable<sup>44</sup>.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal adoptó una postura diversa respecto de la naturaleza jurídica de los cargos específicos. En la causa "Insugra"<sup>45</sup>, dicha Cámara revocó la sentencia de primera instancia y rechazó la acción de amparo. Al así resolver, consideró que: (i) la inconstitucionalidad planteada remite al análisis concerniente a la finalidad y naturaleza jurídica de los cargos específicos<sup>46</sup>; (ii) ello presenta particular complejidad y desborda el ámbito de la

40 Consid. IX de la sentencia citada en n. 32, con cita de GIULIANI FOUROUÉ, Carlos M., "Acerca de la llamada parafiscalidad" AA.VV., *Ensayos sobre administración, política y derecho tributario*, Buenos Aires, 1968, p. 1 y ss. (también publicado como GIULIANI FOUROUÉ, Carlos M., "Acerca de la llamada 'parafiscalidad'", LL 126-1967-910/925), para fundar el encuadre de las contribuciones fiscales en el género tributos.

41 Consid. XIII de la sentencia citada en n. 32, con cita de JARAQU, Dino, *Curso superior de derecho tributario*, Cima, Buenos Aires, 1957, p. 295 y ss.

42 Consid. XIII de la sentencia citada en n. 32, con cita de "Exes Argentina SA", Fallos 316:2329 (1993), "La Bellaca SAACIF", Fallos 319:3400 (1996), y "Berkeley International ART SA", Fallos 323:3770 (2000).

43 Consid. 19 de la sentencia citada en n. 32, con cita de "Salcico SA v. Jefatura de Gabinete de Ministros", Fallos 326:4251 (2003).

44 Consids. 24 y 25 de la sentencia citada en n. 32.

45 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, causa 7332/07, "Insugra SA v. EN - ley 26.095 - dec. 1216/2006 - Ministerio de Planificación resol. 2008/2006 y/o y otros v. amparo ley 16.986", del 26/6/2008, proveniente del Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. nro. 10 (sentencia referenciada en las notas al pie que siguen). En igual sentido, C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, "Ghiardiini, Sergio M. v. EN - dec. 1216/2006 - Ministerio de Planificación y otro s/amparo ley 16.986", del 26/6/2008, causa 32729/07, publicada en [www.eldial.com](http://www.eldial.com).

46 Consid. VI de la sentencia citada en n. 45.

12 Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 9, "INTA SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación resol. 2008/2006 y/o y otros s/amparo ley 16.986", 9/11/2007, causa 8563/07.

13 Consids. I, V y VII de la sentencia citada en n. 32.

14 Consid. III de la sentencia citada en n. 32.

15 Consid. IV de la sentencia citada en n. 32.

16 Consid. VII de la sentencia citada en n. 32.

17 Consid. VII de la sentencia citada en n. 32, con cita de SILVERTI, Elena M., "Cargos tributarios encubiertos?", *ResPublica Argentina*, Rap, Buenos Aires, 2006-2-44.

18 Id., n. 37.

19 Consid. VIII de la sentencia citada en n. 32.

acción de amparo 47; (iii) los legisladores que finalmente votaron el proyecto respectivo precisaron que los cargos específicos participan de la misma naturaleza que las tarifas retributivas del servicio público, aunque estrictamente no concurren con ellas 48.

En la causa "INTA" 49, la Cámara revocó la sentencia anterior y rechazó la acción de amparo incoada por el actor. En punto a la naturaleza jurídica de los cargos específicos, sostuvo que: (i) según el dictamen mayoritario de diversas comisiones parlamentarias partes pertinentes del cual se transcriben en la sentencia, se reñutaba la naturaleza de tributos, concluyéndose en que debían ser considerados una extensión de la tarifa 50; (ii) el senador Capitanich sostuvo que los cargos específicos son servicios públicos que se trata de la extensión del concepto de tarifa que cubre, en principio, inexorablemente, la inversión; que se organiza un sistema de financiación con un concepto vinculado con la extensión de la tarifa; que deben considerarse obras públicas que hacen a la organización de la construcción o realización de ellas; y (iii) la mayoría del Senado sostuvo que los cargos en cuestión son parte componente de los servicios públicos de transporte y distribución de gas 52.

### Las audiencias públicas

Como se recordará, el art. 5º, dec. 1216/2006, reglamento que es, a la vez, el decreto de ejecución, menciona las audiencias públicas. Dicho artículo instruye al Poder Ejecutivo a convocar a audiencias públicas, a través de la Secretaría de Energía, a los legisladores, "convoque a audiencia pública", "previo a la fijación del valor de los cargos específicos", "en aquellos casos que las normas aplicables a cada segmento de servicio público, pareciera claro que lo que el citado decreto quiso es que se aplicaran las normas aplicables al segmento (por ejemplo, el marco regulatorio), y se le otorgara el amparo que se subsumía en una de las normas que exigían la participación en la audiencia pública.

A modo de ejemplo, si la reglamentación de la ley 24.076 fija la participación en el dictado de un acto de alcance general (pudiéndose disponer una audiencia pública si la cuestión fuere trascendente) 53, ese supuesto generará la participación en la audiencia pública.

7 Consid. VI de la sentencia citada en n. 45.

8 Consid. VI de la sentencia citada en n. 45.

9 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 8/7/2008, "INTA SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Energía y Combustibles - resol. 2008/2006 y/o otros s/amparo ley 16.986", causa 8563/07.

10 Consid. VIII.1 de la sentencia citada en n. 49.

11 Consid. VIII.2.2 de la sentencia citada en n. 49.

12 Consid. X de la sentencia citada en n. 49.

13 Dec. 1738/1992, reglamentación de los arts. 65 a 70 de la ley 24.076, inc. 10. Las normas generales serán precedidas por la publicidad del proyecto o de sus partes, a concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Si no se presentaran observaciones, el proyecto podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando

se dicta (Incluso mediante audiencia pública) previo a la fijación del valor del cargo que alcanzará a un universo indeterminado de usuarios (restados los exceptuados).

En otras palabras, (i) si la ley 24.076 y su reglamentación (especialmente el inc. 10 de la reglamentación de los arts. 65 a 70, dec. 1738/1992) son aplicables al transporte y distribución de gas; (ii) si el transporte y distribución de gas están alcanzados, en lo relativo a inversiones, por la ley 26.095 54; (iii) si el cargo específico alcanza indeterminadamente a un universo de usuarios (restados los exceptuados), con lo que, para esos usuarios, es un acto de alcance general; se sigue que rige la exigencia de participación previa (incluso mediante audiencia pública), previa a la fijación del cargo, bajo el art. 5º, dec. 1216/2006.

Otro camino que conduce a igual conclusión es hallar el paralelismo con los "planes K" del dec. 2255/1992: si desde 1992 mientras imperaran las reglas contenidas en las reglas básicas de la licencia aprobadas por dicho decreto, se celebraron invariablemente y en todos el país las audiencias públicas previas al dictado del acto de aprobación del "factor K" u objetivo de inversiones a cumplir por la licenciataria, no se advierten razones para apartarse de tal régimen cuando se acuerda oficialmente, con un tercero, la realización de la inversión 55 al amparo de la ley 26.095.

La grandilocuencia del art. 5º, dec. 1216/2006, empero, parecería haber devenido, en los hechos, letra muerta, razón por la cual mereció cuidadosa consideración, en sede del Ministerio Público así como en sede judicial. Veamos:

a) Medidas cautelares: Para acoger la medida cautelar solicitada en el marco del régimen que nos ocupa, se ha señalado que se consideró prioritario instrumentar para la determinación del cargo, "un procedimiento adecuado para su correcta fijación y ajuste, promoviendo incluso la participación ciudadana mediante audiencias públicas" 56.

También se ha otorgado tutela cautelar en un caso planteado por una fábrica de cerámicos; para así resolverse se entendió que había verosimilitud en el derecho invocado, pues "no se habrían cumplimentado los recaudos establecidos por la normativa del dec. 1216/2006 a los fines de reglamentar las previsiones de la ley 26.095, ya que no se habría convocado ni desarrollado la audiencia pública prescripta por el art. 5º del citado decreto para la fijación del valor de los 'cargos específicos' destinados a atender el desarrollo de las obras de infraestructura energética" 57.

b) Acciones de amparo: En el campo de las acciones de amparo, se divisan dos opiniones opuestas sobre las audiencias públicas de la ley 26.095 y su reglamentación:

percusión pública del tema así lo justifique".

54 Arg. ley 26.095, arts. 1º y 2º.

55 Art. 12, dec. 1216/2006: el Ministerio de Planificación "suscribirá los acuerdos y/o convenios (...) con entidades (...) privadas, a fin de llevar adelante las obras (...)".

56 Juzg. Fed. Mendoza n. 2, "Chimica Edile Argentina SA v. ENA y Enargas p/amparo", 14/5/2007, causa 33088/4, consid. III, párr. 8º. En igual sentido, Juzg. Fed. Mendoza n. 2, 28/8/2007, "CTM Alimentos Naturales SA v. ENA y Enargas s/A.D.I.", causa 33582/4.

57 Juzg. Fed. 1ª Inst. Civ. Com. y Cont. Adm. Lomas de Zamora, n. 3, 24/4/2007, "Industrias Cerámicas Lourdes", publicado en LLBA 2007-933; LL Suplemento Administrativo, septiembre 2008, p. 72.



ón: la de la Fiscalía ante los juzgados en lo contencioso-administrativo federal, y la del Fiscal General ante la respectiva cámara de apelación.

En la causa "Turbine Power"<sup>58</sup> el dictamen de fiscal Canda —que propiamente a la acción de amparo por haberse omitido la audiencia pública— real-  
 adoso análisis que puede sintetizarse así: (i) de la motivación del dec. 1216/2006, emanada en el art. 5º —surge la voluntad del Poder Ejecutivo de poner en  
 procedimiento de la audiencia pública previo a la determinación del valor de  
 s específicos; (ii) como el cargo específico tiene naturaleza tarifaria, es apli-  
 y 24.076, arts. 46 y 47; (iii) las "normas aplicables a cada segmento de gas"  
 canzado por la ley 26.095" (art. 5º, dec. 1216/2006) son —para el caso—  
 s del Marco Regulatorio, sus complementarias y reglamentarias y dicho mar-  
 orio establece, con anterioridad a toda modificación tarifaria, la necesidad de  
 audiencia pública (arts. 46 y 47, ley 24.076); (iv) en el caso no se realizaron  
 s públicas; (v) el senador Pichetto sostuvo que "no es cierto que sea un  
 ento oscuro. En materia de gas se utiliza lo que se denomina la *open sesion*,  
 un sistema de audiencia pública donde asisten los usuarios, el represen-  
 tado, el Defensor del Pueblo, todos los que quieran ir. En donde se discuten  
 n las obras que hay que llevar adelante, cuáles son las que se necesitan, quié-  
 n tiene controles y participación ciudadana"<sup>59</sup>; (v) es aplicable la distinción  
 ctores Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de  
 s Aires v. Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/1999 s/amparo ley 26.095"  
 859.XXXVI, del 31/10/2006, consids. 13, 14 y 15; (vi) previo a la determina-  
 valor de los cargos específicos se debió convocar a una audiencia pública.  
 desprende del Marco Regulatorio del Gas y del dec. 1216/2006, reglamen-  
 ay 26.095 que crea tales cargos; (vii) la omisión en el debido procedimiento  
 es manifiesta, por lo que debe hacerse lugar a la acción en este aspecto.

Una postura contraria surge del dictamen de la Fiscalía de Cámara en la  
 isa "Turbine Power", opinión que fuera compartida por el tribunal<sup>60</sup>. Para el  
 je la acción de amparo incoada se señaló que "la audiencia pública no es  
 i ineludible exigencia constitucional, máxime en situaciones en que ella no  
 mente establecida por alguna fuente legal, sino que es invocada en una  
 lo opinable que, precisamente en tanto que notoriamente opinable, resiste  
 vía excepcional del amparo"<sup>61</sup>.

Otra postura negativa —y más oscura en cuanto emerge de "INTA", en el cual se  
 A la luz de la ley 26.095, es la Administración la que determina las obras

tar y decide sobre la persona que las realizará (...), sin preverse (...) la previa participa-  
 ción de los usuarios a través del Instituto de la audiencia pública. Si bien ella fue incor-  
 porada en el citado decreto [1216/2006], art. 5º, la obligación de implementar tal  
 audiencia para las obras en expansión que se realicen al amparo de la nueva ley no  
 tiene ya sustento legal"<sup>62</sup> (el destacado no es del original).

Efectuada esta breve reseña jurisprudencial, bien puede tenderse una mirada  
 sobre ella desde la óptica del método adoptado en las diferentes resoluciones y sen-  
 tencias. Ello, en razón de los diversos fundamentos que ellas emplean, rica materia  
 para el contraste con las enseñanzas de Marienhoff sobre los diversos métodos utili-  
 zables en el conocimiento del derecho administrativo.

IV. LAS ENSEÑANZAS DE MARIENHOFF. EL MÉTODO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Me pregunto qué hubiera entendido el maestro Marienhoff sobre la ley 26.095 y su reglamentación. Lo imagino ponderando la inserción de los cargos específicos de esa ley en el plano del derecho financiero, su relación con el régimen de obras públicas para averiguar si las obras en inversiones en transporte y distribución de gas y electricidad lo son bajo esa ley, su vinculación con las contribuciones de mejoras; lo figuro debatido con Giuliani Forroura la naturaleza de los cargos, o viendo —en fin— lo superado por los hechos que se halla el art. 1º, ley 13.064, o reconsiderando su conceptualización de contribuciones.

Si bien es imposible bosquejar sus respuestas, entiendo que si resulta esclarecedor recurrir a su *Tratado* a fin de echar luz sobre un aspecto basilar de los debatidos cargos específicos de la ley 26.095 en tanto aplicados a los segmentos de actividades declaradas servicio público, v.gr. el transporte y distribución de gas y de electricidad. Ese aspecto es el de la metodología adoptada en la jurisprudencia repasada. A tal fin, basta remitir al capítulo quinto del primer tomo de su *Tratado*.

1. Los diversos métodos

Según Marienhoff, en derecho administrativo, se sucedieran diversos métodos, los principales de los cuales son el exegético, el sociológico, el realista y el jurídico<sup>63</sup>. Y cabe puntualizar, desde ya, que propicia utilizar, en derecho administrativo, el método jurídico, mas sin prescindir del método realista como auxiliar<sup>64</sup>.

a) *Método exegético*: El método exegético "se caracteriza por el extraordinario culto hacia la ley escrita": el texto legal nada vale por sí mismo, "sino por la intención del legislador"<sup>65</sup>.

8 Causa 7738/2007, "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986", radicada en el Juzg. Fed. 1º Inst. Contencioso de la Fiscalía Federal del 29/6/2007.

9 Dictamen citado en n. 58, con transcripción de la intervención del senador, 7ª Reunión - 6ª Sesión ordinaria - 26/4/2006.

10 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 16/10/2007, "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986", causa 7738/2007.

11 Sentencia citada en n. 60. En igual sentido, C. Nac. Cont. Adm. Fed., 12/10/2008, "Insugra SA v. EN - ley 26.095 - dec. 1216/2006 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otros s/amparo ley 16.986", causa 7332/07, consid. VI, párr. 89; que es el dictamen de la Fiscalía de Cámara.

62 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 8/7/2008, causa 8563/07, "INTA SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y otros s/amparo ley 16.986", consid. XV.1.

63 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, ps. 335/336, esp. p. 336.

64 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 344/345.

65 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 336.

La aplicación de este método, a fin de conocer la naturaleza jurídica de los cargos específicos, surge en forma patente de algunos de los precedentes reseñados. En el caso "INTA", la Jefe subrogante de primera instancia acudió a él y a la intención del legislador, y demostró que las "intenciones" del legislador habían sido muchas, y que incluso los que habían votado a favor lo habían hecho invocando fundamentos muy similares.<sup>66</sup> Tal estrategia, en la sentencia de primera instancia, pone en evidencia la inadecuación de la confianza en ese método y acerca de lo contraproducente que puede resultar para el progreso de la ciencia.<sup>67</sup> A su turno, en la misma causa, "INTA", la cámara de apelaciones, a los fines de dilucidar la cuestión de la naturaleza jurídica de los cargos específicos, se apoyó en que la Cámara de Senadores no había sido precisa, y transcribió expresiones del senador contador público Jorge M. Capitánich para fundar su postura.

b) *El método sociológico*: El método sociológico hace que, en el conocimiento del derecho administrativo, entren en juego diversos factores: "... el político, el social, el histórico y, sobre todo, el filosófico".<sup>68</sup> La entrada en juego de todos esos factores involucra diversificación de metodologías, dificultando la sistematización.<sup>69</sup>

En alguna de la jurisprudencia repasada se tomaron en cuenta esos factores. De tal forma, y a manera de ejemplo, el factor político surge de la deferencia hacia los "principios y pautas trazados de modo expreso por el Poder Legislativo" que surge de precedente "Soldano".<sup>71</sup> El factor social se advierte, por ejemplo, en "Cooperativa de

66 Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 9, 9/11/2007, "INTA SA V. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y/o y otros s/amparo ley 16.986", causa 8563/07, consid. VII.

67 Ver MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 336.

68 Consid. VIII.2.1 y VIII.2.2 de la sentencia citada en n. 49.

69 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 338.

70 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 339.

71 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 16/8/2007, "Soldano, Domingo - Inc. Med v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 s/amparo ley 16.986", causa 21453/07, consid. 7, (ii): "[Corresponde desestimar el planteo del actor] (...) toda vez que la tensión clara entre el interés público — traducido en la necesidad de efectuar obras de infraestructura unido a la política del Estado nacional en materia energética — y la mayor o menor limitación del costo económico que ello comporta para los particulares, trasunta, en principio, un estudio de la cuestión que exige un mayor debate y prueba propio de la sentencia de mérito, en clara contraposición con la finalidad del instituto cautelar por cuanto la índole de las cuestiones debatidas compromete la vigencia de una actividad cuya ponderación está, por principio, dirigida a la Administración — y que resulta de innegable interés público — en tanto los cargos específicos cuestionados responden y encuadran en preciso fundamento en los principios y pautas trazados de modo expreso por el Poder Legislativo a fin de alcanzar un objetivo calificado como (...) prioritario y de interés para el Estado nacional (...) para el desarrollo de obras de infraestructura energética que atiendan a la expansión del sistema de generación, transporte, y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad". Y ellos constituyen "... los aportes a los fondos de los fiduciarismos constituidos o a constituirse para el desarrollo de obras de infraestructura de gas y electricidad para el desarrollo de obras de infraestructura energética (conf. arts. 1º y 2º de la ley 26.095 de Obras de Infraestructura Energética).

Trabajo"<sup>72</sup>, donde la naturaleza de la entidad actora incidió en la apreciación sobre la admisibilidad de la medida cautelar solicitada. El factor histórico se percibe en la sentencia de cámara en la causa "INTA"<sup>73</sup>, donde se efectúa una cuidadosa reseña, con extensas notas al pie de página, acerca del desarrollo legislativo entre los años 1992 y 2007 para los segmentos de transporte y distribución de gas y de electricidad. Finalmente, el factor filosófico aparece sugerido en la sentencia de primera instancia en la causa "INTA" para desmenuñar la cuestión de la naturaleza jurídica de los cargos, desplazando "supuestas esencias" y atendiendo a las "consecuencias económicas" de su aplicación.<sup>74</sup>

c) *Método realista*: El método realista relativiza temporalmente el derecho: dicho método supone que "el derecho de un país (...) es el conjunto de reglas que en un momento son 'efectivamente' aplicadas por los (...) tribunales"; y una obra de derecho debe contener la exposición de las reglas que el legislador, la opinión pública de los juristas y, en particular, la opinión de los tribunales, declaran ser justas y útiles en un país y momento determinados".<sup>75</sup>

Marienhoff critica este método, pues "no es, por sí mismo, guía segura, ni siempre en su manejo preside el acierto de los investigadores; (...) la ley no es expresión de la voluntad nacional, sino estrictamente la de los diputados y senadores que constituyen el Parlamento, lo que prueba la falacia del método realista".<sup>76</sup> Esta crítica toma necesario remitir a la jurisprudencia antes repasada, que acude a la voluntad del legislador y que coloca en tela de juicio las conclusiones judiciales basadas en la voluntad de los legisladores.

d) *Método jurídico*: Finalmente, Marienhoff se pronuncia a favor del método jurídico, que consiste, esencialmente, en "1º descubrir los principios generales; 2º establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las" <sup>72</sup> Juzg. Fed. 1ª Inst. Civ. y Com. Cont. Adm. n. 1, 23/3/2007, "Cooperativa de Trabajo San Justo Limitada v. Estado nacional (Ministerio de Planificación y otros) s/ordinario", causa 63.638, esp. consid. (ii), párr. 2º: "La afectación de los derechos patrimoniales cuya protección se pretende no es susceptible de ser enteramente subsanada posteriormente por la índole social y patrimonial de la cooperativa de trabajo accionante, por su naturaleza de fábrica recuperada".

73 Consids. V, a VII de la sentencia citada en n. 49.

74 Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 9, 9/11/2007, "INTA SA V. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y/o y otros s/amparo ley 16.986", causa 8563/07, consid. 9º: "(...) [M]ás allá de esta insoluble discusión, acerca de cuál fue el sentido que el legislador quiso asignar a los cargos específicos en análisis y aun de la categórica afirmación del Estado nacional en este proceso, relativa a que se encuentran regulados por un régimen jurídico autónomo y de que se trataría — conforme a los términos que emplea el Enargas — de una "herramienta regulatoria novedosa", lo cierto es que a criterio de este tribunal los cargos específicos creados por la ley 26.095 exhiben un claro contenido tributario. Para arribar a dicha conclusión — que se postula liminarmente — no es necesario indagar en supuestas esencias, sino más bien atender a las consecuencias económicas de la solución jurídica adoptada y al alcance de las relaciones que genera (conf. NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 2005, ps. 336/338)".

75 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 339.

76 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 340.

luciones realmente en vigor y con las normas positivas" 77. Este método se basa en la inducción y deducción y se halla guiado por la lógica 78. Y desplazaría consideraciones históricas, económicas, filosóficas y políticas 79. Sin embargo, acota Marienhoff que, "dado que las conclusiones de la historia del Derecho, la historia, la economía política y la filosofía también tienen o pueden tener trascendencia en esta clase de estudios, es razonable entonces no prescindir del método realista como método auxiliar del método jurídico" 80.

**Método jurídico**

si las cosas, y siguiendo el método jurídico, propiciado por Marienhoff, resultaría usado —para conocer científicamente los cargos específicos— descubrir los principios generales a ellos asociados. Y, posteriormente, establecer las consecuencias jurídicas de tales principios y su concordancia con la ley que los crea. No de los principios generales del derecho es el de razonabilidad. El principio de razonabilidad se encuentra vigente en el derecho continental y en el derecho anglosajón 1, y posee específica recepción en el iusadministrativismo 82.

hora, ¿es concordante el régimen de la ley 26.095 con el principio de razonabilidad? Al respecto, la jurisprudencia reseñada ha brindado respuestas disímiles. Así, y a modo de ilustración, en "INTA" 83, la Cámara de Apelaciones consideró que "el monto de los cargos específicos (...) no determina la invalidez de ellos 84. En cambio en la instancia de primera instancia en dicha causa se entendió que "(...) [E]l quantum del cargo que ha establecido la Administración (...) quebranta el principio de razonabilidad (...) [L]a carga analizada tiene una incidencia que oscila entre el 100 y 150% de facturas de gas de las empresas alcanzadas por su aplicación —tal como es el

**LOS CARGOS ESPECÍFICOS DE LA LEY 26.095...**

caso de autos— (...). [S]e excede[n] las pautas de razonabilidad establecidas por el art. 28 de la Constitución" 85.

Por último, podríamos confrontar el régimen de la ley 26.095, para los segmentos a los que se acota este trabajo, con otros principios —recordemos que Marienhoff no excluye a la historia del derecho, la historia, la economía, la política y la filosofía como auxiliares del método jurídico 86— a fin de verificar su concordancia con ellos. Así, ejemplificativamente: (i) el recaudo de eficiencia de asignación de cara al parámetro de eficiencia de usuarios a los que se factura el cargo específico y usuarios eximidos; ello requiere suma relevancia ante los usuarios de segmentos declarados servicio público, v.gr., transporte y distribución de electricidad y gas, pues se hallan todos alcanzados por la eficiencia del texto constitucional 87; (ii) el principio de publicidad de los actos de gobierno, corporizado en el acceso a la información, y la regla democrática, concretada mediante la participación 88, en el procedimiento previo al dictado del acto —reglamento de elección— de fijación de los cargos, mediante, al menos, publicación y recepción de comentarios 89, aunque el supuesto ameritaría, dada la trascendencia de los montos involucrados, una audiencia pública 90; (iii) el principio de racionalidad, traducido como recaudo de motivación 91 del acto de fijación de los cargos o, en su defecto, reducción de los actos de gobierno, a través del acceso a la información del principio de publicidad de fondos del fideicomiso, en grado máximo de desagregación en materia de flujo de fondos del fideicomiso, en grado máximo de desagregación 92; (iv) el principio que veda el enriquecimiento sin causa 93, enriquecimiento que

85 Juzg. Fed. 1ª Inst. Cont. Adm. n. 9, 9/11/2007, "INTA SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - resol. 2008/2006 y/o y otros s/amparo ley 16.986", causa 8563/07, con sid. 25.

86 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 344/345.

87 Art. 42, CN.

88 No se puede participar si no se cuenta con información, según enseña Comadira, Julio R., "El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas)", EDA, 2005, ps. 400/428.

89 Dec. 1738/1992, reglamentación de los arts. 65/70 de la ley 24.076, inc. 10.

90 Supuesto también previsto en el dec. 1738/1992, reglamentación de los arts. 65/70 de la ley 24.076, inc. 10.

91 Art. 1º, CN; ley 19.549, art. 7º, inc. e).

92 Art. 8º, ley 25.152. Ver, asimismo, sobre el aspecto presupuestario a la luz de la ley 24.156, MERTIKAW, Eduardo, "Utilización de fideicomisos por el sector público y la ley 26.095 que crea cargos específicos para la construcción de infraestructura energética", RAP, nro. 339, ps. 37/49.

93 "[S]e dice simplemente que hay enriquecimiento injusto o sin causa o sin fundamento jurídico cuando el incremento que percibe el patrimonio de una persona, a costa de otra, no tiene razón jurídica que lo justifique", KEMMELMAIER DE CARLUCCI, Alda, "Algunas particularidades del enriquecimiento sin causa en el derecho administrativo", JA (conmemoración de su 80º aniversario), 1918-1998, Buenos Aires, 1998, ps. 261/286, esp. p. 263. Asimismo, se ha señalado que "[s]e trata de la simple aplicación del principio jurídico y moral que veda el enriquecimiento sin causa a costa de otro, o sea, de la aplicación de una de esas raras reglas de derecho natural

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 341.  
 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, p. 344.  
 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cit., t. I, ps. 344/345.  
 Ampliar en CANCELAPO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Abaco, Buenos Aires, 2004 y ss.  
 En sentido concordante, CASSAGNE, Juan Carlos, "De nuevo sobre los principios generales de derecho en el derecho administrativo", en AA.VV., *El derecho administrativo argentino en sus presididas por el profesor doctor Miguel S. Marienhoff*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 24/30, esp. p. 28; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 1ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, ps. VI-28/35.  
 Pedro J. J., "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", *El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, IJAP, 003/2004, vol. I, ps. 93/120, esp. p. 113.  
 re los británicos, LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Butterworths, Londres, 1957, p. 113.  
 3 y ss.; WADE, H. W. R. - FORSYTH, C. F., *Administrative Law*, 9ª ed., Oxford University Oxford, 2004, ps. 351/413 y 429/435.  
 Consid. XX.1.5. de la sentencia citada en n. 49.  
 Consid. XX.1.3. de la sentencia citada en n. 49.

se genera a favor del fideicomiso por deber afrontar, los usuarios gravados, el costo financiero de las inversiones, en lugar de comenzar a sufragar el cargo una vez concluidas y en funcionamiento las obras; entre otros principios aplicables a las impugnaciones judiciales de los cargos específicos facturados a los usuarios.

Ello pues han sido incluidos en facturas que implican aumentos de más del 200%.

que dominan todas las leyes aun cuando el legislador no haya tenido especialmente el cuidado de formularlas", "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano v. Gobierno Nacional", Fallos 245:146 (1959).

ENTRE  
Sanción

art.  
lac  
fra  
el a

cer  
im  
ció  
pre  
fal  
sur  
de

PROC  
men 5

DI  
Se  
gentin  
En  
to de  
la crea  
prece  
por fal  
la Ley  
fracto  
tramit

Abelardo