

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 15/57, con las posteriores presentaciones de fs. 65/68 y 676/679, la Asociación de Bancos Privados de Capital Argentino (ADEBA), el Banco de Valores S.A., el Banco Patagonia S.A. y el Banco Deutsche Bank S.A. -estos tres últimos en su carácter de fiduciarios de los fideicomisos financieros denominados Megabono XLIV y Consubond Serie LII, Banco Piano XI y CMR Falabella XVII, y Galicia Personales, respectivamente-, dedujeron la presente acción declarativa en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), contra la Provincia de Misiones, a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que -según afirman- se encuentran frente a la pretensión fiscal de la demandada de gravar con el impuesto de sellos los contratos de constitución de los citados fideicomisos.

Señalaron que el objetivo perseguido con la celebración de esos contratos fue obtener liquidez por medio de la transferencia de activos -en forma parcial o total- a un fideicomiso financiero, para que éste emita valores fiduciarios o títulos, en busca de un mercado de inversores al que no se tendría acceso sino merced de aquella emisión, como consecuencia del proceso denominado "titulización fiduciaria".

Especificaron que, en el caso de la oferta pública de valores fiduciarios, se siguen distintos pasos: la constitución del fideicomiso, la transmisión de los bienes fideicomitidos, y la posterior colocación y suscripción de los valores fiduciarios.

Destacaron que los contratos de constitución de los fideicomisos, cuya sujeción al impuesto de sellos de la Provincia de Misiones aquí se discute, fueron celebrados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin ninguna vinculación particular con la citada provincia.

En cuanto a la transmisión de los bienes fideicomitidos, especificaron que ella se efectúa mediante la cesión fiduciaria de la cartera de créditos o por endoso de los títulos de crédito, de acuerdo a la forma en que se encuentren instrumentados los créditos fideicomitidos.

Por último, indicaron que la etapa de colocación y suscripción involucra diferentes actos que pueden concluir en uno, en varios, o en ningún acuerdo de suscripción. Es aquí donde interviene el "colocador", quien tiene la función de ofrecer y negociar los valores fiduciarios, a cuyos efectos el fiduciario (o en algún supuesto, el fiduciante) le otorga un mandato de venta. El colocador es un banco o una sociedad de bolsa quien, una vez obtenida la autorización de oferta pública, invita a los interesados a formular ofertas de suscripción, cumpliendo con los requisitos exigidos por las normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV) y siguiendo para ello el procedimiento reglado por la ley 17.811 y por las resoluciones conjuntas 470- 1.738/04, 500-2.222/07 y 521-2.352/07 de la CNV y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), respectivamente.

Explicaron que, a los efectos de suscribir valores fiduciarios, los interesados deben formular sus ofertas. Aclararon que esas ofertas no crean vinculación alguna, pues el colocador se reserva el derecho de rechazarlas cuando no se

Procuración General de la Nación

cumplieran con los requisitos de precio o con las normas sobre lavado de activos de origen delictivo y sobre prevención del lavado para el mercado de capitales emanadas de la Unidad de Información Financiera creada por la ley 25.246.

Es por ello que luego de tales ofertas se arriba al contrato recién luego de finalizado el período de colocación, de comunicado a los interesados el precio de suscripción y las cantidades asignadas, y de pagados los valores fiduciarios por parte de los inversores cuyas ofertas de suscripción fueron adjudicadas.

Subrayaron que la Provincia les cursó diferentes intimaciones a fin de que tributaran el impuesto de sellos correspondiente a los contratos de constitución de los fideicomisos financieros ya mencionados, tomando como base presunta del impuesto el 2,66% del valor fiduciario, proporción que representa la cantidad de habitantes existente en la provincia de acuerdo al Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos del año 2001 -último existente en aquél momento-, sobre el total de la población de la República Argentina, en virtud de la potencial suscripción que podría existir en la provincia.

Negaron que, en los distintos pasos que concluyeron con la oferta pública de los valores fiduciarios emitidos por los fideicomisos Megabono XLIV, Consubond Serie LII, Banco Piano XI, CMR Falabella XVII y Galicia Personales hayan existido contratos onerosos e instrumentados celebrados o con efectos en la Provincia de Misiones, arguyendo que la pretensión provincial afecta la seguridad jurídica, la estabilidad y la eficiencia de

las transacciones, la protección y el trato igualitario del público inversor.

Indicaron que el tributo pretendido viola las leyes nacionales 17.811, 21.526 y 24.144, así como el decreto 677/01 y los arts. 1°, 4°, 9°, 14, 17, 19, 28, 33, 42, 75 -incs. 2°, 3°, 13, 18, 19 y 22-, y 126 de la Constitución Nacional.

Solicitaron la citación como tercero, en los términos de los arts. 94 y cc. del CPCCN, de la CNV, al indicar que la controversia aquí planteada afecta sus facultades.

Por último, pidieron el dictado de una medida cautelar que ordenase a la demandada que se abstuviera de aplicar el gravamen hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

- II -

A fs. 681/684, V.E. declaró que la causa corresponde a su competencia originaria, rechazó el pedido de intervención obligada como tercero de la CNV, hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenó a la Provincia de Misiones que se abstuviera de ejecutar el impuesto pretendido, y corrió traslado de la demanda.

- III -

La Provincia de Misiones contestó la demanda a fs. 710/746.

En primer término, opuso la excepción de incompetencia, aduciendo que la materia del pleito no es exclusivamente federal, y que el Estado local no es parte

Procuración General de la Nación

sustancial ya que la acción ha de ser planteada contra la Dirección General de Rentas provincial (DGR), entidad autárquica que tiene conferida, por el ordenamiento local, la facultades de recaudación, fiscalización y determinación del gravamen como así también la aplicación de sanciones a su respecto.

Con idéntico fundamento, planteó la defensa de falta de legitimación pasiva de la Provincia, ya que no es ella quien debe responder frente a las pretensiones de las actoras, sino eventualmente la citada DGR.

Asimismo, se opuso a la procedencia formal de la acción declarativa ante la falta de una real incertidumbre, pues frente al reclamo tributario aquí cuestionado, las actoras han interpuesto los recursos locales de reconsideración y apelación en sede administrativa, que se encuentran pendientes de resolución.

Sin perjuicio de ello, contestó la demanda. Indicó que su reclamo se limita a los fideicomisos financieros, definidos en el art. 19 de la ley 24.441, cuyos certificados de participación y títulos de deuda son "títulos valores" y han sido objeto de una "oferta pública".

Consideró que ello es fundamental para su defensa, pues en la exposición de motivos de la ley 17.811 -que regulaba la oferta pública de títulos valores- se establecía la necesaria autorización del Poder Ejecutivo Nacional para llevar adelante este tipo de operaciones, toda vez que estos títulos se consideraban integrantes del mercado mobiliario argentino, concebido como una unidad para el territorio de la República, cuyas transacciones afectaban el comercio interprovincial.

Por ende, afirmó que los contratos de constitución de los fideicomisos, cuya sujeción al tributo aquí se cuestiona, producen "efectos" en la Provincia de Misiones, en los términos exigidos por la ley del gravamen, pues la oferta pública se extiende a todo el territorio del país, incluyendo la provincia demandada.

Demostrada así la existencia de "efectos" en su jurisdicción, señaló que la inspección actuante había limitado la base imponible de la forma más equitativa posible, esto es, tomando el 2,66% que representa la población de la Provincia sobre el total nacional según el último censo del INDEC disponible a la fecha de la liquidación.

Subrayó que los fideicomisos financieros con oferta pública tienen la necesaria y legal obligación de configurarse en etapas que, indefectiblemente, deben cumplirse hasta la colocación final de los certificados de participación y/o títulos de deuda. Negó, por ende, que la oferta pública pueda ser entendida como una etapa aislada de las anteriores sino que constituye un elemento necesario para el cumplimiento de los efectos del fideicomiso, esto es la colocación de los títulos en todo el país.

Indicó que es requisito esencial del impuesto de sellos que los instrumentos se refieran a actos, contratos u operaciones onerosos. En el caso de los fideicomisos financieros, apuntó, es evidente que la onerosidad o la posibilidad de apreciación económica se encuentra presente, ya que los bienes son cedidos con el fin de "securitizarlos", vale decir como garantía de los títulos representativos de deuda o

Procuración General de la Nación

certificados de participación con cuyo producido se pagarán los bienes cedidos por el fiduciante.

Finalmente, remarcó que la gravabilidad de los contratos de constitución se encuentra prevista desde el momento de su firma, pues en sus cláusulas se establece que no debe tributar impuesto de sellos en la Capital Federal pero que, en caso de instrumentarse la transferencia de títulos en otras jurisdicciones, podría corresponder el pago de esa gabela.

- IV -

Las actoras contestaron las excepciones a fs. 764/770 y solicitaron su rechazo. Adujeron, con relación a ambas defensas, que la acción se dirige nominal y sustancialmente contra la Provincia de Misiones pues es ella quien ostenta un interés directo en este pleito, resultando la titular de la relación jurídica que aquí se ventila, con independencia del grado de descentralización que le haya otorgado a su organismo recaudador.

Añadieron que, de los términos de la demanda, se desprende que ellas cuestionan una ley local por resultar contraria a las leyes federales 17.811, 21.526 y 24.144, como así también a la Constitución Nacional (arts. 1°, 4° 9°, 14, 17, 19, 28, 33, 42, 75 -incs. 2° y 3°- y 126), lo que asigna al pleito indiscutible contenido federal.

- V -

A fs. 776/777, de conformidad con lo dictaminado por este Ministerio Público a fs. 773, V.E. rechazó las excepciones de incompetencia y falta de legitimación pasiva interpuestas, sosteniendo que los argumentos del Estado Provincial no alteraban la decisión ya adoptada a fs. 681/684.

-VI -

Considero que un orden jurídicamente lógico impone examinar, dentro del conjunto de entidades actoras, si ADEBA se encuentra legitimada para plantear la presente acción.

En mi parecer, esta cuestión es idéntica a la ya resuelta por V.E. respecto de la misma entidad actora en la causa A.2107, L.XLII, "Asociación de Bancos de la Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" (cons. 3°). Por los fundamentos allí vertidos, a los que me remito, pienso que correspondería reconocer legitimación procesal a ADEBA para ser parte en este proceso.

-VII-

Resuelto lo anterior, es preciso señalar que la pretensión de las actoras se encuentra dirigida a dilucidar el estado de falta de certeza en que se encuentran frente al impuesto de sellos cuyo pago exige la Provincia de Misiones como consecuencia de los efectos que, en su territorio, se habrían generado por la instrumentación de los contratos de constitución

Procuración General de la Nación

de los fideicomisos financieros denominados Megabono XLIV, Consubond Serie LII, Banco Piano XI, CMR Falabella XVII, y Galicia Personales.

En lo relativo a la procedencia formal de la acción declarativa, no es ocioso recordar que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un "caso" que busque precaver los efectos de un acto en ciernes al que atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye "causa" en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 308:2569; 310:606 y 977; 311:421, entre otros).

Sobre la base de estas premisas, considero que se encuentran reunidos los requisitos establecidos por el art. 322 del CPCCN.

En primer lugar, ha mediado una actividad explícita del ente recaudador de la demandada, dirigida a la "percepción" del impuesto que estima adeudado (Fallos: 311:421, cons. 3°).

En efecto, las intimaciones de pago descriptas por las actoras en el punto V.3. de su demanda (fs. 23 vta./24) junto a la documental aportada a fs. 75/129 evidencian una actividad estatal explícita dirigida al cobro del tributo, suficiente para sumir a las demandantes en un "estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica", entendiéndose por tal a aquella que es "concreta" al momento de dictarse el fallo, razonamiento que, implícita pero indudablemente, subyace en el otorgamiento de la medida cautelar de fs. 681/684.

Y dicha concreción se verifica pues se han producido todos los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración

acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo podrá afirmarse realmente que el fallo pone fin a una controversia actual, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que podría acordarse a un supuesto de hecho hipotético (dictamen de este Ministerio Público *in re* "Newland, Leonardo Antonio c/Provincia de Santiago del Estero", del 4 de diciembre de 1986, compartido por V.E. en Fallos: 310:606, cons. 2º, criterio reiterado en Fallos: 311:421, cons. 3º).

Finalmente, no obsta a ello la existencia de vías recursivas dentro de la jurisdicción provincial, ya que la competencia originaria de la Corte -que proviene de la Constitución Nacional- no puede quedar subordinada al cumplimiento o a la vigencia de los procedimientos exigidos por las leyes locales (Fallos: 312:475 y sus citas).

- VIII -

En cuanto al fondo del asunto, se encuentra fuera de debate que en los contratos de constitución de los fideicomisos Megabono XLIV, Consubond Serie LII, Banco Piano XI, CMR Falabella XVII y Galicia Personales, las partes intervinientes pactaron la "oferta pública" de los certificados de participación y títulos de deuda a emitirse.

Con base en este punto, la Provincia de Misiones arguye que esa "oferta pública" produce "efectos" en su territorio, en los términos definidos por su Código Fiscal, situación que la habilitaría a reclamar el pago del impuesto de sellos.

Procuración General de la Nación

Estimo necesario destacar que el art. 151, inc. g), del Código Fiscal (ley 2.860, vigente a la fecha de celebración del contrato de constitución del fideicomiso financiero Galicia Personales de fs. 317/346) establecía que los actos imponibles, formalizados en instrumentos públicos o privados en otras jurisdicciones provinciales o nacionales del país, se encuentran sujetos al pago del impuesto de sellos al tener "efectos" en ella.

A tal fin, ese precepto definía a los "efectos" del contrato como cualesquiera de los siguientes actos que se cumplen en su territorio: "Aceptación, protesto, cumplimiento de los actos que constaten, inscripción en los registros públicos, presentación ante autoridades judiciales, administrativas, árbitros, jueces o amigables componedores, cuando tengan por objeto hacer valer, modificar o dejar sin efecto los derechos u obligaciones constatados en los respectivos instrumentos".

Advierto que este texto fue replicado en el art. 165, inc. g), del posterior Código Fiscal aprobado por medio de la ley 4.366, vigente a la fecha de celebración de los restantes contratos.

Bajo esta definición, entiendo que debe dilucidarse si la "oferta pública" instrumentada entre las partes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de los certificados de participación y de los títulos de deuda a emitirse en los fideicomisos Megabono XLIV, Consubond Serie LII, Banco Piano XI, CMR Falabella XVII y Galicia Personales, estaba destinada a producir alguno de tales "efectos" en el territorio de Misiones.

En tal sentido, es necesario tener presente que el art. 16 de la ley 17.811 definía a la "oferta pública" de la

siguiente manera: "Se considera oferta pública la invitación que se hace a personas en general o a sectores o grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión" (el subrayado me pertenece).

En referencia a este precepto, el art. 21 del capítulo XV de la resolución CNV 368/01 ordenaba a las entidades que solicitaran la autorización de oferta pública de los valores representativos de deuda garantizados con bienes fideicomitidos o certificados de participación, dar a conocer un "prospecto" confeccionado de acuerdo a lo establecido en esa resolución.

Este prospecto era definido por el art. 1º del capítulo VIII de la ya citada resolución CNV 368/01 (texto según la resolución conjunta CNV 470 - AFIP 1.738/04) en los siguientes términos: "El prospecto constituye el documento básico a través del cual se realiza la oferta pública de valores negociables y en su redacción debe emplearse un lenguaje fácilmente comprensible para la generalidad de los lectores y que resulte fácil para el análisis y comprensión de su contenido. Los prospectos deberán estar firmados por personas con facultades para obligar al emisor u oferente, las que deberán estar precisamente individualizadas, y suscriptos en todas sus hojas por persona con representación suficiente. Los

Procuración General de la Nación

prospectos asimismo describirán detalladamente los esfuerzos de colocación a ser efectuados y las emisoras deberán acreditar, en caso de serle requerido por autoridad competente, la realización de esa actividad" (el subrayado no obra en el original).

En lo que estimo que resulta de fundamental importancia para esta controversia, el art. 2° del capítulo VIII de la esa resolución CNV 368/01 establecía que: "Una vez aprobado, el prospecto deberá: a) Ser impreso en un número suficiente de ejemplares para cubrir la demanda de los posibles interesados. b) Publicarse en los órganos informativos de las entidades autorreguladas en que vayan a cotizar los valores negociables o de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 14 y siguientes del Capítulo XXIII 'Régimen Informativo Periódico'".

A continuación, el siguiente artículo regulaba los supuestos en los que se realizaba una publicación resumida del prospecto, en cuyo caso su texto completo debía encontrarse a disposición del inversor en la sede social del emisor, en la sede de los agentes colocadores y en cualquier todo otro lugar que la emisora indique, circunstancia que debía encontrarse debidamente aclarada en la versión resumida.

De lo expuesto hasta aquí, se evidencia que la oferta pública -a la que la demandada le atribuye decisivos "efectos" en el territorio de la Provincia de Misiones- es una invitación que se concreta, en el supuesto de los fideicomisos financieros, mediante un documento básico que es el "prospecto", que debe "publicarse" en los órganos informativos de las entidades autorreguladas donde cotizarán los valores negociables y, finalmente, en el caso de existir una versión resumida de ese prospecto, su texto completo debía "encontrarse a disposición"

del inversor en la "sede social del emisor", en la "sede de los agentes colocadores" y en "cualquier todo otro lugar que la emisora indique".

De los contratos y de los prospectos obrantes a fs. 246/279, 317/346, 466/488 y 501/543 no surge que estos últimos debieran ser publicados en órganos informativos de entidades autorreguladas ubicadas en el territorio de Misiones, ni tampoco que en esa jurisdicción se situara la "sede social del emisor", la "sede de los agentes colocadores" o cualquier otro "lugar que la emisora indique" para la puesta a disposición de la versión completa del prospecto, en aquellos casos en que hubiere optado por publicar la resumida. Resalto que tampoco la provincia demandada alegó, ni muchos menos demostró, este aserto sino que, por el contrario, se limitó a esgrimir que en su territorio existían sucursales de la entidades bancarias actoras que ofrecían los títulos valores a sus clientes (cfr. fs. 828/828 vta.).

En estos términos, es evidente que los actos necesarios para concretar la oferta pública no debieron ser aceptados, protestados, cumplidos, inscriptos en los registros públicos, o presentados ante las autoridades judiciales, administrativas, árbitros, jueces o amigables componedores en el territorio misionero, con el objeto de hacer valer, modificar o dejar sin efecto los derechos u obligaciones constatados en esos instrumentos, como lo exigían los arts. 151 del Código Fiscal (texto según ley 2.860) y 165 del posterior ordenamiento por medio de la ley 4366.

Desde mi perspectiva, eso sella la suerte adversa de la pretensión fiscal, sin que la mención inserta en los

Procuración General de la Nación

prospectos respecto de posibles reclamos de pago del impuesto de sellos por parte de otras jurisdicciones diferentes a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueda torcer este razonamiento. Ello es así pues los tributos no son obligaciones que emergen de los contratos ni de las advertencias contenidas en ellos, sino que su imposición y su fuerza compulsiva son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 218:596, entre otros), razón por la que nunca puede fundarse una exigencia tributaria -como erróneamente lo sostiene la provincia- en el mero hecho de que los contratantes avisen a los inversores sobre hipotéticas acciones de cobro que puedan intentar uno o más fiscos contra ellos.

Finalmente, la forma como aquí se dictamina torna, en mi parecer, inoficioso el examen de los restantes agravios.

- IX -

En virtud de lo expuesto, considero que cabe hacer lugar a la demanda.

Buenos Aires, 18 de marzo de 2015.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA M. ARCHISIO
Prosecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación