

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2011

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que 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., los 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, deducen la acción prevista en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 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 referidos fideicomisos.

Explican que el objetivo perseguido mediante la instrumentación de esos contratos es la obtención de liquidez a través de la venta de activos –en forma parcial o total– a un fideicomiso financiero, para que emita valores fiduciarios o títulos, en busca de un mercado de inversores al que no se tendría acceso sino por medio de aquella emisión, como consecuencia del proceso denominado "titulización fiduciaria". Agregan que el precio abonado por los valores fiduciarios o títulos es destinado por el fiduciario a abonar al fiduciante el precio de la cesión de los activos transferidos al fideicomiso.

Señalan que en el caso de la oferta pública de valores fiduciarios, el procedimiento se realiza en distintas etapas: la constitución del fideicomiso, la transmisión de los bienes fideicomitidos y la colocación y suscripción de los valores fiduciarios.

Destacan que en el caso de autos, los contratos de constitución de los fideicomisos fueron celebrados todos ellos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dicen que dada la naturaleza de los bienes fideicomitidos, la transmisión 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.

Sostienen que en la tercera de las etapas indicadas (colocación y suscripción) se realizan diferentes actos que pueden concluir en uno o varios acuerdos de suscripción así como en ninguno, como consecuencia del procedimiento de colocación de los valores fiduciarios.

En esta tercera etapa -continúan- interviene el colocador, quien -como su nombre lo indica- tiene la función de "colocar" 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, dependiendo de los distintos fideicomisos.

Exponen que una vez obtenida la autorización de oferta pública, el colocador invita a los interesados (operadores y potenciales inversores) a que formulen ofertas de suscripción, a través de los medios habituales del mercado, cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 8º, capítulo VIII de las normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV). Indican que este procedimiento se encuentra regulado por la ley 17.811 y sus normas modificatorias, y por las resoluciones conjuntas n° 470-1738/04, 500-2222/07 y 521-2352/07 de la CNV y la AFIP, respectivamente, y que luego de la publicación comienza a transcurrir el período en el que los interesados deben realizar sus ofertas, que se extiende -como mínimo- a cinco días hábiles bursátiles.

Expresan que a los efectos de suscribir valores fiduciarios, los interesados deben formular sus ofertas y suministrar toda aquella información o documentación que el

colocador deba o resuelva solicitarles para el cumplimiento de su función. Destacan que, entre otras exigencias, debe cumplirse 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.

Ponen de resalto que la oferta no crea vinculación alguna, pues el colocador se reserva el derecho a rechazar cualquier oferta cuando quien desee suscribir no cumpliera con ciertos requisitos, pues la asignación de valores fiduciarios se realiza mediante el "sistema holandés", es decir que se colocan entre aquellos inversores que ofertan una tasa menor o igual, o un precio superior o igual, a la tasa de corte o al precio de corte, respectivamente, que se determine como consecuencia de la aplicación de dicho procedimiento.

Es por ello que -según aducen- solamente 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, se pueden considerar perfeccionadas tales ofertas.

Aclaran que en todo caso, fruto de la colocación, podría surgir un acuerdo con cada suscriptor, una vez que el colocador acepte la oferta y el suscriptor pague el precio de los valores fiduciarios adjudicados, pero tal situación debería examinarse en cada caso concreto. Sin perjuicio de lo expuesto, adelantan que los referidos acuerdos se celebrarían como típicos contratos entre ausentes, pues habría un consentimiento tácito de acuerdo a lo previsto en el artículo 1146 del Código Civil.

Manifiestan que la pretensión provincial fue exteriorizada mediante las intimaciones que les fueron cursadas a fin de que tributen el impuesto de sellos correspondiente a los contratos de constitución de los fideicomisos financieros

indicados, 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 último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas realizado por el INDEC (2001), sobre el total de la población de la República Argentina, en virtud de la potencial suscripción que podría existir en la provincia.

Aducen que aquellos actos no pueden ser gravados en función de una "potencial" o "presuntiva" contratación, ni en función de una asignación o sustentación territorial ficticia o inexistente, o sobre una valuación o valoración económica que no se corresponde con la realidad, puesto que ello afecta la seguridad jurídica, la estabilidad y la eficiencia de las transacciones, la protección y el trato igualitario del público inversor.

Asimismo, señalan que se desconoce si la oferta de los valores fiduciarios tendrá efectos en Misiones, por lo que alegan que la ausencia de vinculación o sustento territorial para la pretensión tributaria resulta evidente y reprochable.

En síntesis, sostienen que el tributo pretendido viola las leyes nacionales 17.811 del Régimen de Oferta Pública, 21.526 de Entidades Financieras y 24.144 que establece la Carta Orgánica del Banco Central, el decreto 677/01 complementario y modificatorio de la primera, y los artículos 1º, 4º, 9º, 14, 17, 19, 28, 33, 42, 75 incs. 2º, 3º, 13, 18, 19 y 22, y 126 de la Constitución Nacional.

Solicitan la citación como tercero al pleito de la Comisión Nacional de Valores, en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por considerar que la controversia le es común al ser el ente regulador del régimen de la oferta pública, según la ley nacional 17.811.

Por último, peticionan que se dicte una medida cautelar por la cual se ordene a la demandada que se abstenga de dictar o ejecutar actos tendientes a concretar el cobro del referido tributo, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en autos.

2º) Que como el objeto de la pretensión se vincula con la potestad y la obligación tributaria, que son aspectos que exceden los inherentes a la función de recaudación asignada al órgano de la administración fiscal, cabe concluir que la provincia demandada tiene interés directo en el pleito, y que debe reconocérsele el carácter de parte sustancial, sin perjuicio de la autarquía que posee la Dirección General de Rentas de la Provincia de Misiones, en los términos de la ley local 4366 y en su condición de órgano de recaudación de los impuestos, tasas y contribuciones establecidos en las normas impositivas provinciales (Fallos: 332:1422).

3º) Que, asimismo, es menester recordar que no basta que una provincia sea parte nominal y sustancial en un pleito para que proceda la competencia originaria de este Tribunal, pues resulta necesario, además, que la acción entablada se funde directa y exclusivamente en prescripciones constitucionales de carácter nacional, leyes del Congreso, o tratados, de tal suerte que la cuestión federal sea la predominante en la causa (Fallos: 311:1588; 315:448; 322:1470; 323:3279; entre muchos otros).

4º) Que en ese sentido, la causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal no sólo porque la Provincia de Misiones es parte sustancial en el pleito, sino además porque de los términos de la demanda se desprende que la parte actora cuestiona la pretensión impositiva local por ser contraria a normas federales (leyes 17.811, 21.526 y 24.144, y decreto 677/01 complementario y modificatorio de la primera), y a la Constitución Nacional (artículos 1º, 4º, 9º, 14, 17, 19, 28, 33, 42, 75 incs. 2º, 3º, 13, 18, 19 y 22, y 126), como argumento

principal (conf. causa A.2103.XLII "Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, Provincia de y otros s/ acción de repetición y declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 22 de marzo de 2011).

5º) Que establecida la competencia del Tribunal, debe examinarse la medida cautelar pedida. Al efecto cabe recordar que esta Corte ha establecido que si bien por vía de principio, medidas como las requeridas no proceden respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan, tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles (Fallos: 250:154; 251:336; 307:1702; 316:2855).

6º) Que, asimismo, ha dicho en Fallos: 306:2060 que "como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad".

En el presente caso resultan suficientemente acreditadas la verosimilitud en el derecho y la configuración de los presupuestos establecidos en los incs. 1º y 2º del artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para acceder a la medida pedida.

7º) Que, finalmente, con relación a la intervención obligada como tercero de la Comisión Nacional de Valores, es menester señalar que incumbe a quien la solicita acreditar que se trata de uno de los supuestos que autorizan a disponerla (Fallos: 313:1053; 318:2551), y que corresponde desestimarla si no se invoca concretamente la presencia de una comunidad de controversia, toda vez que el instituto en examen es de carácter

excepcional y su admisión debe ser interpretada con criterio restrictivo (Fallos: 322:1470).

En ese marco, y con particular atinencia a la cuestión que aquí se plantea, el hecho de que mediante la ley 17.811 se le haya asignado a la referida entidad la función de ejercer el poder de policía sobre la oferta pública de valores negociables, no permite -por sí solo- tener por configurada la presencia de una comunidad de controversia de las características exigidas por el artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arg. Fallos: 332:1422).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se resuelve:
I. Declarar que la presente causa corresponde a la competencia originaria de esta Corte. II. Correr traslado de la demanda a la Provincia de Misiones por el plazo de sesenta días (artículos 319, 322 y 338 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). A los fines de su notificación al señor Gobernador y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal correspondiente. III. Decretar la prohibición de innovar pedida, y ordenar a la Provincia de Misiones que, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en esta causa, se abstenga de ejecutar el impuesto de sellos pretendido sobre los contratos de constitución de los fideicomisos financieros denominados Megabono XLIV, Consubond Serie LII, Banco Piano XI, CMR Falabella XVII y Galicia Personales, celebrados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Líbrese oficio al señor Gobernador a fin de poner en su conocimiento la presente decisión. IV. Denegar el pedido de intervención obligada como tercero de la Comisión Nacional de Valores. Notifíquese a la actora por cédula que se confeccionará por Secretaría. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

Parte actora: **Asociación de Bancos Privados de Capital Argentino (ADEBA), Banco de Valores S.A. y Banco Patagonia S.A.**, representados por su apoderado, **doctor Santiago M. J. A. Nicholson**; **Banco Deutsche Bank S.A.**, representado por su apoderado, **doctor Ernesto Lucchelli**, todos con el patrocinio letrado de los **doctores Lucas Aníbal Piaggio y Felicitas M. Argüello**.

Parte demandada: **Provincia de Misiones**.