Ref.: Expte. Nº 2718-D-2016-30093 "APROBACIÓN ACUERDO DE PAGO CON COOPERATIVA ELÉCTRICA Y DE SERVICIOS PÚBLICOS MEDRANO LTDA".

SEÑOR:
SUBSECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA
MINISTERIO DE ECONOMÍA INFRAESTRUCTURA Y ENERGÍA
Ing. DANIEL CHICAHUALA
S D

Vuelve el expediente de referencia a esta Fiscalía de Estado para su dictamen, respecto al convenio propuesto para suscribir con la Cooperativa Eléctrica de Servicios Públicos Medrano Ltda. (en adelante la Cooperativa), mediante el cual se instrumentaría la cancelación de la deuda por sobre tasa que la distribuidora mantiene con el Estado Provincial.

I.- Antecedentes

A **fs. 1** se presenta la Cooperativa y ofrece regularizar la deuda referida, en 36 cuotas.

A **fs. 4/5** obra dictamen de la Asesoría Legal del Ministerio de Infraestructura, al cual me remito en honor a la brevedad.

A **fs. 8/13** rola dictamen de la Secretaría Contable Impositiva, órgano dependiente del Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía, de donde surge la actualización del monto de la deuda de la Cooperativa a agosto de 2015.

A **fs. 237/238** obra plan de pagos elaborado por la Jefa Administrativa Contable del F.I.P, Cdra. Natalia Chappel (Fondo de Infraestructura Provincial).

A **fs. 250** rola nuevo informe de la Secretaria Contable Impositiva, en la cual se determina que al 18/02/2016 la deuda por concepto de sobretasa de la distribuidora asciende a la suma de $385.572,13.

A **fs. 254** se presenta la cooperativa y manifiesta que ante la nueva determinación de la deuda efectuada a fs. 250, solicita un nuevo plan de pagos de 24 cuotas.

A **fs. 259/260** obra modelo de acuerdo a suscribir con la distribuidora. y a **fs. 261** obra dictamen de Asesoría letrada, en donde solicita –entre otros- que se actualice el monto de la deuda.

A **fs. 262/263** obra informe emitido por la Cdra. Natalia Chappel en donde se procede a determinar un plan de pago por la deuda, con una tasa del 15.60% y sistema de amortización francés.

A **fs. 266 y vta.** obra dictamen emitido por Fiscalía de Estado.

A **fs. 268** obra nuevo dictamen de Asesoría Letrada, evacuando la observación realizada por Fiscalía de Estado.

A **fs. 270/271** obra proyecto de norma legal.

A **fs. 274/275** obra dictamen de Asesoría de Gobierno.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS A LA CONTINUACIÓN DEL TRÁMITE:

En mérito a los antecedentes analizados, y teniendo en consideración el previo obrante a fs. 266 y vta., considero necesario, como medida de mejor proveer, que se produzca la AMPLIACION de los dictámenes obrantes en autos, dando tratamiento a los siguientes aspectos:

1.- Se precise fundadamente, cual es el órgano competente para la formalización del convenio de pago traído a análisis (Fondo de Infraestructura Provincial –Ministro de Economía, Infraestructura Energía- Poder Ejecutivo Provincial –como se ha previsto en la norma proyectada y en principio parecería corresponder) o al Fideicomiso de Administración creado en torno al mismo.

En efecto, la sobretasa prevista en el artículo 1º de la Ley 2539, fue creada para la realización de obras vinculadas a la eficiencia de la prestación del servicio de energía en el territorio provincial. Con posterioridad, la Ley N° 6498[1] creó el Fondo Fiduciario de Obras Públicas (F.F.O.P.), fijándose sus recursos y el destinos de los mismos en los Artículos 47 y 48, respectivamente, de esa normativa (hoy el Artículo 47 está derogado y el 48 modificado).

La Ley N° 6.794[2] creó, dentro del ámbito del ex Ministerio de Ambiente y Obras Públicas, el Fondo de Infraestructura Provincial (F.I.P.). El Artículo 1° de esa ley, establece cuáles son los recursos que integran dicho fondo, y el art. 2 estableció que dichos recursos conformarían un patrimonio fiduciario que será asignado al mencionado Ministerio, para el financiamiento y ejecución del plan de obras públicas que se incluyan en los presupuestos anuales.

El art. 1 inc. j) de la ley Nº 6.794, hace expresa referencia a la referida sobretasa, como recurso que ingresa en dicho fondo. En concordancia, el art. 5° de la misma norma, establece que el F.I.P podrá ser administrado por la Administradora Provincial del Fondo para la Transformación y el Crecimiento o cualquier entidad autorizada por Ley Nacional N° 24.441.

Como consecuencia de la aplicación del art. 5 referido, en el año 2009 el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Nº 736/2009[3], aprueba el contrato de fideicomiso suscripto en el año 2007 entre la A.P.F.T y C. como fiduciario y la Provincia de Mendoza como fiduciante.

En el artículo 2 del contrato de Fideicomiso, se establece expresamente que: *"A todos los efectos del presente FIDEICOMISO el FIDUCIARIO asume las siguientes obligaciones: a)Prestar colaboración*

[1] Ley Provincial N° 6.498 – Transformación del Sistema Eléctrico Provincial. B.O. 18/06/97.

[2] Ley Provincial N° 6.794 – Crea el Fondo de Infraestructura Provincial – B.O. 13/07/2000.

[3] Decreto Nº 736/2006 de fecha 27/04/2009 – Aprueba el contrato de Fideicomiso de Administración entre la A.P.F.T. y C. y el Estado Provincial.

*técnica, **operativa** y administrativa al Fiduciante y/o al Consejo de Administración del Fondo de Infraestructura Provincial **en la gestión de cobro y recaudación de los recursos** establecidos en el artículo 1° de la Ley Provincial N° 6.794 y en aquellas leyes ampliatorias y/o modificatorias de la misma, ya sea que se sustituyan o se incluyan nuevos recursos…".*

2.- Se dé expreso tratamiento a la problemática planteada respecto a la vigencia del art. 43 inc. d) del C. F. de la Provincia, en cuanto las cuotas a otorgarse superarían la cantidad prevista en la citada norma (que lo limita a tres cuotas), resultando "prima facie" aplicable, en razón de la naturaleza de la deuda (fiscal o parafiscal, según se explicará seguidamente) y del deudor (órgano de retención o percepción)[4].

Cabe advertir al respecto que el art. 43 del Código Fiscal establece que: *"La Administración Tributaria Mendoza podrá conceder: a) Planes de facilidades de pago no mayor de tres (3) años, conforme con lo que establezca la reglamentación, pudiéndose extender a cinco (5) años en los casos de concurso o quiebras legislados en las Leyes 19.551, 24.522. **No** gozarán de este beneficio los agentes de retención y percepción por los importes retenidos y/o percibidos a los contribuyentes o administradores…" (el subrayado me pertenece)*; y el inciso d) del mismo artículo, otorga un plazo especial para los agentes de retención, cuando dice: "… *d) Otorgar Planes de facilidades de pago no mayor a tres (3) cuotas, conforme con lo que establezca la reglamentación para agentes de retención y percepción por los importes retenidos y/o percibidos a los contribuyentes o administradores…".*

[4] Ello toda vez que en este estado resulta claro, en virtud del objeto del convenio y de las previsiones del art. 1 y cctes. del Decreto Nº1325/15 (que no prevén a la sobretasa como incluida en el mismo), que no es posible jurídicamente celebrarlo en el marco del citado decreto.

La Ley N° 2.539 que crea la sobretasa, establece en los artículos 3[5] y 7[6], modificada por el art. 69 de la Ley Nº 6.109, que el ítems cuya deuda se trata, la pagan los usuarios residenciales, por Kw/h y los **distribuidores son los agentes de retención del mismo.**

La naturaleza de **agente de retención** (expresamente previsto en la norma precitada) o de percepción de la cooperativa deudora, implicaría que no podría otorgarse una financiación **mayor a tres cuotas,** conforme claramente lo dispone el citado texto del Código Fiscal, ya que la situación quedaría igualmente contemplada por dicha norma, conforme las previsiones de los arts. 1, 3 inc. b), 4 y cctes. del mismo instrumento legal.

Ello, aún cuando pueda entenderse (como afirma la Asesoría de Gobierno) que, la sobretasa tiene el carácter de un recurso parafiscal[7], el cual se caracterizaría por tener la misma obligatoriedad de pago que un impuesto, y estar afectado a un fin particular (en este caso, la afectación del recurso se encuentra previsto en el Artículo 1° del Decreto N° 2.971/2.011[8]). Esta naturaleza, en la entelequia del citado art. 43 del C.F., no autoriza eximir el

[5] **Ley Provincial N° 2.539 - Artículo 3°** - *"Son sujetos pasivos los consumidores residenciales y la recaudación de esta sobretasa se realizará por intermedio de los productores y/o distribuidores de energía eléctrica, a cuyo efecto deberán **actuar como agentes de retención**, facturando el suministro con inclusión del importe que corresponda por este concepto."*

[6] **Ley Provincial Nº 2.539 - Artículo 7°:** *"Fijase la sobretasa que deberán abonar los consumidores residenciales de energía eléctrica de la Provincia, en el CINCO POR CIENTO (5%) sobre el total facturado, excluido únicamente los impuestos nacionales, provinciales y/o municipales, existentes o a crearse."*

[7] Se ha entendido como recurso parafiscal al "…Tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas y cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o las actividades que constituyen el presupuesto de la obligación. (Art. 17, párr. 1°). Las contribuciones especiales a su vez se subdividen en: contribución de mejoras, que es la contribución especial típica, y contribuciones parafiscales, cuya recaudación se encuentra a cargo de determinados entes públicos no estatales, en orden a su financiación (p. ej., tasa de legalización notarial). MIGUENS, Alberto, "Tasas y contribuciones especiales en el derecho del consumidor"; **Publicado en:** Revista del Notariado 909, 01/01/2012, 207. **Cita Online:** AR/DOC/3296/2013.

[8] **Decreto Nº 2.971/2011 – B.O. 08/12/2012 –** Aprueba la Addenda al Contrato de Fideicomiso de Administración, estableciendo en su Artículo 1º, lo siguiente*: "Apruébese la Segunda Addenda al Contrato de Fideicomiso de Administración del Fondo de Infraestructura Provincial celebrada en fecha 04 de octubre de 2011…"*; y el Artículo 1º del contrato, quedó redactado de la siguiente manera: *"El fiduciante entrega en Propiedad Fiduciaria al Fiduciario: 1.1. - Los Recursos resultantes de la aplicación del art. 1º de la ley Provincial Nº 6794, sus modificatorias o ampliatorias en la medida que se recauden los mencionados recursos. 1.2. - A los fines de atender el pago a Hidronihuil S.A., por parte del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Transporte de la Provincia de Mendoza, así como asegurar tales pagos mediante la conformación de un Fondo de Garantía, de conformidad con los términos previstos en "La Concesión", "El Acuerdo", Acuerdo Marco y Addenda al Acuerdo Marco, se aportan al presente fideicomiso las sumas que más adelante se detallan. Estas sumas deberán transferirse o depositarse en la Cuenta Fiduciaria Nihuil IV cuyos datos ya han sido comunicados por "El Fiduciario" a CAMESA y al "Fiduciante".1.2.1. - El cien por ciento (100%) de los ingresos que se perciban por la sobretasa establecida en la Ley Provincial Nº 2.539 y modificatorias…".*

cumplimiento de lo dispuesto en el inciso d) del mismo artículo, como norma aplicable.

En este marco es dable entender que si la norma del art. 43 el C. F. ha previsto y regulado expresamente lo relativo a las cuotas que pueden otorgarse a los órganos de retención y/o percepción -sea el ingreso de naturaleza fiscal o parafiscal (concepto eminentemente doctrinario)- no se observa cual sería el fundamento para excluir de su regulación el presente supuesto, ni la normativa en la cual se pretende fundamentar el acuerdo a celebrarse y la cantidad de cuotas a otorgar, notoriamente por encima del límite establecido en la normativa citada, y que resulta particularmente limitativa y restrictiva en estos supuestos (vg. parte final del inc. a) del art. 43, que hace una expresa exclusión del beneficio de pago de deudas impositivas en tres o cinco años, respecto de los agentes de retención y percepción, por los importes retenidos y/o percibidos a los contribuyentes o administradores…").

Así las cosas, en caso de compartirse el criterio brevemente reseñado, se recomienda asimismo, se evalúe por el órgano interviniente, la necesidad de generar medios técnicos legales idóneos para la correcta instrumentación de planes de pago para la cancelación de la deuda mantenida por la distribuidora con el Estado Provincial, en el caso de superarse las cuotas posibles previstas en el artículo citado del C.F.[9]

3.- En cualquier caso, se recomienda fundar debida y suficientemente la decisión de la autoridad competente de otorgar las facilidades de pago, justificando la existencia o implementando (en su caso) procedimientos técnico - contables que justifiquen razonablemente la misma, a los efectos de cumplimentar las previsiones de los arts. 38, 39, 45 inc. a) y cctes. de la Ley Nº3.909 y de materializar en casos análogos que puedan presentarse, el

[9] En el supuesto de considerar conveniente extender el plazo de pago de deudas por sobre tasa, esta Dirección de Asuntos administrativos estima que, por aplicación del art. 99 inciso 4) de la Constitución de la Provincia, podría emitirse una Ley específica que así lo disponga o bien ratifique el convenio suscripto, modificando lo dispuesto en el artículo 43 del C.F. (vg: Decreto Nº2439/06, celebrado en el marco del Decreto Nº3050/05, ratificado por la Ley Nº7544).

principio de "Igualdad ante la Ley" previsto en los arts. 7 de la Constitución Provincial y 16 de la Constitución Nacional.

III.- <u>Conclusión</u>:

Por lo analizado y expuesto, esta Dirección de Asuntos Administrativos solicita que, previo a continuar con el trámite de autos, deberá darse cumplimiento a lo solicitado en los puntos **II. 1, 2 y 3.**

El presente dictamen se emite en el marco de las facultades delegadas por la Resolución Nº 96/15 de Fiscalía de Estado.

Cumplido vuelva para su análisis.

Sirva la presente de atenta nota de elevación.

DIRECCION DE ASUNTOS ADMINISTRATIVOS - FISCALÍA DE ESTADO. Mendoza, 24/01/17.

DICTAMEN Nº 86/2017.