

RESOLUCIÓN N° 1/2011 (C.A.)

VISTO el Expediente C.M. N° 790/2008 DUKE ENERGY CERROS COLORADOS S.A. c/Provincia de Buenos Aires, por el cual la firma de la referencia interpone la acción prevista en el artículo 24 inc. b) del Convenio Multilateral contra la Resolución N° 2519/2008 de la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires; y,

CONSIDERANDO:

Que la presentación se ha realizado cumplimentando las exigencias legales y reglamentarias en lo que hace a su aspecto formal, motivo por el cual corresponde su tratamiento.

Que la accionante al realizar su presentación, dice que es una empresa generadora de energía y tiene la concesión para la generación hidráulica de electricidad en el Complejo Cerros Colorados, ubicado en Neuquén. La atribución de ingresos la hace conforme al art. 2° del Convenio Multilateral mencionando varios conceptos que a su entender, demuestran que su actividad no se encuentra gravada en la Provincia de Buenos Aires.

Que, menciona, la estructura del marco regulatorio eléctrico fue establecida mediante tres organismos interrelacionados: a) la Secretaría de Energía que entre otras funciones se encarga de fijar los precios estacionales para las empresas de distribución que concurren al MEM para adquirir la electricidad que luego suministrarán a usuarios; 2) la planificación y el despacho físico de las unidades de generación y la administración del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) están a cargo del Organismo Encargado de Despacho (OED), funciones que desempeña CAMMESA, quien a su vez administra las transacciones entre agentes y terceros habilitados relativas a la energía y otros productos y servicios que comercian agentes conectados al Sistema Argentino de Interconexión (SADI); 3) el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) posee facultades tanto regulatorias como jurisdiccionales sobre la industria eléctrica.

Que en dicho marco regulatorio se estableció un mercado eléctrico competitivo conocido como MEM, a fin de que los generadores pudieran transar en él los productos que la regulación admite; pero no solamente, la energía que producen. En dicho mercado (MEM) los generadores como Duke Energy pueden vender energía en el mercado SPOT y/u otros productos mediante contratos de abastecimiento o contratos de reserva fría con empresas de generación, de distribución, grandes usuarios o comercialización en el Mercado a Término.

Que la actuación comercial de los generadores en el MEM se canaliza a través de dos modalidades, el Mercado a Término y Mercado Spot. En el Mercado a Término los generadores y operadores negocian libremente los contratos y los precios. En el Mercado Spot los precios se fijan en función de la oferta y la demanda en un momento bajo determinadas condiciones establecidas por la Secretaría de Energía.

Que afirma que desde el punto de vista físico y regulatorio del Sistema Argentino de Interconexión, no es factible que se entregue electricidad o energía en un nodo distinto al punto de entrada que declare el generador para vincularse con el Mercado Eléctrico Mayorista o MEM (el Nodo Generador o Nodo Generación). Tampoco es factible que un usuario conectado al SADI reciba energía de un nodo distinto al punto de salida que declare el usuario para vincularse con el MEM (el Nodo Consumo). Entonces, la actividad de la empresa culmina en el Nodo Generación ubicado en Neuquén tanto al vender energía en el mercado spot o en el mercado a término.

Que en el marco regulatorio eléctrico ni los vendedores ni los compradores intervienen en el transporte de la energía generada desde los Nodos de Generación a los Nodos de Consumo. El transporte es brindado por un prestador regulado y es remunerado por el OED o CAMMESA y no por los generadores o usuarios. El generador entrega en el Nodo Generación y el consumidor recibe en su Nodo Consumo; no existe un único punto de entrega y recepción salvo cuando el Nodo Generación coincide con el Nodo Consumo.

Que es el OED quien calcula y paga al transportista y también quien cobra los cargos variables de transporte de los generadores y usuarios del SADI. Las partes pueden convenir cómo se distribuyen los cargos variables de transporte correspondientes a un Contrato en el mercado a término pero no pueden disponer que no sea el MEM quien reciba la energía en el Nodo Generación y quien entregue la energía en el Nodo Consumo, ni tampoco cuánto cobran los transportistas involucrados entre el Nodo Generación y el Nodo Consumo.

Que los contratos de abastecimiento permiten a los usuarios abastecerse con la electricidad disponible en el SADI. No existe obligación de generar electricidad para el cliente o usuario; el generador sólo mantiene frente al SADI su obligación de generar para cumplir con las órdenes de despacho que imponga el OED por cuestiones técnicas y económicas de optimización del Sistema.

Que el Marco Regulatorio Eléctrico considera que la generación de energía y la demanda se encuentran en un mismo punto geográfico, en el caso, el Centro de Cargas del Sistema en la Estación Trasmadadora Ezeiza. Pero dicho Centro es una pauta utilizada para establecer la prioridad en el despacho, pero no significa que la energía pase físicamente por el mismo. La entrega física de la energía generada se produce en todos los casos en el punto de interconexión de la planta del generador con el SADI.

Que el objeto social de la empresa es la producción de energía y su comercialización en bloque; compromete su capacidad de producir en bloque sin estar obligada a generar determinada cantidad para el usuario. Que menciona dónde entrega la empresa la energía; que no es como lo dice la resolución que, en el caso de operación en el Mercado a Término, la entrega se produce en el “nodo mercado” en el caso de GUMAS, y en el “nodo distribuidor” en el caso de GUMES. Dice que el Fisco fuerza la existencia de un transporte y la entrega de una cosa. En “nodo de referencia” que es Ezeiza, permite asumir que toda la energía existente en el SADI se concentra en él, y de allí surgen los distintos cálculos de los precios, y esta metodología permite valorizar los saldos y la distribución de la remuneración del transportista, pero ello no define un cambio en el punto de entrega.

Que la entrega se produce en el punto de interconexión de la planta generadora con el SADI ubicada en Neuquén.

Que la mayoría de los ingresos la empresa los atribuyó a Neuquén por ser jurisdicción donde entrega la energía, tanto en los contratos con GUMAS y GUMES. El resto de los ingresos los asignó a la Ciudad de Buenos Aires, que no fue objeto de ajuste. En cuanto a los gastos, los asignó a la jurisdicción donde fueron soportados: Neuquén y Ciudad Autónoma. Por lo tanto, es correcta la atribución de ingresos y gastos, no correspondiéndole participación a la Provincia de Buenos Aires.

Que en suma, entiende que la actividad de generación de energía se lleva a cabo íntegramente fuera de la Provincia de Buenos Aires y, por lo tanto, no se verifica el sustento territorial necesario en tal jurisdicción. Surge de lo expuesto, según dice la empresa, que la Provincia carece de potestad tributaria y de jurisdicción para reclamarle tributos. Se extiende al alegar la falta de sustento territorial y menciona doctrina de diversos autores y también jurisprudencia.

Que supletoriamente pide la aplicación del Protocolo Adicional en atención a los distintos criterios interpretativos entre la Provincia de Buenos Aires y Neuquén. Entiende que se verifican los requisitos contemplados por la RG N° 3/2007, en particular que Neuquén ha inducido a error a la empresa en la forma de asignar la base imponible, y además, no se han determinado omisión de base imponible.

Que en respuesta al traslado corrido, la Provincia de Buenos Aires expresa que está probado, en el caso, la existencia de sustento territorial para considerar al contribuyente como sujeto a las normas del Convenio Multilateral en su jurisdicción. Con respecto a lugar de entrega de la energía dice que ha quedado demostrado que en el caso de operaciones en el Mercado a Término se considera como lugar de entrega de la energía para el caso de ventas a GUMAS, el “nodo mercado” ubicado en Ezeiza; y para el caso de ventas a GUMES, en el “nodo distribuidor” correspondiendo a la jurisdicción cuando el mismo esté situado en ella. Entiende que es inaplicable el criterio de la empresa al atribuir los ingresos al lugar en que se produce la conexión de la planta con el SADI, en Neuquén.

Que corresponde aclarar que el MEM (Mercado Eléctrico Mayorista) -lugar donde la firma realiza sus transacciones- está integrado por los siguientes actores:

- a) Un Mercado a Término, con contratos por cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre vendedores y compradores;
- b) Un Mercado Spot, con precios sancionados en forma horaria en función del costo económico de producción, representado por el Costo Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema;
- c) Un Sistema de estabilización por trimestres de los precios previstos para el Mercado Spot, destinado a la compra de los

Distribuidores.

Que con relación a la discusión en torno a la existencia (o no) del debido sustento territorial, el Fisco afirma que nunca aludió a una actividad de transporte propiamente dicha, como afirma la empresa, sino sólo a “gastos de transporte” soportados en la Provincia de Buenos Aires, los que otorgan sustento territorial a la pretensión fiscal. Ello queda corroborado por los contratos agregados por el fisco determinante en los cuales se establece quién asumirá el costo de los cargos fijos y variables del transporte, motivo por el cual el contribuyente no puede negar tal erogación, porque incurre efectivamente en gastos de transporte que se originan para ejercer su actividad.

Que al indagarse a la empresa, ésta afirmó que la remuneración de los transportistas está a cargo de los generadores, distribuidores y grandes usuarios, distribuida en función al uso del equipamiento. La facturación de la operación la hace CAMMESA. No obstante que la operación la realiza CAMMESA lo hace por intermedio de la empresa. En este punto cita normativa y también refiere a contratos de abastecimiento de energía con un GUMA, en los que los gastos de transporte están a cargo de DUKE ENERGY CERROS COLORADOS S.A. entre el “nodo generador” o conexión y el “nodo mercado”, y dicho GUMA lo soportará entre el “nodo mercado” y el “nodo consumo”.

Que, sin perjuicio de ello, más allá que la operación del sistema la realice CAMMESA, lo cierto es que por sí o por intermedio de CAMMESA, DUKE ENERGY abona gastos de transporte (tales gastos otorgan el sustento territorial necesario para que proceda la inscripción de la firma que nos ocupa como contribuyente de la Provincia de Buenos Aires).-

Que aclara que la fiscalización solicitó a la empresa que indique en qué cuenta contable se registran los cargos de transporte vinculadas a la operaciones, contestando que no existen tales cuentas, pero no obstante, se observan cuentas asociadas a los gastos de transporte.

Que la empresa incurre en gastos por su actividad que son aptos para medir el volumen de la cumplida, correspondiendo atribuir a la Provincia de Buenos Aires los gastos de transporte a los fines del cálculo del coeficiente unificado del Convenio Multilateral. Tales gastos se atribuyeron a la Provincia en proporción a los MWh vendidos en operaciones del Mercado a Término a los GUMA y GUME -cuyo ingresos son asignables al Fisco-sobre el total de MWh vendidos en el Mercado a Término más Mercado Spot, teniendo en consideración el art. 4º del Convenio Multilateral.

Que respecto a la atribución de ingresos dice que corresponde a la determinante, los obtenidos por los contratos celebrados en el Mercado a Término con GUMAS ya que la ubicación del “nodo mercado” se encuentra en la Provincia y con respecto a los clientes GUMES, cuando la ubicación del “nodo distribuidor” se encuentre también en la Provincia. Entiende que de dicha jurisdicción provienen los ingresos de la empresa.

Que dice que ambas partes coinciden en que los ingresos obtenidos se distribuyen por el art. 2º del Convenio Multilateral y, también, que para determinar el lugar de donde provienen los ingresos resulta aplicable el criterio de “lugar de entrega de la mercadería”.

Que analiza contratos en particular e información solicitada por la fiscalización, de donde surge que el generador pone a disposición de un Gran Usuario en el nodo del Centro de Cargas del Sistema -nodo mercado- la potencia prevista; y por lo tanto dice que no abriga dudas de que el lugar de entrega de la energía en las operaciones en el Mercado Spot se produce en las conexiones de las instalaciones del generador con la red de transporte ubicada en Neuquén, pero en el caso de las operaciones del Mercado a Término, la entrega se produce en el “nodo mercado” para aquellas realizadas con GUMAS y en el “nodo distribuidor” para las celebradas con GUMES. Y si el nodo mercado o distribuidor se encuentran en la Provincia, los ingresos de tales operaciones deben asignárseles.

Que se refiere a la prueba documental que está glosada y entiende que es insuficiente y parcial. Se defiende de los dichos de la empresa que le atribuye un análisis parcial, expresando que durante el procedimiento ha cursado oficios a la Secretaría de Energía sobre el marco regulatorio, así como respecto de que debe entenderse por entrega de energía y lugar físico donde se produciría; también al ENRE y a CAMMESA.

Que respecto del pedido de aplicación del Protocolo Adicional, señala que el contribuyente ha incurrido en omisión de base imponible, extremo que veda su aplicación.

Que puesta al análisis de la causa, esta Comisión Arbitral observa que Duke Energy Cerros Colorados SA es una empresa generadora de energía eléctrica en el complejo Cerros Colorados ubicado en la Provincia del Neuquén. El ajuste sólo está referido a las operaciones que concierne Duke Energy Cerros Colorados S.A. en el Mercado a Término y la controversia radica en la existencia o no de sustento territorial en la Provincia de Buenos Aires, la atribución de gastos de conformidad con el último párrafo del art. 4º del Convenio Multilateral y la atribución de los ingresos de dichas operaciones.

Que la Provincia de Buenos Aires afirma que el sustento territorial de la actividad de la empresa radica en que la firma incurre en gastos de transporte en la jurisdicción, gastos que se encuadran en el art. 4º del Convenio Multilateral.

Que el hecho de que la empresa no contrate a la transportadora de energía no significa que ella se desprenda de su titularidad; es irrelevante quién contrata el transporte y quién lo paga entre el punto de origen y el punto de destino, desde el momento en que toda la operación -incluido el transporte- se la hace por cuenta de Duke Energy e incide directamente en su patrimonio.

Que no hay duda de que la empresa extiende o proyecta su actividad más allá del “nodo generación” con los gastos de transporte originados hasta el “nodo mercado” o el “nodo distribuidor” y, ese hecho, surge de los contratos pactados en el Mercado a Término con GUMAS y GUMES, que tienen una previsión de que la empresa generadora se hará cargo de los gastos de transporte. Que es innegable que en los contratos con dichos usuarios la empresa asume los gastos fijos y variables del transporte.

Que, en consecuencia, tales gastos de transporte soportados por Duke Energy otorgan sustento territorial en la provincia de Buenos Aires, encuadrando en el art. 4º del Convenio Multilateral que dispone: “... que un gasto es efectivamente soportado en una jurisdicción, cuando tenga una relación directa con la actividad...” y expresamente prevé en otro párrafo que “Los gastos de transporte se atribuirán por partes iguales a las jurisdicciones entre las que se realice el hecho imponible.”

Que la Provincia de Buenos Aires atribuyó los gastos en proporción a los MWh vendidos en operaciones del Mercado a Término a los GUMAS y GUMES de la Provincia de Buenos Aires sobre el total de los MWh vendidos en el Mercado Spot y Mercado a Término. Lo dicho significa que la fiscalización al total de gastos de transporte lo multiplicó por dicha proporción y el monto resultante, a su vez, fue multiplicado por 0,50 (en virtud que el origen del transporte es la Provincia de Neuquén. Ello así pues, la liquidación de los MWh vendidos y de los gastos de transporte de los mismos los efectúa CAMMESA y dicha liquidación se hace por cantidades físicas e importes totales, sin discriminar entre el mercado o el tipo de usuarios a los cuales proporcionó la electricidad. Que en consecuencia, no es posible, a través de las liquidaciones por gastos de transporte, hacer una discriminación monetaria de dichos gastos entre los correspondientes a los distintos mercados o tipos de usuarios.

Que por lo ante dicho, es razonable la atribución de gastos efectuada por la Provincia de Buenos Aires.

Que con respecto a la atribución de ingresos, la energía generada, a los fines de su transporte, “se vuelca” en el SADI. Una vez efectuado el mismo, se produce la efectiva entrega de dicha energía (en el nodo distribuidor o nodo mercado, según corresponda), circunstancia que la Provincia ha tomado como pauta para inferir de qué jurisdicción provienen los ingresos.

Que por aplicación del principio de la realidad económica (art. 27 del Convenio Multilateral) la Comisión Arbitral considera que en los casos de contratos a término, pactados en el Mercado Eléctrico Mayorista, los ingresos provenientes de dicha actividad deben asignarse a la jurisdicción donde efectivamente se entrega la energía, entendiéndose por tal al lugar donde los co-contratantes (GUMAS o GUMES) consumen o aprovechan la potencia y energía comprometida por el generador.

Que por las razones expuestas, se comparte el criterio de asignación de los ingresos efectuado por la Provincia de Buenos Aires.

Que con respecto a la aplicación del Protocolo Adicional, la Provincia de Buenos Aires sostiene que la empresa ha incurrido en omisión de base imponible, y por lo tanto el mismo no resulta aplicable.

Que la Asesoría ha tomado la intervención que le compete.

Por ello,

LA COMISION ARBITRAL

(Convenio Multilateral del 18-08-77)

RESUELVE:

ARTICULO 1º) - Desestimar la acción interpuesta por la firma DUKE ENERGY CERROS COLORADOS S.A. contra la Resolución N° 2519/2008 de la Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Buenos Aires, por los considerandos de la presente.

ARTICULO 2º) - Notifíquese a las partes y comuníquese a las demás Jurisdicciones adheridas.

LIC. MARIO A. SALINARDI - SECRETARIO

CRA. ALICIA COZZARIN DE EVANGELISTA - PRESIDENTE