

San Carlos de Bariloche, 18 de octubre de 2012

RESOLUCIÓN N° 18/2012 (C.P.)

VISTO el Expte. CA 790/2008 Duke Energy Cerros Colorados S.A. c/Provincia de Buenos Aires, en el que Duke Energy Cerros Colorados y la Provincia del Neuquén interponen sendos recursos de apelación contra la Resolución (CA) N° 1/2011 que desestimó la acción promovida por la firma de referencia contra la Resolución 2519/2008 dictada por la Provincia de Buenos Aires; y,

CONSIDERANDO:

Que dichos recursos se ha presentado conforme a las exigencias formales previstas en las normas legales y reglamentarias, motivo por el cual corresponde su tratamiento (art. 25 del Convenio Multilateral).

Que los agravios que expresan ambas apelantes son similares en su contenido. Señalan que es falso el criterio de la resolución en crisis de que exista sustento territorial de la Provincia de Buenos Aires a los efectos del IIBB, con respecto de las ventas de electricidad de DUKE en el Mercado a Término del MEM con GUMAS y con GUMES domiciliados en esa jurisdicción.

Que el "lugar de entrega" de la electricidad es siempre el nodo Generador y el nodo Ezeiza es un "punto de referencia", no un "lugar de entrega", a efectos de valorar la energía inyectada por cada Generador y retirada por cada usuario, ya sea en el Mercado Spot o en el Mercado a Término y, en base a dicha valuación, se calculan los cargos de transporte a pagar por el conjunto de los usuarios del sistema. Es en el nodo Generador donde Duke se desprende de la propiedad y del riesgo sobre la electricidad, transfiriéndola al MEM.

Que el sistema eléctrico argentino determina que el lugar de entrega del Generador se encuentra escindido del lugar de recepción por el cliente. Entre el nodo Generación y el nodo Consumo, CAMMESA es responsable de la administración y transporte de la energía disponible en el SADI, todo ello por cuenta y orden del conjunto de los agentes del MEM y no por cuenta y orden de uno de ellos en particular.

Que la propiedad de la electricidad una vez inyectada en el nodo Generador es del conjunto de los agentes (generadores, autogeneradores, cogeneradores, distribuidores, grandes usuarios) del MEM y cada agente pasa a ser un acreedor o deudor del MEM -y no de su respectiva contraparte si es que existe un contrato-, según inyecte o tome energía del MEM.

Que en el Marco Regulatorio no existe prestación de un servicio de transporte por el traslado de energía de un Generador a un usuario, ya sea del Mercado Spot o del Mercado a Término. Existe un sistema integrado de redes de transmisión eléctrica en donde los distintos generadores y usuarios se conectan a través de los distintos nodos. El servicio de transporte es prestado por el transportista y es CAMMESA quien administra el sistema en su conjunto, incluyendo su transporte, actuando por cuenta y orden de todos los usuarios del sistema y no de uno en particular. El costo de transporte pagado por CAMMESA a los transportistas, es distribuido entre los distintos usuarios en base a criterios técnicos impuestos por la regulación, no por un contrato determinado, entre los que se destaca la distancia entre el nodo del usuario, ya sea generador o consumidor, del nodo Ezeiza, y calculado en forma independiente de las transacciones que realice el Generador en el Mercado a Término.

Que al ser impuestos por la regulación con independencia de los contratos, los cargos de transporte -que cubren varios conceptos, como la pérdida de energía durante la transmisión, una compensación por las diferencias de precios en los distintos nodos por los déficits energéticos regionales y un cargo destinado a la operación y mantenimiento de las líneas de transmisión- no constituyen una "erogación" ya que nunca se tendría el derecho a recibir un precio por encima del precio nodo a los fines del transporte.

Que tal cargo antes que un "gasto" es un menor ingreso, un concepto que se resta de la liquidación de venta; prueba de ello, es que el importe que se considera "ingreso bruto" es el monto de venta menos dicha compensación por pérdidas de traslado.

Que en el caso de las operaciones con GUMAS, la ficción de la entrega en el "Nodo Mercado" es insostenible, pues este nodo es un punto de referencia para modelar el sistema y donde se asume que se concentra la oferta y la demanda, pero la energía no pasa por allí físicamente. Las mediciones en Ezeiza, no pueden identificar la energía

que está entregando Duke, dichas mediciones tienen que ver con la energía que llega hasta dicho nodo, y sirven para hacer el cálculo de las pérdidas de transmisión. Respecto a las operaciones con GUMES, no es cierto que la energía se entregue en el "nodo distribuidor", esa tarea no sólo está a cargo de la transportista y no se hace "por cuenta" de Duke sino de un ente distinto que es el Mercado a Término del SADI, para el cual opera la transportadora.

Que Duke supletoriamente reitera el pedido de la aplicar el Protocolo Adicional en atención a los distintos criterios interpretativos entre la Provincia de Buenos Aires y Neuquén. Ofrece prueba pericial técnica, testimonial; hace reserva del caso federal; y solicita que se haga lugar al recurso y se revoque la resolución apelada.

Que por su parte, la Provincia de Buenos Aires en respuesta a los traslados corridos, sostiene que el sustento territorial se desprende de los contratos de abastecimiento celebrados por DUKE con GUMAS y GUMES, toda vez que la firma debe abonar por el transporte cargos fijos o variables entre su nodo de conexión y el nodo Mercado, en el caso de GUMAS; y los cargos variables de transporte hasta el nodo Distribuidor en el caso GUMES, porque el contribuyente, desarrolla parte de su actividad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y, por lo tanto, parte de los ingresos de dicha actividad corresponde que sean asignados a esta jurisdicción.

Que tanto la Secretaria de Energía como CAMMESA hacen diferencias según las operaciones se concreten en el Mercado Spot o en el Mercado a Término. En las transacciones realizadas en el Mercado Spot, la Secretaría de Energía se remite a ciertas normas donde se definen los puntos de intercambio físico, que se consideran como punto de entrega. En cambio, para las operaciones concertadas por el generador en el Mercado a Término, se establece que "en el contrato se especificará el o los puntos de intercambio del MEM: punto o puntos de entrega del vendedor y puntos donde se considera recibiendo la energía el comprador...".

Que el art. 6° de la Ley 24065, establece que los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, los que serán libremente negociados entre las partes. Deduce de lo expuesto que en las operaciones a través de contratos dentro del Mercado a Término, se evidencia una entrega física fuera del nodo de interconexión de la planta con el SADI, cuyo lugar debe ser pactado entre las partes, las cuales deben verificar que exista esa vinculación con la red de transporte, a fin de asegurar esa entrega.

Que es claro que en el caso de las operaciones en el Mercado a Término, la entrega se produce en el "nodo Mercado" para aquellas operaciones efectuadas con GUMAS y en el "nodo Distribuidor" para las efectuadas con GUMES; motivo por el cual, concluye, que la firma debe asignar a la Provincia de Buenos Aires los ingresos obtenidos por los contratos celebrados en el Mercado a Término con GUMAS ya que la ubicación del "nodo Mercado" se encuentra en dicha jurisdicción y los de los clientes GUMES cuando la ubicación del "nodo Distribuidor" se encuentre también en esta Provincia.

Que no cabe suponer que la energía entregada en el nodo Generador pase a ser propiedad de la transportista hasta el nodo donde pasa a la distribuidora o al usuario directo, ya que entonces se desvirtuaría la actividad de la transportadora, que pasaría a realizar la comercialización de la energía en lugar de transportarla.

Que con relación a los cargos fijos y variables del transporte que se fijan y cobran al conjunto de los usuarios del SADI, motivo por el cual la agraviada no habría podido extender su actividad más allá del nodo Generador y porque tales gastos no podrían ocurrir en las operaciones en el Mercado a Término, expresa que en los contratos de suministro se establece, en forma expresa, quién asumirá y en qué medida el costo de los cargos fijos y variables de transporte.

Que el último párrafo del art. 1° del Convenio dice que cuando se hayan realizado gastos de cualquier naturaleza, aunque no sean computables a los efectos del art. 3° pero vinculados con las actividades que efectúe el contribuyente en más de una jurisdicción, tales actividades estarán comprendidas en las disposiciones del Convenio.

Que puesta al análisis de la causa, esta Comisión Plenaria observa que el conflicto estriba en determinar si Duke Energy Cerros Colorados SA ostenta sustento territorial en la Provincia de Buenos Aires por haber incurrido en gastos de transporte en la misma, y si es esa la jurisdicción donde se entrega la energía en el caso de usuarios GUMAS y GUMES.

Que corresponde aclarar que no existe conflicto con relación al mercado spot.

Que en cuanto al primer aspecto, si bien los gastos o costos de transporte son pagados por CAMMESA a los transportistas del SADI, esos gastos son distribuidos entre los distintos usuarios en base a criterios técnicos, por lo que existe un gasto de transporte entre el nodo Generador y el nodo Consumo o Distribuidor, que soporta la empresa apelante, aunque este hecho sería irrelevante pues no interesa quien asuma esos costos. Y son estos gastos o costos que dan el sustento territorial en la Provincia de Buenos Aires.

Que es irrelevante quién contrata el transporte, porque quien lo soporta entre el punto de origen y el punto de destino es la empresa apelante, desde el momento en que toda la operación -incluido el transporte- se hace por cuenta de Duke Energy.

Que los contratos de suministro agregados a las actuaciones, prevén cláusulas donde se establece que Duke soportará los gastos de transporte desde el nodo Generador hasta el nodo Mercado o el nodo Distribuidor, según se trate de GUMAS o GUMES.

Que el cargo del transporte implica por sí mismo una extensión de la actividad de Duke Energy. El último párrafo del art. 1° del Convenio Multilateral establece que cuando se hayan realizado gastos de cualquier naturaleza, vinculados con las actividades que efectúe el contribuyente en más de una jurisdicción, tales actividades estarán alcanzadas por el C.M.; y, por tanto, se entiende que el pago del cargo del transporte implica en sí mismo una "extensión de la actividad de la empresa", porque se realiza con motivo u ocasión de su propia actividad.

Que en suma, el gasto o costo de transporte configura un elemento suficiente para el sustento territorial en la Provincia de Buenos Aires y, como la entrega de la energía vendida se produce en dicha jurisdicción, donde se encuentra radicado el comprador, situación conocida por el vendedor, no caben dudas de que de allí provienen los ingresos, conforme lo establece el inc. b) del art. 2° del Convenio Multilateral a efectos de la atribución de los mismos.

Que en consecuencia, corresponde confirmar la Resolución de Comisión Arbitral recaída en el caso.

Que el pedido de aplicación del Protocolo Adicional no puede prosperar. Ello en razón de que la Provincia de Buenos Aires detectó omisión de base imponible; por otra parte, tampoco ha habido inducción a error por parte de los Fiscos involucrados, de acuerdo a lo establecido por la Resolución General N° 3/2007.

Que la Asesoría ha tomado la intervención que le compete.

Por ello,

LA COMISIÓN PLENARIA

Convenio Multilateral del 18/8/77

Resuelve:

ARTICULO 1°) - Desestimar los sendos recursos de apelación interpuestos por Duke Energy Cerros Colorados SA y por la Provincia del Neuquén en el Expte. C.M. N° 790/2008, conforme a lo expuesto en los considerandos de la presente.

ARTICULO 2°) - Notificar a las partes interesadas mediante copia de la presente, hacerlo saber a las demás Jurisdicciones adheridas y archivar las actuaciones.

MARIO A. SALINARDI - SECRETARIO

AGUSTIN DOMINGO - PRESIDENTE