

BUENOS AIRES, 18 de febrero de 2015

RESOLUCIÓN C.A. N° 13/2015

VISTO el Expediente C.M. N° 1089/2013 “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 Disposición Delegada N° 4672/2012 del Departamento de Operaciones Área Metropolitana ARBA (Agencia de Recaudación 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.

Que alega que ARBA asume como ciertos los siguientes dos hechos esenciales y necesarios, sin los cuáles sus premisas serían falsas: (i) que Duke es propietario de la energía y corre con el riesgo de la cosa hasta el Nodo Ezeiza ubicado en Provincia de Buenos Aires; y (ii) que los cargos de transporte (gastos para ARBA) que CAMMESA atribuye a los contratos del Mercado a Término celebrados por Duke, tienen relación con la supuesta entrega de energía en el Nodo Ezeiza ubicado en la Provincia de Buenos Aires.

Que el régimen especial aplicable al Mercado Mayorista Eléctrico establece que el vendedor no es responsable del traslado de la energía hasta el Nodo Ezeiza, Provincia de Buenos Aires, ni es en el Nodo Ezeiza donde se produce la *traditio* al comprador. Destaca que al analizar el mercado eléctrico y su regulación, el vendedor es propietario de la energía hasta el Nodo Generador (nodo de interconexión del generador al SADI) en la Provincia del Neuquén y que a partir de ese punto, el total de la energía del SADI es administrada en conjunto por CAMMESA, por cuenta y orden de todos los agentes del MEM.

Que los cargos de transporte que debe abonar el vendedor atribuidos por CAMMESA al respectivo contrato de venta de energía no tienen relación con una entrega de la energía en el Nodo Ezeiza ubicado en la Provincia de Buenos Aires, sino que es simplemente una referencia uniforme que permite fijar precios en base a un mismo criterio.

Que Duke no entrega la energía eléctrica en Buenos Aires sino en Neuquén, y no transporta energía (ni lo hace un tercero por Duke) hasta la Provincia de Buenos Aires. Dice que esto lo demuestra la regulación eléctrica, los propios Contratos a Término, y toda la prueba producida en el expediente. Refiere a consultas realizadas a la Secretaría de Energía de la Nación, Resolución SE N° 221/95, a CAMMESA, Informe Pericial de donde surge que *“el generador entrega su producción de energía eléctrica en su nodo de conexión con el Sistema Argentino de Interconexión (SADI)”*.

Que cita, además, doctrina jurídica especializada en el tema eléctrico, los procedimientos de CAMMESA y los contratos de Duke con sus clientes del Mercado a Término, cuyo texto dice que el punto de entrega se establece en el Nodo Ezeiza y que dicha referencia es simplemente una manera de explicar cómo se va a calcular el precio de la energía.

Que supletoriamente, y en atención a la controversia que se ha planteado con motivo de los distintos criterios interpretativos sobre el modo de aplicar el Convenio Multilateral por parte de los Fiscos de las Provincias de Buenos Aires y del Neuquén, solicita la aplicación al caso del Protocolo Adicional al Convenio Multilateral en los términos de la Resolución General C.A. N° 3/2007. Ofrece prueba documental y hace reserva del caso federal.

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 al 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 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 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 en consecuencia, los gastos de transporte a los fines del cálculo del coeficiente unificado del Convenio Multilateral se atribuyeron a la Provincia 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 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 esta Comisión Arbitral observa que 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 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 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 siendo 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, 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 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 lo 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 y gastos 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) - No hacer lugar a la acción interpuesta por la firma Duke Energy Cerros Colorados S.A. contra la Disposición Delegada N° 4672/2012 del Departamento de Operaciones Área Metropolitana ARBA, por lo expuesto en los considerandos de la presente.

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

MARIO A. SALINARDI - SECRETARIO

CR. ROBERTO ANIBAL GIL - PRESIDENTE