



Comentarios al Documento “ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL SEC”

Documento CAC-023-05
Septiembre de 2005

OBJETIVO

Presentar los comentarios al documento “Aspectos Tributarios del SEC”, incluidos en el concepto publicado por la Comisión de Regulación de Energía y Gas –CREG-para comentarios de los agentes del mercado, el cual fue dado por la firma de Abogados Arenas & Angel Asociados.

ASPECTOS GENERALES

El Comité resalta el esfuerzo que realiza la CREG por identificar claramente los aspectos que pueden generar distorsión en los precios de transacciones a realizarse a través del Sistema Electrónico de Contratos Normalizados – SEC-, e insiste en la importancia de tener en cuenta dichos aspectos a la hora de establecer la fórmula para trasladar los costos de compras de energía para los usuarios finales regulados.

Sin embargo, la identificación plena de estos elementos debe servir para poder tener unas soluciones concretas al momento de entrar en operación el SEC, de forma que no se generen costos adicionales para los agentes del mercado, que en última instancia

generan un mayor valor de la energía. Por tanto, como se va a señalar para cada uno de los impuestos analizados, deben aclararse bien estos y otros puntos que la industria identifica ante la entrada en operación del nuevo esquema de transacciones de energía, antes de que dicho esté en funcionamiento.

De otro lado, dado que el estudio realizado por la firma de abogados consultada por la CREG parte del hecho de que las transacciones a realizar en el SEC son negociaciones de futuros y opciones, es decir, derivados financieros claramente definidos como tales, es necesario que la CREG pase a determinar estas transacciones por estos nombres, de manera que no se generen confusiones ni interpretaciones diversas por parte de las autoridades tributarias.

En los borradores conocidos hasta la fecha por los agentes, las transacciones en el SEC se han definido como contratos, a pesar de que su negociación y la definición misma se asemeja (o es la misma) de los futuros y las opciones. Es claro que los futuros y las opciones en último término son contratos, con características especiales, pero que para los efectos tributarios, tal como lo señalan los asesores en varios puntos, están claramente diferenciados por la legislación, y como tal, tienen tratamientos especiales, a la luz de los cuales, bien valdría la pena que se utilizaran estos nombres, y no otra denominación.

Otro aspecto importante a considerar es la definición de las transacciones en el SEC como parte de la Bolsa de Energía, sin que para ello se tengan que definir como contratos. El Comité considera que se puede utilizar una definición que establezca que se trata de transacciones de futuros y opciones, que se realizan a través de la Bolsa de Energía, y que afectan los intercambios de energía de los agentes en la Bolsa.

Finalmente, es importante definir claramente la forma en que estos tributos o gravámenes van a ser trasladados a los usuarios finales regulados, en el caso de energía que se transa con el fin de atender la demanda de dichos usuarios. En varios documentos el Comité ha insistido en la necesidad de establecer si harán parte del precio de la energía, y de qué forma se considerarán.

COMENTARIOS DETALLADOS

Tal como lo hace el documento publicado por la CREG, el Comité plantea algunos interrogantes y sugerencias, en el mismo orden en que los asesores presentan su análisis de cada tributo o gravamen:

Impuesto de timbre

Es claro entonces que el estatuto tributario establece una exención para las operaciones de futuros y opciones. Sin embargo, en caso de definirse las transacciones en el SEC como asimilables a ofertas mercantiles, en lugar de establecerse como futuros y opciones, surgen varios interrogantes con respecto al cumplimiento de las condiciones para que sea una oferta mercantil:

- Emisión de la orden de compra o de venta

Dado que las transacciones son anónimas en el SEC (solo el Administrador conoce el comprador y el vendedor), se plantea la inquietud del cumplimiento adecuado de las condiciones para que se pueda catalogar la transacción como oferta mercantil, dado que uno de los requisitos de las mismas, planteado por el mismo asesor, es que exista una orden de compra (o de venta) a partir de la oferta, aceptando en las mismas condiciones dicha oferta. Esto plantea la pregunta de quién será la contraparte que emitirá la orden de compra para quienes hacen una oferta de venta, el Administrador o se conocerá el agente.

- Precio y cantidad de adjudicación en el SEC

Por el mecanismo descrito para determinar las transacciones en el SEC, cruzando oferta y demanda, es probable que el mismo sistema adjudique algunas transacciones a precios diferentes a las ofertas emitidas por compradores y vendedores. En este caso, la aceptación no sería exactamente en los mismos términos de la oferta inicial, en cuyo caso sería necesaria una nueva emisión de oferta en los términos de la adjudicación.

Gravamen a los Movimientos Financieros - GMF

La primera consideración que hay que hacer frente al tema del GMF, es que, tal como está planteado, y si no se encuentran alternativas que permitan al Administrador no pagar el GMF, se está generando un costo adicional al mercado con el pago de las transacciones que hoy se realizan de forma bilateral, a través de un tercero.

El Comité es consciente de que en la actualidad el Administrador del SIC viene trabajando con una entidad bancaria a la cual le es aplicable una exención de este gravamen para cierto tipo de transacciones, lo cual ha reducido el impacto del mismo sobre el costo de Administración del Mercado.

Sin embargo, el Comité considera que más que buscar una solución específica para el SEC, debe buscarse una solución definitiva para que dicho gravamen no sea aplicable a

los giros que realiza el Administrador del Mercado en cumplimiento del mandato de los agentes y de la regulación vigente, de ser la entidad de recaudo de todos los dineros que se derivan de las transacciones de la Bolsa de Energía, de forma similar a la que aplica en la actualidad para la Bolsa de Valores.

Dado que en su momento se emitió un concepto al ASIC de la imposibilidad de aplicar dicha exención por similitud de las entidades, se sugiere a la CREG hacer la gestión para que en una eventual reforma tributaria se establezca esta exención.

Se resalta que la exención que se pretende es sobre los giros realizados por el ASIC a los agentes por las transacciones en la Bolsa y los cargos que administre conforme la regulación, y no para los pagos de los agentes al ASIC por estos mismos conceptos. De esta forma, si se lograra la exención, y al definirse las transacciones en el SEC como parte de la Bolsa de Energía, se estarían cobijando también los pagos que se deriven de este mecanismo administrado para la contratación de energía, evitando así que se genere un pago adicional equivalente al GMF, que iría a incrementar la tarifa de usuario final por concepto de Administración del Mercado.

Impuesto al Valor Agregado - IVA

Aunque el concepto del Asesor es claro en cuanto a la aplicabilidad de este impuesto para las primas de las opciones, es importante aclarar que, según las expectativas de los agentes del mercado, y tal como se han venido trabajando este tipo de instrumentos entre los agentes (dado que en la actualidad se negocian opciones, con primas sobre el precio de la energía), se sugiere revisar la aplicabilidad de dicho concepto, puesto que las primas se consideran parte del precio del bien energía, el cual, como lo señala el grupo asesor, está exento de este impuesto, por ser un servicio público.

Por tanto, sería importante revisar si se puede exonerar el pago del IVA en las primas de las opciones, a la luz de la exención que aplica (Art. 424 del estatuto tributario) para el servicio de energía eléctrica y actividades complementarias.

Ahora bien, si se llega a la conclusión de que efectivamente la prima de las opciones no puede considerarse como parte del precio de la energía, y por tanto es gravable con el IVA, este impuesto estaría generando un desequilibrio con los demás tipos de transacciones no gravables con este impuesto, lo cual podría originar un menor volumen de transacciones de este tipo de instrumentos.

Industria y Comercio - ICA

En cuanto a la territorialidad de este tributo, el Comité comparte el concepto del Asesor.

Sin embargo, es necesario definir claramente por parte de la CREG la forma en que se van a realizar los “cierres de posiciones” en el SEC, dado que el mismo MW puede estarse transando varias veces, lo cual no debería dar origen a tributar el por concepto de industria y comercio tantas veces como se transe dicho bien. Se considera que la tributación debería realizarse únicamente sobre las posiciones que quedan abiertas en el momento de maduración de los contratos.

Un ejemplo de este caso puede ser un comercializador que compra cinco veces un contrato de futuro y lo vende en cuatro oportunidades. Al final deja abierta una posición de compra que es la que se madura, y se tiene en cuenta para cubrir la demanda comercial de los clientes que atiende. La única transacción que debería quedar registrada como compra es la que se madura, y así no se está tributando varias veces sobre la misma energía.

Retención de ICA

No es clara la interpretación que hace el Asesor en cuanto a la forma de aplicar las retenciones, dado que para quienes deben realizar la retención de ICA, el anonimato dificulta la aplicación de la norma. Surgen varias inquietudes:

- ¿Si un comprador y un vendedor están ubicados en el mismo Municipio, el cual tiene establecida la retención del ICA para el recaudo, en este caso sería el comprador debería aplicar la retención? Aunque es claro que las transacciones son anónimas, el Administrador sí conoce quien transa con quien, y por tanto, es el único que podría determinar si es aplicable la retención, por efecto de conocer la ubicación de comprador y vendedor.
- Entonces surge otro interrogante: ¿En calidad de mandatario, el ASIC debería aplicar las retenciones e informarlas? Si fuera aplicable la retención conforme la primera pregunta, se considera que el ASIC debería informar a los agentes involucrados de las retenciones aplicadas, caso en el cual se estaría perdiendo el anonimato.

Por tanto, el Comité considera necesario profundizar en el análisis de este concepto, para tratar de resolver los interrogantes planteados.

Estampillas Regionales

Respetuosamente, el Comité considera que el concepto no dice nada con respecto a la gran preocupación de los agentes del mercado frente al tema, y es la afectación del precio de transacción en el SEC.

La mayor dificultad con las estampillas no es para el Administrador del Mercado en cuanto a la aplicación de las retenciones. El problema radica para el Administrador en poder determinar el precio de transacción de los agentes que son sujetos para aplicar las estampillas, y sobre esto no se dice nada.

Como se ha manifestado en diferentes escenarios, el problema es que la oferta se hace sin considerar el posible efecto de las estampillas. Sin embargo, puede resultar que a la hora de la adjudicación, termine vendiendo a un agente que debe aplicar retenciones por concepto de estampillas regionales o locales, situación que afecta el precio de transacción, y por ende, el ingreso del vendedor.

Esta situación genera entonces dificultades con el anonimato y con la determinación del precio de transacción. El anonimato se perdería al momento de que como vendedor me apliquen una retención, porque por el % se podría saber a quién corresponde como comprador. Por otro lado, encarece el precio de transacción, porque muy seguramente los agentes harán sus ofertas considerando el peor escenario de retenciones aplicables por parte de cualquier posible comprador.

Por tanto, al igual que en el GMF, se requiere de una solución más completa y a largo plazo. Sabiendo de las dificultades que puede tener el tema, sería importante tratar de conseguir una exención a la compra de energía en general, para este tipo de estampillas, de manera que no se siga afectando a los prestadores, e indirectamente a los usuarios, dado que el costo de las mismas terminará siendo trasladado a éstos. La exención pretendida no sería solamente para las transacciones en el SEC, sino en general para las transacciones en el mercado mayorista.

Mientras se evalúa y propone esto, es importante que la CREG analice la posibilidad de que el Administrador afecte los precios de transacción en el momento de adjudicación, de manera que dependiendo del comprador, su oferta de compra se vea afectada antes de hacer el cruce de la oferta y la demanda. Entendemos que la CREG debe examinar esta posibilidad a la luz de la reglamentación que se expide en materia de impuestos, pero debe considerarse que generan una distorsión que debe resolverse vía mercado, ya que seguramente los entes territoriales no eximirán a este tipo de transacciones del pago del tributo.

Retención en la Fuente

Se insiste que la definición de este tipo de operaciones como transacciones en la Bolsa de Energía, automáticamente las exonera de retención en la fuente, por aplicación de la exención vigente para estas transacciones en dicho mercado.