
**INCIDENCIA DEL ICMS SOBRE LA DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA – STJ - SE
PRONUNCIA A FAVOR DE LOS CONTRIBUYENTES**

Guilherme de Carvalho Doval
gdoval@almeidalaw.com.br

I – INTRODUCCIÓN

Hace ya algunos años que la polémica acerca de la incidencia del Impuesto sobre la Circulación de Mercancías y Servicios (ICMS) en relación a la demanda o potencia de energía contratada, ha venido generando decisiones divergentes en el ámbito de los Tribunales de Justicia de los Estados.

La cuestión, de gran interés directo para los grandes consumidores, finalmente, parece haber tenido un desenlace, en virtud de la sentencia, de fecha 11/03/2009, de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia, que resolvió a favor de los contribuyentes.

Esta decisión puede repercutir sensiblemente en los costes en energía del sector productivo nacional así como en los de otros consumidores atendidos en alta tensión, tales como grandes edificios, hoteles, etc.

II – ENTENDIMIENTO DE LA CUESTIÓN

La composición del precio de la energía que consumen los grandes consumidores del país, conforme a la reglamentación del sector energético nacional, en especial, de la Resolución Normativa 456/00 de la ANEEL (Agencia Nacional de Energía Eléctrica) se basa en dos elementos: (i) el consumo y (ii) la demanda o potencia contratada.

El consumo es la energía efectivamente consumida, mientras que la potencia contratada consiste en la “demanda de potencia activa que debe ser obligatoria y continuamente estar puesta a disposición por parte de la concesionaria, de acuerdo con el valor y periodo de vigencia fijados en el contrato de suministro” y que deberá ser íntegramente satisfecha, sea o no efectivamente utilizada, durante el período objeto de de facturación expresado en kilovatios (kW)”

Siendo esta la situación, a los consumidores de gran potencia se les aplica la denominada tarifa binomio, en la cual se miden consumo y demanda. El consumo se calcula multiplicando la tarifa en reales/Kwh. por el valor de la energía efectivamente consumida, mientras que la demanda, se calcula por el mayor de los resultados que surjan de multiplicar la tarifa en reales/Kw. por el valor de la potencia contratada o de la medida en Kw. De este modo, se demuestra que la potencia contratada simplemente retribuye, la garantía de tener a disposición el flujo de energía. El hecho de que los Estados hagan incidir el ICMS sobre toda la factura de energía, há conducido a que hayan tributado, bajo el concepto de circulación de mercancías, no únicamente aquello que efectivamente circuló (la energía efectivamente consumida) sino también la potencia o demanda contratadas.

III – PRONUNCIAMIENTO DEL TSJ

En la sentencia que resolvió el Recurso Especial nº 960.476/SC, por parte de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia, compuesta por la Primera y Segunda Salas del Tribunal, únicas competentes para apreciar la materia, la mayoría decidió a favor de los contribuyentes. El Ponente de la sentencia se basó en precedentes del mismo Tribunal (Recurso Especial 222.810) para afirmar que “a los efectos de la incidencia del ICMS, la legislación considera la energía eléctrica una mercancía y no un servicio”. En su consecuencia, bajo el argumento de que la incidencia del ICMS presupone un efectivo consumo de energía, no quedó sujeta a tributación la potencia contratada.

IV – EFECTOS DE LA SENTENCIA

A pesar de que la sentencia dictada sólo surte efectos entre las partes implicadas, es preciso destacar que la misma se produjo bajo la vigencia de la Ley nº 11.672/2008, la

denominada “Ley de Recursos Repetitivos”, de tal manera que los procesos que ya se encuentran en el TSJ serán resueltos en el mismo sentido.

Igualmente, es preciso resaltar que los nuevos Recursos que se eventualmente se presenten al tribunal tratando del mismo asunto, serán inadmitidos, salvo en las hipótesis en que el pronunciamiento judicial se haya dictado contra el criterio del TSJ.

V- ALCANCE DE LA DECISIÓN

Por último, es preciso destacar que no tan sólo las grandes industrias han sido sometidas a una tributación ilegal y excesiva del ICMS sobre la demanda contratada. Diversos consumidores de energía también están sujetos a la tarifa binomio comentada, por lo que pueden solicitar la restitución de los tributos indebidamente satisfechos además,

lógicamente, de dejar de pagar la exacción excesiva.

Y ello, porque la tarifa binómica se aplica a unidades consumidoras con suministro en tensión igual o superior a 2,3 kw, o inclusive a aquellas atendidas en una tensión inferior a los 2,3 kw, a partir del sistema subterráneo de distribución, es decir, incluye desde grandes fincas en régimen de propiedad horizontal hasta clubes, etc.

Almeida Abogados dispone de gran experiencia y especialización en el Sector Eléctrico y en su reglamentación, contando con un equipo competente que se coloca a disposición de sus clientes para evaluar, caso por caso, si la sentencia proferida por el TSJ podrá ser objeto de aplicación y reportarles algún beneficio y, en caso afirmativo, tomar todas las medidas legales oportunas para garantizarlo.