

**RESOLUCIÓN DE CUERPO COLEGIADO AD-HOC
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 004-2015-OS/CC-92**

Lima, 31 de marzo de 2015.

SUMILLA:

Procede el cobro del VAD por parte de la empresa suministradora, cuando el usuario libre hace uso de algún componente del sistema de distribución eléctrica.

VISTO:

El expediente sobre la controversia suscitada por la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C., en adelante MINERA ARES o la reclamante, contra ELECTRO SUR ESTE S.A.A., en adelante ELSE o la reclamada, por reintegro de los pagos por concepto de Valor Agregado de Distribución, en adelante VAD, realizados durante los periodos comprendidos entre diciembre de 2005 y abril de 2012.

CONSIDERANDO:

1. Antecedentes:

- 1.1.** Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin N° 2014-156803, el día 24 de noviembre de 2014, MINERA ARES presentó reclamación contra ELSE.
- 1.2.** Mediante Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 280-2014-OS/CD, de fecha 29 de diciembre de 2014, se designaron a los integrantes del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc para que conozcan y resuelvan la presente controversia en primera instancia.
- 1.3.** Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 001-2015-OS/CC-92, de fecha 06 de enero de 2015, se declaró instalado el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, asumió competencia en la presente controversia y admitió a trámite la reclamación presentada por MINERA ARES. Asimismo, se dispuso el traslado de la reclamación, otorgando a la empresa reclamada un plazo máximo de quince (15) días hábiles para que la conteste.
- 1.4.** Mediante escrito con registro de Mesa de Partes de Osinergmin Expediente N° 2014-156803, el 30 de enero de 2015, ELSE presentó contestación a la reclamación.
- 1.5.** Mediante Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 002-2015-OS/CC-92, de fecha 02 de febrero de 2015, se citó a las partes a Audiencia Única para el día 17 de febrero de 2015.
- 1.6.** El día 17 de febrero de 2015 se llevó a cabo la Audiencia Única convocada por el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc con la asistencia de los representantes de ambas partes,

quienes expusieron sus respectivas posiciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 223-2013-OS-CD¹, en adelante TUO del ROSC, se procedió a fijar los puntos controvertidos, admitiendo y actuando todos los medios probatorios ofrecidos por las partes. Asimismo, la presidencia del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc invitó a las partes a conciliar, respecto de lo cual éstas manifestaron su deseo de continuar con la controversia. Seguidamente, la presidencia comunicó que la conciliación puede producirse en cualquier momento del procedimiento hasta antes que se emita la resolución final de segunda instancia, salvo que la resolución de primera instancia hubiese quedado consentida.

- 1.7. El día 24 de febrero de 2015, MINERA ARES y ELSE presentaron sus alegatos finales.
- 1.8. Al haberse verificado el cumplimiento de todas las etapas previstas para el procedimiento de solución de controversias, la reclamación se encuentra expedita para ser resuelta por este Cuerpo Colegiado Ad-Hoc.

2. De la controversia:

2.1. Antecedentes:

- MINERA ARES y ELSE suscribieron dos contratos de suministro de energía eléctrica:
 - i) 19 de agosto de 2003: Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene N° 169-2003, en adelante Contrato de Suministro N° 1, en virtud del cual, ELSE se obligó a suministrar a MINERA ARES la potencia y energía eléctrica asociada en los siguientes puntos de entrega o suministro:
 - Primera etapa: demanda máxima contratada de 1,200 kW y punto de entrega en la localidad de Iscawaca en 22.9 kV.
 - Segunda etapa: demanda máxima contratada de 3,500 kW y punto de entrega en la Sub Estación, en adelante S.E., de Chacapunte en la localidad de Chalhuanca, en 22.9 kV, en la S.E. elevadora 22.9/33kV.
 - ii) 20 de noviembre de 2006: Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006, en adelante Contrato de Suministro N° 2, en virtud del cual, ELSE se obligó a suministrar a MINERA ARES la potencia y energía eléctrica asociada a la demanda máxima contratada de 3,500 kW y se definió como punto de entrega la Barra en 22.9 kV en la S.E. de Chacapunte, en la localidad de Chalhuanca.

Posteriormente mediante Adenda N° 2, de fecha 20 de abril de 2009, se estableció como punto de entrega adicional la Barra en 60 kV de la S.E. Chacapunte.

¹ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 2013.

2.2. De la reclamante MINERA ARES:

MINERA ARES sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de reclamación y alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.2.1. Sobre la facturación del VAD:

- MINERA ARES señala que de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 8 del Contrato de Suministro N° 1, ELSE debía agregar al precio de suministro libremente pactado, los costos de distribución conforme lo señala la Ley de Concesiones Eléctricas, en adelante LCE y las respectivas resoluciones emitidas por OSINERGMIN, según el siguiente texto:

8. PRECIOS (...)

8.2 Las compensaciones por el uso de los sistemas secundarios de transmisión y de Distribución, así como su metodología de aplicación serán los establecidos por el OSINERGMIN y regulados en las Resoluciones OSINERG N°s 2120-2001, 1417-2002 y 057-2003-OS/CD y sus modificatorias.

(resaltado de MINERA ARES)

- Añade que en la Cláusula 8 del Contrato de Suministro N° 2 se estipuló lo siguiente:

8. PRECIOS (...)

8.1 Los precios de Potencia y Energía en el Punto de Entrega como cliente libre, serán calculados a partir de los precios de generación en la Barra de Referencia de Generación Cachimayo 138 kV, agregándose los costos correspondientes a la transmisión y distribución, conforme al artículo 8° y 44° de la Ley y de acuerdo a la estructura de precios del Anexo N° 2.

(resaltado de MINERA ARES)

- MINERA ARES manifiesta que de acuerdo con lo que se estipuló en la Cláusula 8 de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, ELSE debía agregar al precio de suministro, únicamente en caso de corresponder, los costos de distribución conforme con lo que establece la LCE y las respectivas resoluciones de Osinergmin.
- Agrega, que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8° y 44° de la LCE y por el Procedimiento para la aplicación de los cargos por transmisión y distribución a clientes libres, aprobado por Resolución N° 1089-2001-OS/CD, en adelante El Procedimiento, ELSE no estaba facultada a realizar cobro alguno por concepto de VAD.
- MINERA ARES sostiene que ELSE efectuó la facturación y posterior cobro por concepto de VAD durante el período comprendido entre diciembre de 2005 y abril de 2012, conforme se muestra en la facturación contenida en el Anexo N° 5 del escrito de reclamación.
- MINERA ARES afirma que con fecha 19 de setiembre de 2014, remitió a ELSE una carta notarial en la que solicitaba la devolución de los montos pagados por concepto de VAD en el marco de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2 y que hasta la fecha de presentación de la reclamación, ELSE no ha dado respuesta.

- MINERA ARES manifiesta que en ningún momento se requirió el uso de la infraestructura de distribución de propiedad de ELSE, por lo que esta empresa no estaba facultada a percibir cobro alguno por concepto de VAD, de acuerdo con lo que establece el numeral 3.3.1. Caso A del Procedimiento.
- A decir de MINERA ARES, los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2 establecían como puntos de entrega barras de media tensión, en adelante MT, de un centro de transformación alta tensión, en adelante AT/MT, conforme se encuentran definidos en la Base Metodológica para la Aplicación de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, aprobada por Resolución N° 1535-2001-OS-CD, que establece:

2.8. Para todos los efectos, los rangos de tensión a los que se refiere la NTCSE, D.S. 009-99-EM, D.S.013-2000-EM y D.S. 040-2001-EM son los fijados en la Resolución 004-2000-P/CTE del 25 de abril de 2000 o la que la sustituya:

MAT (Muy Alta Tensión): mayor a 100 kV.

AT (Alta Tensión): igual o mayor que 30 kV y menor o igual a 100kV.

MT (Media Tensión): mayor que 1 kV y menor a 30 kV.

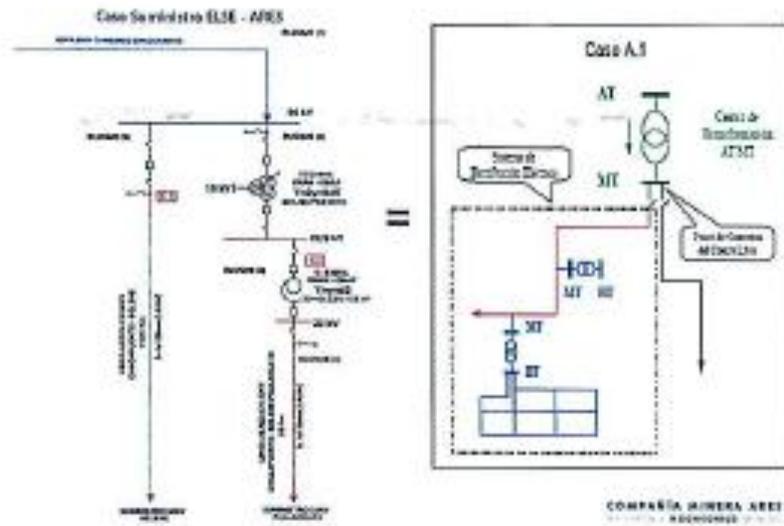
(resaltado de Minera ARES).

- MINERA ARES señala que en la medida que: (i) los puntos de entrega para la primera etapa (derivación 22.9 kV en la localidad de Iscawaca) y para la segunda etapa (S.E. Chacapuente en la localidad de Chalhuanca, en 22.9 kV, en la S.E. elevadora 22.9/33 kV) del Contrato de Suministro N° 1, y; (ii) el punto de entrega del Contrato de Suministro N° 2 (S.E. Chacapuente en 22.9 kV), correspondían a una barra de MT de una S.E. de transformación de AT/MT y que en este punto de entrega, MINERA ARES no utilizó ningún componente del sistema de distribución eléctrica de ELSE; no procedía el cobro de monto alguno por compensación por el uso de redes de distribución, es decir, el pago del VAD.
- Precisa que ELSE contraviene la legislación vigente sobre compensaciones por el uso de las redes de distribución por parte de clientes al cobrarle por un supuesto uso de infraestructura de distribución que nunca usó.
- MINERA ARES afirma que la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria del Osinergmin, en adelante GART, concuerda con su posición al señalar, mediante el Oficio N° 0326-2011-GART, de fecha 15 de abril de 2011 (Anexo 7), que no procede el cobro por concepto de VAD para los suministros efectuados en puntos de entrega conectados a barra de MT que no utilizan o tienen a su disposición para utilizar de inmediato, componentes del sistema de distribución eléctrica; específicamente para el caso del suministro que se realiza en el punto de entrega en 22.9 kV, según Contrato de Suministro N° 2.

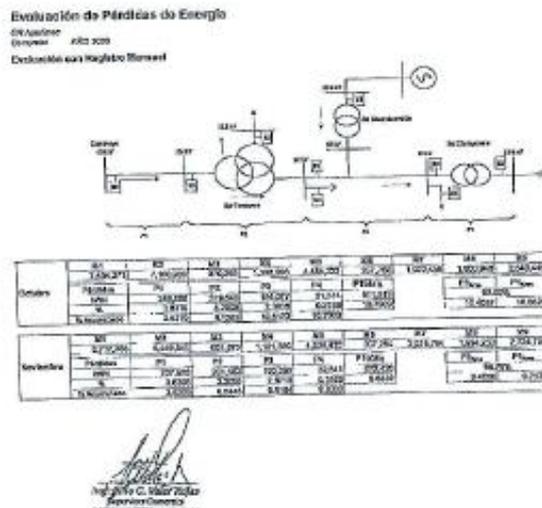
2.2.2. Sobre el uso de las instalaciones de distribución de propiedad de ELSE:

- A decir de MINERA ARES, esta empresa ha sustentado técnicamente que la alimentación en la S.E. de transformación Chacapuente es en forma radial y que no existen enlaces entre subestaciones de transformación a través del sistema de distribución de ELSE que permita utilizar o tener a su disposición para utilizar de forma inmediata los componentes de dicho sistema de distribución; precisa que se encuentra

ante el Caso A.1 previsto en El Procedimiento y lo presenta según lo siguiente:



- Sostiene que ELSE no ha cuestionado la configuración indicada; por el contrario, en la documentación que la distribuidora enviaba todos los meses junto con sus facturas, presentaba el mismo esquema radial, tal como se aprecia en el extracto de la facturación presentado en la Audiencia:



- MINERA ARES argumenta que de acuerdo con el Contrato de Construcción, Usufructo, Operación y Mantenimiento de la LT 33 kV Chahuanca-Cotaruse, suscrito entre ELSE y ARES, las partes acordaron, entre otros aspectos, lo siguiente:
 - Que, ELSE construiría el denominado Tramo 2 (Chahuanca-Cotaruse) interconexión 33 kV específicamente la instalación de un terna simple en postes de concreto, conductor de aleación de aluminio 120 mm². (Cláusulas 2.1 y 4.2).
 - ARES asumió los costos de la obra (Cláusula 5.1)
 - ARES adquirió los materiales electromecánicos (Cláusula 5.2), es decir, postes, conductores, aisladores, crucetas, etc.
 - ARES es propietario de la LT 33 kV Chahuanca-Cotaruse (Cláusula 2.1).

- *ELSE se encargará del mantenimiento y operación de la LT 33 kV tramo Chalhuanca-Cotaruse (Cláusula 4.6).*
 - *ELSE construirá una segunda terna de 22.9 kV que será de su propiedad (Cláusula 4.7).*
 - *Al cierre de las operaciones mineras MINERA ARES transferirá a ELSE la propiedad de la LT 33 kV Chalhuanca-Cotaruse (Cláusula 5.5).*
- MINERA ARES afirma que todos los documentos (excepto las fotos) presentados por ELSE como medios probatorios, están referidos a las instalaciones que existían en el tramo Chalhuanca-Cotaruse antes de que las partes acordaran su reemplazo para ampliar la capacidad y así atender la mayor demanda de potencia y energía de las operaciones de MINERA ARES. Añade que estas instalaciones tenían postes de madera, los cuales fueron reemplazados por nuevos postes de concreto y, según el acuerdo de las partes, estos son de propiedad de la minera.
 - A decir de MINERA ARES, si fuese cierto (hecho negado) que ELSE es la dueña de los postes de concreto y de la línea de transmisión, en adelante LT, no tendría sentido el haber acordado que ELSE sería la que daría el mantenimiento y se encargaría de la operación.
 - Agrega que ELSE no debía (no podía) cobrar por el uso de sus instalaciones tanto así que, para efectos del suministro, ELSE le alquiló transformadores a MINERA ARES para la transformación de energía en la Unidad Minera Selene, en virtud del Contrato de Suministro N° 2.
 - MINERA ARES manifiesta respecto del argumento de ELSE -que en caso los conductores 33 kV sufrieran alguna falla que imposibilite transportar la electricidad hacia sus operaciones, MINERA ARES tenía a su disposición en forma inmediata, los conductores de ELSE- que éste no es correcto por cuanto en el Tramo Chalhuanca-Cotaruse, sobre los postes de la LT 33 kV (AT) de propiedad de la minera, se había instalado una segunda terna de 22,9 kV (MT) de propiedad de ELSE. Agrega que la alimentación a MINERA ARES se produce en 33 kV por lo que una línea en 22,9 kV jamás habría servido para suplir la línea en 33 kV, en caso ésta hubiese sufrido un desperfecto en este tramo, es decir, MINERA ARES no tenía a su disposición las redes de distribución de ELSE y su único respaldo eran los grupos electrógenos en el campamento minero.
 - Concluye señalando que para el suministro de MINERA ARES no se empleó ningún componente del sistema de distribución de ELSE, ni ELSE puso a su disposición esos componentes por ser eso imposible técnicamente y además, ELSE no es propietaria de los postes del tramo Chalhuanca-Cotaruse de acuerdo con el Contrato de Construcción, Usufructo, Operación y Mantenimiento de la LT 33 kV Chalhuanca-Cotaruse.

2.2.3. Sobre el reintegro de los pagos por concepto de VAD:

- MINERA ARES manifiesta que en un caso similar, en el que se discutía la validez del cobro por concepto de VAD por parte de la distribuidora y cuando el usuario libre no hace uso de ningún componente del sistema de distribución eléctrica, se aplicó para la procedencia del reintegro por parte de la distribuidora, el plazo de diez (10) años

previsto en el artículo 2001° del Código Civil (Resolución de Cuerpo Colegiado Ad-Hoc N° 007-2013-OS/CC-70, de fecha 25 de setiembre de 2013).

- Agrega que ante la inexistencia de una disposición legal aplicable por especialidad y que establezca un plazo prescriptorio para las solicitudes de reintegros para usuarios libres, corresponde aplicar el plazo genérico de la acción personal contenido en el artículo 2001° del Código Civil.
- MINERA ARES dice que el artículo 1993° del Código Civil establece que el inicio del plazo de prescripción empieza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. Agrega que en este caso, la reclamación versa sobre la facturación y cobro realizado en el marco de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, en los cuales se establece que la facturación de los cargos de transmisión y distribución se realizarán mensualmente dentro de los cinco (05) días calendario del mes siguiente al del consumo, es decir, a partir de enero de 2006, por lo que corresponde que a partir de esa fecha se inicie el cómputo del plazo para ejercer la acción personal.
- MINERA ARES precisa que se encuentra dentro del periodo prescriptorio contemplado en el artículo 2001° del Código Civil para solicitar el reintegro de los pagos que canceló por concepto de VAD durante los meses comprendidos entre diciembre de 2005 y abril de 2012.
- MINERA ARES sostiene que conforme lo dispuesto en el artículo 44° de la LCE y en el artículo 7° del Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-EM, en adelante Reglamento de Usuarios Libres, las tarifas y compensaciones por el uso de instalaciones de distribución no se encuentran sujetas a la libre negociación de las partes; no resultan de aplicación los procedimientos de observaciones a las facturas, errores de facturación y/o periodos de revisión conjunta prevista en la Cláusula Novena de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, los que se aplican para efectos de facturación de potencia y energía asociadas por tratarse de aspectos sujetos a la libre negociación de las partes, más no así para la facturación conforme a ley de los cargos por transmisión y distribución (VAD).
- Añade que lo contrario sería aplicar ilegalmente una negociación particular, en contravención expresa a disposiciones de índole regulatorio.
- MINERA ARES precisa, además que, las cláusulas de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2 (9.9 y 9.8) -que establecen el procedimiento de observación de las facturas- determinan que sus disposiciones no son aplicables en caso de “errores obvios”.
- Añade que cobrarle el VAD es un error evidente, para ello basta con comparar el caso real del punto de entrega del suministro de MINERA ARES con el Caso A.1. de El Procedimiento, así como el cuadro del Anexo N° 2 del Contrato de Suministro N° 1.

2.3. De la reclamada ELSE:

ELSE sustenta su posición en lo manifestado en sus escritos de contestación a la reclamación y alegatos; y en la Audiencia Única, sobre la base principalmente de los siguientes argumentos:

2.3.1. Sobre el Sistema Eléctrico Apurímac, de propiedad de ELSE:

- ELSE señala que el área de su concesión es de 10,316² km² e involucra las regiones de Cusco, Apurímac y Madre de Dios.
- Agrega que el sistema eléctrico Apurímac es parte del sistema interconectado nacional y está constituido principalmente por cuatro sub estaciones de potencia, la S.E. Tamburco en la provincia de Abancay, la S.E. Chacapunte en la provincia de Aymaraes, la S.E. Chuquibambilla en la provincia de Grau y la S.E. Andahuaylas en la provincia del mismo nombre; todas ellas interconectadas a través de líneas de transmisión secundaria en 60 kV.
- ELSE precisa que como generación distribuida cuenta con siete pequeñas centrales hidroeléctricas, las cuales inyectan potencia y energía en diferentes puntos del sistema de distribución para atender el consumo de los clientes libres. La capacidad instalada del parque de generación distribuida es de 7.4 MW.
- ELSE señala que cuenta con aproximadamente 2,700 Km de redes de MT en los niveles de 10 KV, 13.2 KV y 22.9 KV.
- ELSE afirma que atiende el servicio de la provincia de Aymaraes mediante tres alimentadores: (i) CPO1 hacia Antabamba, (ii) CPO2 hacia Chalhuanca-Cotaruse; y, (iii) la CPO3 hacia Pampachiri-Querobamba.

2.3.2. Sobre el Contrato de Suministro N° 1:

- ELSE manifiesta que de acuerdo con la cláusula 7.1 del Contrato de Suministro N° 1, el punto de entrega en la etapa inicial sería en la localidad de Iscawaca, a nivel 22.9 kV, y en la etapa final el punto de entrega sería en la S.E. Chacapunte, a nivel 33 kV.
- Para ELSE, las principales cláusulas del Contrato de Suministro N° 1 serían las siguientes:

Plazo: Las partes establecieron en la Cláusula Quinta un plazo de vigencia de cinco años, contados desde la fecha efectiva de entrega de energía, es decir, desde el 19 de agosto de 2003 hasta la suscripción del Contrato de Suministro N° 2.

Precio: En la Cláusula Octava se establece la forma del cálculo del precio que debía ser pagado por MINERA ARES a ELSE por el suministro de energía eléctrica.

Facturación y Precio de Venta: Las partes dispusieron que la facturación se efectuaría mensualmente, en forma desagregada, por cada rubro en el punto de entrega. Asimismo, la sub cláusula 9.2 del Contrato de Suministro N° 1 señala textualmente lo siguiente:

9.2. Facturación de potencia.- La facturación de la Potencia será igual al producto de la Demanda Máxima Mensual del Cliente, en Horas Punta y Fuera de Punta, referidos a la barra Cachimayo 138 KV,

² Información actualizada al mes de diciembre de 2009.

tomando en consideración las pérdidas medias de potencia fijada por el OSINERG-GART, multiplicado por el precio de la potencia en Horas punta y fuera de punta respectivamente en la barra de Cachimayo 138 KV, vigente en el mes facturado, **más el peaje de transmisión secundaria y el Valor Agregado de Distribución, de acuerdo al detalle de la Cláusula 8 (referida al Precio), Anexo No. 2** y en el numeral 9..3. (referida a las Modalidades de Facturación de Potencia). (resaltado de ELSE).

- ELSE sostiene que el Contrato de Suministro N° 1 preveía expresamente el cobro del VAD, sin ninguna condición adicional para su cobro.
- Agrega que en el mismo sentido, el Anexo N° 2 del Contrato de Suministro N° 1 sobre Demanda Máxima Contratada y Precio de Venta dispuso lo siguiente:

ESTRUCTURA DE LA TARIFA:

Concepto	Potencia (PP)	Energía Punta (PEP)	Energía Fuera Punta (PEF)
Precio de Generación Barra Referencia Cachimayo 133 KV	25.47	10.090	7.330
Peaje Transmisión Secundaria	Sí	Sí	Sí
<u>Valor Agregado de Distribución (VAD)</u>	<u>Sí (*)</u>	No	No

(*) Solo para la primera etapa (punto de entrega Localidad de Iscawaca).

"Los precios corresponden al mes de Agosto 2003, Resolución OSINERG No. 057-2003-OS/CD, los peajes al SEIN, transmisión secundaria **y el VAD**, son valores regulados." (Énfasis agregado)

- Para ELSE, resulta evidente que las disposiciones contractuales referidas al "Precio" y "Facturación" habilitan a ELSE a cobrar el VAD.
- ELSE afirma que en lo relativo a la facturación y el pago a cargo de MINERA ARES, las partes establecieron los mecanismos de observación de facturas y el plazo para realizarlas, según el siguiente texto:

9.9. Si el Cliente observara la factura entregada por EL DISTRIBUIDOR, EL CLIENTE notificará al DISTRIBUIDOR dentro de los cinco (5) días posteriores al recibo de tal factura. **Si transcurren los cinco (5) días sin ninguna impugnación por parte del CLIENTE, la factura será considerada aceptada por el CLIENTE sin la posibilidad de queja ulterior, se exceptúa el caso de un error obvio.** (resaltado de ELSE).

2.3.3. Sobre el Contrato de Suministro N° 2:

- Para ELSE, las cláusulas más relevantes del Contrato de Suministro N° 2, para efectos de la presente reclamación, son las siguientes:

Plazo: Inicialmente, se estableció -cláusula quinta- un plazo de 5 años contados a partir de la puesta en operación de la S.E. elevadora de 22.9 KV a 33 KV en la SET de Chacapunte.

La vigencia fue extendida en tres oportunidades, mediante las Adendas Nos. 1, 4 y 7, estableciéndose finalmente que el mencionado contrato se mantendría vigente hasta el 31 de abril de 2014.

Precio: En la Cláusula Octava se preveía expresamente el cobro del VAD como parte del precio base a ser facturado por la energía suministrada por ELSE a MINERA ARES, sin ninguna condición adicional para el cobro de este concepto.

Facturación y Precio de Venta: la forma y condiciones de pago serían las establecidas por el Osinergmin y sus actualizaciones, conforme a ley, tal como se indica en el Anexo N° 2 de este contrato. De acuerdo con lo dispuesto en este anexo se preveía expresamente el cobro del VAD como parte del precio base a ser facturado por la energía suministrada por ELSE a MINERA ARES.

- ELSE menciona que a lo largo de la relación contractual, las partes acordaron siete modificaciones al Contrato de Suministro N° 2 y que el denominador común en estas adendas fue el extender el plazo contractual y/o incrementar la potencia contratada y en ningún caso, modificación relativa al cobro por concepto de VAD.
- ELSE manifiesta que MINERA ARES se encontraba satisfecha con el servicio prestado por ELSE, en la medida que buscó contratar mayor potencia y durante un mayor lapso.

2.3.4. Sobre las facturas observadas por MINERA ARES:

- ELSE sostiene que a lo largo de la ejecución del Contrato de Suministro N° 1, es decir, desde el 19 de agosto de 2003 al 20 de noviembre de 2006, ninguna factura fue impugnada u observada por MINERA ARES, tal como lo preveía la cláusula 9.9 del mencionado Contrato, por lo que quedaron consentidas. Agrega que por tanto, no existe posibilidad de reclamo ulterior por parte de MINERA ARES respecto del monto o conceptos facturados por ELSE.
- ELSE afirma, respecto del Contrato de Suministro N° 2, que del total de 118 facturas emitidas, solo siete de ellas fueron observadas. De estas siete, seis observaciones fueron remitidas a ELSE transcurridos diez días calendario de notificada a MINERA ARES y solo la Factura N° 025-0006277 fue observada a los siete días de su emisión.
- ELSE hace referencia al numeral 9.8 de la cláusula novena del Contrato de Suministro N° 2, el cual dice *Si EL CLIENTE tuviese observaciones a la factura entregada por el DISTRIBUIDOR, el CLIENTE notificará a el DISTRIBUIDOR dentro de los 10 días posteriores al recibo de tal factura. Si transcurren los 10 días sin ninguna impugnación por parte del cliente, la factura será considerada aceptada por el cliente, sin la posibilidad de queja ulterior, exceptuándose el caso de errores obvios, los mismos que deberán ser corregidos por las partes de manera inmediata.*
- ELSE señala que de acuerdo con lo que establece el numeral 9.8 de la cláusula novena del Contrato de Suministro N° 2, con excepción de la Factura N° 025-0006277 que

corresponde al mes de marzo de 2008, MINERA ARES aceptó las facturas emitidas por ELSE.

- ELSE sostiene que MINERA ARES aceptó sin reparos u observaciones las facturas que le fueron presentadas en su oportunidad derivadas de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2; sin embargo, sustenta su reclamación en la figura de la prescripción extintiva contemplada en el Código Civil para las acciones obligaciones personales. Agrega que MINERA ARES invocando la institución de la prescripción (aspecto de forma), trata de fundamentar su posición (aspecto de fondo).
- Para ELSE, la prescripción extintiva tiene por finalidad contemplar un término o plazo, cuyo vencimiento ocasiona que un determinado derecho no puede ser ejercido válidamente ante la vía jurisdiccional (o administrativa). Añade que la prescripción se diferencia con la caducidad porque: i) La primera supone la existencia de un derecho subjetivo que, pese a existir, no puede ser ya ejercido en la vía correspondiente a fin de salvaguardar la seguridad jurídica; ii) La segunda ocasiona que el derecho subjetivo deje de existir una vez que se haya verificado un determinado plazo.
- A decir de ELSE, MINERA ARES se ha limitado a señalar que su reclamación debe ser amparada debido a que el plazo de prescripción aún no se habría verificado, mas no argumenta a razón de qué derecho subjetivo (contemplado en una norma jurídica o institución) es que su reclamación supuestamente procedería.
- Añade que MINERA ARES al ejecutar las diferentes prestaciones dinerarias, efectuó pagos de las obligaciones que asumió en los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2.
- ELSE argumenta que hablar de pagos, supone la afirmación e intención del deudor de cumplir con lo pactado con el acreedor, a satisfacción de este último. Este criterio ha sido desarrollado por la Corte Suprema Justicia de la República³:

*[Q]ue, conforme lo establece el artículo 1220 del Código Civil, el pago se entiende efectuado solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, es decir, **es finalidad del pago el cumplimiento de la obligación** debida con el acreedor, **conforme a lo pactado**, respecto de la **integridad de la que voluntariamente se acordó** y en el tiempo en el que deberá de ejecutarse lo expresamente acordado; (...).*
(resaltado de ELSE).

- ELSE señala que al haber MINERA ARES cancelado las facturas no observadas inicialmente, ha de entenderse, conforme lo dispone la Corte Suprema, que tanto el deudor (MINERA ARES) como el acreedor (ELSE) de las prestaciones dinerarias consideraron como pago válido la ejecución de tales prestaciones.
- De otro lado, ELSE manifiesta que de permitírsele a MINERA ARES sostener que la ejecución de sus prestaciones dinerarias contempló aspectos diferentes a los asumidos por los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, tal postura atentaría también contra la figura de la dación en pago recogida en el artículo 1265° del Código Civil; manifestación de las modalidades de pago en nuestro ordenamiento jurídico, y que precisamente va referido a cuando el deudor decide libremente ejecutar algo que

³ Sentencia Casatoria N° 2579-2006-Arequipa, publicada en el diario El Peruano el 05 de enero de 2007.

inclusive podría ser diferente a lo acordado en el contrato, y el acreedor decide recibirlo.

- Para ELSE no es posible que mediante la presente controversia, MINERA ARES pretenda observar el monto o conceptos de las facturas no observadas en su oportunidad, debido a que éstas han quedado automáticamente consentidas por la empresa reclamante, conforme fue pactado en los contratos.

2.3.5. Sobre el principio de la buena fe contractual:

- Para ELSE, la reclamación de MINERA ARES debe desestimarse por que constituye una actuación contraria a sus propios actos. Agrega que dentro de la calificación legal, ello corresponde a una trasgresión del principio de la buena fe contractual en su manifestación de la doctrina de los actos propios, recogido en el artículo 1362° del Código Civil, el cual regula el principio de buena fe en la relación contractual y en este caso concreto, en la ejecución de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2.
- Para ELSE, la conducta de MINERA ARES atenta contra la buena fe contractual en la ejecución del contrato. Señala que tras prácticamente 10 años de ejecución continuada e inalterada de los contratos de suministro, la reclamante pretende que se considere que el pago que realizó a favor de ELSE comprendió conceptos que supuestamente no correspondían; conceptos que, sin embargo, vino aceptando a cabalidad durante la vigencia del *iter* contractual de cada uno de los suministros.
- ELSE sostiene que durante la ejecución de los contratos, las partes cumplieron con sus prestaciones de acuerdo con lo establecido en los contratos y en las reglas de la buena fe generando confianza de que ambos estaban conformes con las prestaciones ejecutadas.

2.3.6. Sobre la legitimidad de ARES para observar y/o reclamar pagos de VAD:

- ELSE sostiene que el 26 de mayo de 2010, MINERA ARES celebró con Minera Suyamarca S.A.C., en adelante Minera Suyamarca, el Contrato de Cesión de Posición Contractual N° 1002-0015-2010 en virtud del cual la primera cedió su posición en el Contrato de Suministro N° 2 a la segunda.
- A decir de ELSE, la cesión de posición contractual es el acto por medio del cual una de las partes cede a la otra su lugar en el contrato, con todo lo que este lugar conlleva, sus derechos y obligaciones.
- Añade que la cesión de posición contractual es el instrumento que permite realizar la llamada circulación del contrato; es decir, la transferencia negocial a un tercero (llamado cesionario) del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes) constituido en la persona de uno de los contratantes originarios (llamado cedente), de tal forma que a través de la sustitución negocial, el tercero (llamado cedido) asume todos los derechos y obligaciones que se deriven del contrato y que, en un primer momento, le correspondían al cedente.
- ELSE señala que desde el 26 de mayo de 2010, MINERA ARES cedió su posición contractual en el Contrato de Suministro N° 2 a Minera Suyamarca, de manera tal que

a partir de ese momento, todas las obligaciones y todos los derechos adquiridos desde esa fecha -como el eventual derecho de crédito alegado- son de titularidad de Minera Suyamarca y no de MINERA ARES.

- Añade que MINERA ARES no tiene legitimidad para solicitar el VAD pagado entre el 26 de mayo de 2010 y abril del 2012, por cuanto desde esa fecha MINERA ARES dejó de ser parte del Contrato de Suministro N° 2, motivo por el cual ELSE dejó de suministrarle energía en el marco de este contrato y por tanto, dejó de cobrarle el VAD correspondiente a ese suministro
- ELSE argumenta que cualquier reclamo por parte de MINERA ARES dentro del período antes mencionado, deviene en INFUNDADO.

2.3.7. Sobre el uso por parte de MINERA ARES de la red de distribución de ELSE:

- ELSE señala que la venta de energía a favor de MINERA ARES (y posteriormente a favor de la Minera Suyamarca), se ha dado desde las centrales de generación de ELSE, las cuales se encuentran distribuidas en diferentes puntos de su área de concesión, presentándose diferentes configuraciones MT/AT/MT, MT/AT, MAT/AT/MT.
- ELSE afirma que la atención del suministro de energía eléctrica contratado con MINERA ARES se ejecutaba en la barra de S.E. Chacapunte (60/22.9/10) kV; por tanto, la energía venía de las barras de S.E. Tamburco y S.E. Chuquibambilla (de las centrales eléctricas de propiedad de ELSE ubicadas en la Provincia de Grau), utilizando redes de MT antes de la barra de 60 kV de Chuquibambilla.
- ELSE sostiene que es titular de dicha infraestructura, tal como se acredita en la Resolución Directoral N° 026-99-EM/DEP, en la que el Ministerio de Energía y Minas procedió con la liquidación final y transferencia del proyecto: “Línea Primaria en 22.9 kV Chalhuanca-Caraybamba-Cotarusi-Pampamarca y redes primarias de Caraybamba, Cotarusi, Pampamarca y Colca”, obra que fue transferida a ELSE como aporte de capital del Estado y ELSE viene operando desde setiembre de 1995 como alimentador de MT CPO2.
- ELSE para demostrar lo expuesto, se remite a los Diagramas Nos. 01, 02 y 03 (que adjuntó como Anexos Nos. 29, 30 y 31 de su escrito de contestación a la reclamación) y precisa lo siguiente:
 - Diagrama N° 01: Topología de la red, antes del suministro a la MINERA ARES: muestra el sistema eléctrico de distribución en MT 22.9 kV del AMT CP-02 desde el centro de transformación de la S.E. Chacapunte hasta la localidad de Cotaruse, que incluye el tramo Chalhuanca-Cotaruse. Añade que ese tramo de línea primaria cuenta con una servidumbre otorgada mediante Resolución Ministerial N° 291-96-EM/VDE a favor de ELSE. Esto acredita que es el propietario de la infraestructura.
 - Diagrama N° 02: Topología de la red, suministro a MINERA ARES desde Iscawaca (Contrato de Suministro N° 1 - Primera Etapa): muestra el sistema eléctrico de distribución en MT 22.9 KV del AMT CP-02 desde el centro de transformación de la S.E. Chacapunte, hasta la localidad de Iscawaca, con punto de suministro (medición) en 22.9 kV en esta localidad (según Cláusula 7.1). Agrega que MINERA ARES construyó la extensión del Alimentador en MT en 22.9 KV hasta su complejo

minero. Esto acredita que MINERA ARES hizo uso de la infraestructura de distribución de ELSE desde la S.E. Chacapunte hasta la localidad de Iscawaca.

- Diagrama N° 03: Topología de la red, suministro a ARES desde Chalhuanca (Contrato de Suministro N° 1 - Segunda Etapa): muestra la implementación del Contrato de construcción, usufructo, operación y mantenimiento de la línea en 33 kV Chalhuanca-Cotaruse⁴, el cual modifica la topología de la red de este tramo, para cambiar la simple terna a doble terna que alberga en un mismo poste los circuitos del Alimentador en MT CP-02 en 22.9 kV y de la línea de 33 kV de uso exclusivo de MINERA ARES. Es decir, el sistema eléctrico de distribución del Alimentador MT CP-02 de 22.9 KV, de propiedad de ELSE, fue condicionado para soportar los conductores de la línea de 33 kV para uso exclusivo de MINERA ARES en el tramo Chalhuanca-Cotaruse- Promesa, identificado con los registros georeferenciados por los nodos eléctricos desde el Nodo N° 9217 al Nodo N° 5547, de una longitud aproximada de 30.4 Km de línea.
- ELSE precisa que los activos de infraestructura eléctrica del Alimentador de MT CP-02, desde la S.E. Chacapunte del sistema de distribución eléctrico en 22.9 KV, se encuentran debidamente registrados y contabilizados en su Registro de Bienes, en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución N° 329-2004-OS/CD. Asimismo, manifiesta que consideran para la elaboración y presentación ante el Osinergmin de la información del VNR de las instalaciones de distribución eléctrica, estos activos, los cuales se detallan en la tabla de estructuras VNR CP-02.
- ELSE menciona que desde marzo de 2006 se puso en operación la línea en 33 kV para el suministro exclusivo de MINERA ARES y la puesta en vigencia del Contrato de Suministro N° 2; como se muestra en el Diagrama N° 04: Topología de la red, suministro a MINERA ARES desde la S.E. Chacapunte: esta línea tiene una salida independiente desde barras en 22.9 kV de la S.E. Chacapunte, con punto de entrega (punto de medición barras 22.9 kV), con la utilización de un transformador elevador a 33 kV y la línea de 33 kV independiente y que se conecta al tramo 2 de la doble terna en la estructura o Nodo N° 9217. Precisa que aún con esta nueva topología se seguía utilizando el sistema de distribución de ELSE en 22.9 kV del tramo Chalhuanca-Cotaruse-Promesa, desde el Nodo N° 9217 al Nodo N° 5547, en sus componentes de postes y servidumbre, que forman parte del VNR del Alimentador en MT CP-02, vigente hasta abril de 2012.
- ELSE manifiesta que queda acreditado que ARES utilizó la infraestructura de ELSE en los tramos que son de aproximadamente 30.4 Km, razón por la cual las facturaciones correspondientes deben contener el pago del VAD por su uso.

2.3.8. Sobre el procedimiento para aplicación de los cargos por transmisión y distribución:

- ELSE señala que El Procedimiento establece que el sistema de distribución corresponde al conjunto de instalaciones destinadas al suministro de energía eléctrica (a tensiones menores a 30 kV) tanto para clientes regulados, como para clientes libres.

⁴ Suscrito el 13 de agosto de 2004 por MINERA ARES y ELSE.

- Agrega que el sistema eléctrico de ELSE -utilizado por MINERA ARES- tiene una tensión de 22,9 kV -menor a 30 kV-; por tanto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 3° de El Procedimiento, las redes de ELSE utilizadas por MINERA ARES constituyen un sistema de distribución eléctrica.
- ELSE precisa que el numeral 3.3. de El Procedimiento regula dos supuestos de hecho que habilitan o no el cobro del VAD, dependiendo si no se usa (Caso A.1) o se usa cualquier elemento del sistema de distribución eléctrica (Caso A.2).
- Añade que MINERA ARES usa 211 postes de su propiedad, desde el Nodo N° 9217 al Nodo N° 5547 en una longitud aproximada de 30.4 km, lo cual constituye una utilización de elementos del sistema de distribución de ELSE, por lo que MINERA ARES está sujeta al cobro del VAD, tal cual está previsto en el Caso A.2 de El Procedimiento.
- ELSE sostiene que MINERA ARES no sólo utiliza de forma directa y constante elementos del sistema de distribución eléctrica de ELSE, sino que además tiene a su disposición el referido sistema para, en cualquier momento y de forma inmediata, utilizarlo para permitir el suministro a sus operaciones mineras ante cualquier imprevisto o falla en su red.

2.3.9. Sobre la posición de la GART:

- ELSE sostiene que mediante el Oficio N° 0326-2011-GART, notificado el 15 de abril de 2011 a Minera Suyamarca, la GART manifestó que el suministro a la Mina Pallancata con alimentación en 22.9 kV en la S.E. Chacapunte, no estaría sujeto a la aplicación del VAD, toda vez que se encontraría enmarcado en el caso A.1 de El Procedimiento.
- A decir de ELSE, la GART no sustenta su opinión en informes técnicos o legales que acrediten que la información proporcionada por Minera Suyamarca se condice de forma expresa con lo pactado en el Contrato de Suministro N° 2. Agrega que en el oficio no se hace referencia a información mínima e indispensable, tal como: i) Contrato de Suministro N° 2, partes, alcances, diagrama unifilar, entre otros; ii) Adendas; iii) si se preguntó o no a ELSE si es que la información proporcionada a la GART por Minera Suyamarca era veraz y si ésta se encontraba vigente; iv) informe técnico o legal en el que se demuestre, considerando el Contrato de Suministro N° 2, si es que efectivamente Minera Suyamarca hacía o no uso directo del sistema de distribución de ELSE; o, si tenía éste a su disposición inmediata, supuestos que habilitan el cobro del VAD.
- Agrega, que la GART no concluye categóricamente que no estamos frente a un supuesto que habilite el cobro del VAD, sino que señala que “se encontraría” en el supuesto A.1.
- ELSE dice que la GART respondió una consulta de forma referencial sobre la base de cierta información que Minera Suyamarca le proporcionó, sin tener la certeza y convicción que dicha información fuese veraz y completa, razón por la cual el Oficio N° 0326-2011-GART no tiene validez alguna en la presente reclamación.

2.3.10. Sobre los precedentes en casos similares:

- ELSE señala que Osinergmin ha establecido criterios claros y uniformes en diversos precedentes administrativos respecto de la procedencia del VAD y detalla los siguientes:
 - Resolución N° 006-2003-OS/CC-11: se estableció que son necesarios dos requisitos para que opere el cobro del VAD: i) que el cliente use el sistema de distribución eléctrica; es decir, se alimente de energía desde dos o más centros de distribución; o, ii) que alimentado desde un centro de distribución, ante una falla, tenga a su disposición para usar de manera inmediata, cualquiera de los componentes del sistema de distribución eléctrica.
 - Resolución N° 005-2004-TSC/15-2004-TSC-OSINERG: se determinó que si el cliente hace uso o tiene a su disposición para utilizar de inmediato los componentes del sistema de distribución eléctrica de que se trate, deberá pagar el VAD.
 - Resolución N° 007-2004-TSC/08-2003-TSC-OSINERG: citando un informe de la GART, se estableció que la utilización o disposición inmediata de los componentes de distribución implica el uso individual o en conjunto de las otras instalaciones de distribución de forma tal que dichas instalaciones provean el suministro al cliente en caso que la S.E. en AT/MT o MAT/AT/MT al que el cliente está conectado, quede fuera de servicio.
- Finalmente, ELSE concluye diciendo que MINERA ARES utiliza de forma directa 211 postes del sistema eléctrico de distribución 22.9 KV AMT CP-02, tramo localidad de Chalhuanca - Cotaruse - Promesa en los cuales se encuentran sus conductores, lo que finalmente permite que se transporte electricidad hacia sus operaciones en la mina. Añade que si los conductores de MINERA ARES sufriesen alguna falla que imposibilite transportar electricidad hacia sus operaciones, éste tiene a su disposición de forma inmediata, de acuerdo con los criterios establecidos por Osinergmin, los conductores de ELSE para no perjudicar el suministro eléctrico en sus operaciones.

2.3.11. Sobre la propiedad del tramo Chalhuanca - Cotaruse:

- ELSE señala que recién en la Audiencia Única realizada el 17 de febrero de 2015, los representantes de MINERA ARES alegaron que el tramo Chalhuanca-Cotaruse era de su propiedad y presentaron varios contratos suscritos entre ambas partes (Contrato de Obra de Interconexión Eléctrica, Contrato de Construcción, Usufructo, Operación y Mantenimiento, y Acuerdos de Cooperación).
- ELSE manifiesta que el mencionado tramo y los demás componentes de la red de distribución de ELSE, son de su propiedad. Agrega que prueba de ello, es que estos figuren en su contabilidad y se encuentren inscritos en Registros Públicos a su nombre, cuenten con servidumbres constituidas a su favor, y que sea ELSE quien realiza la operación y mantenimiento de las mencionadas líneas.
- ELSE sostiene que los contratos presentados por MINERA ARES no hacen sino mostrar la colaboración que mostró ELSE a favor de la mencionada empresa minera durante años y muestran también que MINERA ARES financió parte de las ampliaciones de infraestructura necesarias para el suministro; sin embargo, no muestran una modificación a los términos y condiciones de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, que claramente establecen el acuerdo contractual de pagar el VAD.

2.4. Posición de MINERA ARES respecto de la falta de legitimidad planteada por ELSE en su escrito de contestación:

- MINERA ARES afirma que la supuesta falta de legitimidad de MINERA ARES para solicitar el reintegro del VAD pagado por Minera Suyamarca ha quedado desvirtuada con la presentación en la Audiencia Única de la copia de la Partida Registral N° 11348967, mediante la cual se acredita que MINERA ARES absorbió a Minera Suyamarca vía un procedimiento de reorganización societaria, quedando esta última extinguida a partir del 1 de enero de 2014. MINERA ARES adquirió, a título universal, y en bloque, todo el patrimonio de Minera Suyamarca, es decir, todos los derechos y obligaciones que le correspondían, entre los cuales están los derechos derivados de todo contrato en el cual Minera Suyamarca haya sido o sea parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 344° de la Ley General de Sociedades.

3. Determinación de la materia controvertida:

Petitorio de MINERA ARES:

a) Pretensión principal:

Que, se declare que ELSE no se encontraba facultado para realizar cobro alguno a MINERA ARES por concepto de VAD en el marco de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2.

b) Pretensión accesoria:

Que, como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a ELSE que reintegre los pagos por concepto de VAD efectuados por MINERA ARES durante los periodos comprendidos entre diciembre de 2005 y abril de 2012, suma que asciende a S/. 3'861,161.07 (Tres millones ochocientos sesenta y un mil ciento sesenta y uno y 07/100 Nuevos Soles), además de los intereses legales correspondientes.

Petitorio de ELSE:

a) Que se declare la falta de legitimidad de MINERA ARES para solicitar el reintegro del VAD pagado a ELSE durante el período comprendido entre el 26 de mayo de 2010 y abril de 2012, derivado del Contrato de Suministro N° 2.

b) Que se declare infundada la reclamación presentada por MINERA ARES en todos sus extremos.

Materia Controvertida:

En la Audiencia Única llevada a cabo el día 17 de febrero de 2015, las partes a pesar de ser instadas por el Presidente para conciliar, no llegaron a un acuerdo; por lo que, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc estableció como materia controvertida las contenidas en el petitorio de las partes, anteriormente mencionadas.

4. Análisis del Cuerpo Colegiado Ad-Hoc:

4.1. Sobre la supuesta falta de legitimidad de MINERA ARES para solicitar el reintegro del VAD pagado a ELSE:

ELSE argumenta que MINERA ARES carece de legitimidad para observar y/o reclamar el VAD pagado durante el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2010 y abril de 2012 debido a que la reclamante cedió su posición contractual en el Contrato de Suministro N° 2 a Minera Suyamarca, según Contrato de Cesión de Posición Contractual N° 1002-0015-2010, suscrito el 26 de mayo de 2010.

Al respecto, la doctrina señala que la falta de legitimidad implica *la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal*⁵.

Sobre las relaciones jurídicas sustantiva y procesal, debemos mencionar que cuando se produce un conflicto de intereses entre dos o más personas con relevancia jurídica se establece una relación jurídica sustantiva, mientras que la relación jurídica procesal surge a partir del hecho que uno de los protagonistas del conflicto, en ejercicio de su derecho de acción, interpone una demanda que contiene una o más pretensiones contra la persona con quien mantiene la relación jurídica sustantiva⁶.

De lo citado por la doctrina se puede establecer que la legitimidad para obrar implica que el proceso se lleve a cabo entre los mismos sujetos que integran la relación jurídica material.

En el presente caso, ELSE sostiene que al haber MINERA ARES cedido su posición contractual a Minera Suyamarca, todos los derechos y obligaciones que fueron adquiridos en el marco del Contrato de Suministro N° 2, a partir del 26 de mayo de 2010 son de titularidad de Minera Suyamarca y ya no de MINERA ARES, por cuanto a partir de esa fecha, su cliente es Minera Suyamarca.

MINERA ARES, con el objeto de desvirtuar lo señalado por ELSE, ofreció como medio probatorio en la Audiencia Única copia de la Partida N° 11348967, asiento B00020 de la Oficina Registral de Lima.

De la revisión de este documento, se comprueba que MINERA ARES y Minera Suyamarca se fusionaron, mediante la figura de la fusión por absorción, la cual operó a partir del 1 de enero de 2014, según consta en la mencionada ficha registral.

De acuerdo con lo manifestado por las partes y de los documentos ofrecidos por éstas, se aprecia que se han producido dos actos jurídicos relevantes que deben ser analizados:

- i) Cesión de posición contractual: según el Contrato de Cesión de Posición Contractual N° 1002-0015-2010, suscrito el 26 de mayo de 2010, que obra a fojas 491 a 492, MINERA ARES cedió su posición contractual, en el Contrato de Suministro N° 2, a Minera Suyamarca.

⁵ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: San Marcos, 2002. p. 260.

⁶ *Ibid*, p. 128.

Al respecto, el artículo 1435° del Código Civil señala:

*En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.
(...).*

A su vez, el artículo 1437° del Código Civil dice:

El cedente se aparta de sus derechos y obligaciones y unos y otros son asumidos por el cesionario desde el momento en que se celebre la cesión...

En efecto, de conformidad con las normas citadas, Minera Suyamarca entró en la relación jurídica creada por el Contrato de Suministro N° 2 y ocupó el lugar de MINERA ARES (la cedente), esto es, se convirtió en parte de este contrato, lo que implica que quedó ligada a todos los acontecimientos vinculados al cumplimiento del Contrato de Suministro N° 2, es decir, a los efectos pasados que todavía no se hubieran cumplido, como a todos los que se hubieran originado a partir del momento de la cesión, que en este caso ocurrió el 26 de mayo de 2010.

Por lo expuesto, en principio, podríamos decir que a partir del 26 de mayo de 2010, Minera Suyamarca era la empresa facultada a reclamar por reintegro de pagos efectuados a favor de ELSE por concepto de VAD, derivados de la ejecución del Contrato de Suministro N° 2, no MINERA ARES.

- ii) Fusión por absorción: según la Partida N° 11348967, asiento B00020 de la Oficina Registral de Lima, inscrita el 7 de mayo de 2014, MINERA ARES absorbió a Minera Suyamarca mediante la fusión por absorción, la cual operó a partir del 1 de enero de 2014 por acuerdo expreso de ambas empresas mineras.

Al respecto, el artículo 344° de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887⁷, define la fusión por absorción con el siguiente texto:

Concepto y formas de fusión:

Por la fusión dos a más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

1. (...)
2. *La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.
(...).*

Ricardo Beaumont comenta sobre la fusión que (...) *la resultante de la fusión adquiere el patrimonio de la sociedad incorporada: se produce una sociedad in universum ius, a título universal, de modo que todos los bienes, créditos y deudas*

⁷ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 09 de diciembre de 1997.

de la sociedad que se extingue pasan a la sociedad a que se incorpora o a la creada con la fusión⁸.

A su vez, Oswaldo Hundskopf, define la fusión por absorción cuando (...) *una sociedad ya existente, denominada sociedad absorbente, adquiere los patrimonios integrales de las sociedades denominadas absorbidas. (...).*

La extinción de las sociedades absorbidas va a originar el traspaso de sus patrimonios en bloque y a título universal⁹.

Como puede apreciarse del texto normativo, así como de lo expuesto por la doctrina, en la fusión por absorción, al pasar el patrimonio de la empresa absorbida -Minera Suyamarca- a la empresa absorbente -MINERA ARES-, quedará integrado al de ésta. De manera tal que la sociedad absorbente -MINERA ARES- responderá con ese patrimonio unificado y con lo que acrezca, por las obligaciones que surgieron antes de la fusión a cargo de la empresa absorbida -Minera Suyamarca- y de la absorbente -MINERA ARES-, así como por las obligaciones que surjan a cargo de ésta después de la fusión.

De otro lado, el artículo 353° de la Ley General de Sociedades señala lo siguiente:

La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante. (...)

Es decir, a partir del 1 de enero de 2014, MINERA ARES asumió todos los compromisos que tenía Minera Suyamarca, tanto sus activos, como sus pasivos, como si se tratara de la propia Minera Suyamarca, incluyendo sus obligaciones y acreencias como parte del Contrato de Suministro N° 2, las contraídas hasta esa oportunidad, como las que pudieran originarse con posterioridad.

Cabe precisar que ELSE no ha cuestionado la referida fusión.

Del análisis efectuado, se colige que si bien Minera Suyamarca, a partir del 26 de mayo de 2010, como consecuencia de la cesión de posición contractual que realizó MINERA ARES a su favor respecto del Contrato de Suministro N° 2, tenía legitimidad para, entre cosas, solicitar el reintegro de los pagos que se efectuó a ELSE por concepto de VAD, durante el período comprendido entre el 26 de mayo de 2010 y abril del 2012; lo cierto es que la única facultada para reclamar el reintegro del VAD antes mencionado, a partir del 1 de enero de 2014, es MINERA ARES, en mérito a que desde esa fecha, mediante la fusión por absorción, absorbió a Minera Suyamarca, asumiendo con ello, a título universal, todo el patrimonio que correspondía a esta última, incluyendo los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad a esa fusión.

Por lo tanto, MINERA ARES cuenta con legitimidad para obrar en la presente controversia y reclamar el reintegro del pago del VAD según lo expuesto en su petitorio.

⁸ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. (2007). Comentarios a la Ley General de Sociedades. Perú. Gaceta Jurídica. Séptima Edición. p.763.

⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. (2012). Manual de Derecho Societario. Perú. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. p.240.

4.2. Sobre los mecanismos de observación de las facturas y la Prescripción Extintiva:

ELSE sostiene que en los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, en las Cláusulas 9.9 y 9.8 respectivamente, las partes señalaron los mecanismos de observación de facturas y el plazo para realizarlas.

Así, la Cláusula 9.9 del Contrato de Suministro N° 1 dispuso lo siguiente:

- 9.9. Si EL CLIENTE observara la factura entregada por EL DISTRIBUIDOR. EL CLIENTE notificará al DISTRIBUIDOR dentro de los cinco (05) días posteriores al recibo de tal factura. Si transcurren los cinco (05) días sin ninguna impugnación por parte del CLIENTE, la factura será considerada aceptada por EL CLIENTE sin la posibilidad de queja ulterior; se exceptúa el caso de un error obvio.*

A su vez, la Cláusula 9.8 del Contrato de Suministro N° 2 dispuso lo siguiente:

- 9.8. Si EL CLIENTE tuviese observaciones a la factura entregada por EL DISTRIBUIDOR, el CLIENTE notificará a EL DISTRIBUIDOR dentro de los diez (10) días posteriores al recibo de tal factura. Si transcurren los diez (10) días sin ninguna impugnación por parte de EL CLIENTE, la factura será considerada aceptada por EL CLIENTE, sin la posibilidad de queja ulterior; exceptuándose el caso de errores obvios, los mismos que deberán ser corregidos por Las Partes de manera inmediata.*

Por su parte, MINERA ARES sostiene que como las tarifas y compensaciones por el uso de instalaciones de distribución no se encuentran sujetas a la libre negociación de las partes, no son aplicables los plazos para la observación de las facturas, errores de facturación y/o períodos de revisión conjunta de cinco y diez días, previstos en la Cláusula Novena de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, respectivamente; y, por tanto, para la presente controversia se debe considerar el plazo de prescripción previsto en el numeral 1) del artículo 2001° del Código Civil. Según MINERA ARES, los plazos estipulados en los contratos deben tenerse en cuenta exclusivamente para efectos de la facturación de la potencia y energía asociadas.

Además, MINERA ARES precisa que las cláusulas que establecen el procedimiento de observación de las facturas, señalan que sus disposiciones no son aplicables en caso de “errores obvios” y que el cobro errado del VAD (concepto regulado), constituye un “error evidente”.

Al respecto, cabe señalar que en el sector eléctrico, conforme con lo dispuesto por el artículo 8° de la LCE, coexisten dos mercados, uno de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse en condiciones de competencia y otro regulado en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran.

La relación de ELSE con MINERA ARES, en tanto este último es un usuario libre, corresponde al mercado libre de electricidad; en tal sentido, las partes podían pactar libremente los términos de sus contratos, salvo aquellos conceptos que por disposición legal son regulados, como, entre otros, las tarifas o compensaciones por el uso de las instalaciones de transmisión o distribución de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44° de la LCE y el artículo 7° del Reglamento de Usuarios Libres.

Sobre lo mencionado, el artículo 1354° del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1354°.-

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En la misma línea, el artículo 1356° del Código Civil señala:

Artículo 1356°.-

Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.

El derecho dota a las partes de la libertad de establecer los términos y condiciones que regulen mejor los contratos que suscriban de acuerdo con sus intereses particulares; sin embargo, debe entenderse que estos contratos no existen fuera de un ordenamiento jurídico.

La disposición contenida en el artículo 1356° del Código Civil es de importancia relevante debido a que prioriza el principio de que contractualmente se pueden establecer toda clase de estipulaciones y que los dispositivos legales solo actúan de un modo supletorio, salvo aquellas normas que por su carácter imperativo no pueden ser superadas por la voluntad de los contratantes.

(...) Ciertamente, la mayor parte de las normas en materia contractual son dispositivas, esto es, son susceptibles de ser sustituidas por las partes. Sin embargo, concurrentemente el ordenamiento jurídico también contiene normas imperativas que no pueden ser sustituidas por la voluntad de los contratantes. Estas normas imperativas pueden dotar al acuerdo contractual de un significado y alcance distinto al establecido por las partes en el clausulado contractual¹⁰.

En tal sentido, corresponde determinar si el ordenamiento jurídico ha previsto normas de carácter imperativo que prevalezcan sobre los mecanismos y plazos contemplados en las Cláusulas 9.9 y 9.8 de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2.

Es de precisar que las normas del sector eléctrico no determinan un plazo prescriptorio para solicitar el pago materia de la reclamación, por lo que en virtud del principio de supletoriedad¹¹, se debe aplicar, el plazo prescriptorio dispuesto por el Código Civil.

Al respecto, el artículo 1989° del Código Civil establece que la prescripción es una institución jurídica que extingue la acción debido al transcurso del tiempo dejando subsistente el derecho en el cual se sustenta.

El fundamento de la prescripción es de orden público, pues conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su consolidación, sustentándose, por tanto, en el principio de seguridad jurídica.¹²

¹⁰ GUTIERREZ CAMACHO, WALTER. Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Tomo VII, Gaceta Jurídica. p. 38.

¹¹ Título Preliminar del Código Civil:

Artículo IX: Aplicación supletoria del Código Civil.

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

¹² VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica. Primera Edición, Agosto 1996. p. 81.

En efecto, la prescripción extintiva se sustenta en el principio de seguridad jurídica; sobre la base de lo cual, cabe señalar, como lo hace la doctrina que *si el titular de un derecho durante un considerable tiempo transcurrido no hace efectiva su pretensión ejercitando la acción correspondiente para que el órgano jurisdiccional lo declare y lo haga efectivo, la ley no debe ya franquearle la posibilidad de su ejercicio*¹³.

Sobre la consideración que la prescripción tiene como objetivo afianzar las relaciones y situaciones jurídicas, por el interés de la sociedad en general, el Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1990°.-

El derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.

Artículo 2000°.-

Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción.

Eugenia Ariano, al comentar el artículo 1990°, sostiene que *Lo que el artículo 1990° (al igual que el artículo 2000°) proscribiera es la posibilidad de una prescripción convencional que se superponga a la regulación legal*¹⁴.

Agrega sosteniendo que (...) *el artículo 1990° contiene una norma de "protección", en consecuencia de la cual cualquier renuncia preventiva (o sea anterior al vencimiento del plazo legalmente establecido) por parte del sujeto que por ley puede aventajarse con la prescripción o cualquier pacto tendiente a impedir la adquisición de tal "ventaja", resultará del todo ineficaz y, como consecuencia, funcionará la regulación legal*¹⁵.

Del tenor de las normas citadas y lo expuesto por la doctrina, se colige que los plazos que se aplican a la prescripción son establecidos únicamente por ley, es decir, las partes no pueden establecer plazos de prescripción distintos a los determinados por el Código Civil, ya sean mayores o menores.

Por tanto, los plazos de prescripción contenidos en el Código Civil son de naturaleza imperativa y prevalecen sobre cualquier otro plazo establecido, así sea de común acuerdo entre las partes, como los estipulados en las Cláusulas 9.9 y 9.8 de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2 respectivamente, que resultan incompatibles con los primeros.

El artículo 2001° establece los plazos de prescripción, de acuerdo con los supuestos que esta norma señala. Dado que la pretensión del cobro de la deuda materia de la presente litis implica la existencia de una relación jurídica patrimonial previa entre el deudor y acreedor, que requiere la ejecución de acciones por parte de quien se considera acreedor, respecto de quien estima como su deudor, tal como lo establece el artículo 1219° del Código Civil -al señalar que el acreedor debe emplear las medidas para procurarse la prestación de una obligación a costa de su deudor- en este caso, el pago del reintegro del cobro indebido por concepto de VAD, corresponde aplicar el plazo de prescripción de diez años previsto para la acción personal, según lo establece el numeral 1) del artículo 2001° del Código Civil:

Artículo 2001°.-

¹³ TRIGO REPRESAS, Félix. Unificación de la Responsabilidad por Daños. En VV AA Derecho de Daños, La Roca, Buenos Aires 2000, p. 86.

¹⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas. Tomo X, Gaceta Jurídica. p. 237.

¹⁵ Ibid. p. 238.

Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

Por último, el artículo 1993° del Código Civil establece que el inicio del plazo prescriptorio empieza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción. En este caso, la reclamación versa sobre facturación y devolución por cobro indebido por concepto de VAD, por tanto la acción debe considerarse desde el día siguiente de efectuado el pago. Teniendo en cuenta que MINERA ARES reclama la devolución de lo pagado por concepto de VAD desde el mes de diciembre de 2005 y que los recibos se emiten desde el mes siguiente de brindado el servicio; y, de la revisión de los recibos que obran en el expediente -fojas 19 a 311- se ha constatado que éstos fueron cancelados en su oportunidad -a partir del recibo por servicio de diciembre de 2005, pagado en enero 2006; aún no ha prescrito la acción para reclamar los reintegros por las facturas de los meses materia de reclamación.

Sobre la dación en pago y la buena fe contractual:

ELSE manifiesta que de permitírsele a MINERA ARES sostener que la ejecución de sus prestaciones dinerarias contempló aspectos diferentes a los asumidos por los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2, se atentaría contra la aplicación de la figura de la dación en pago.

Al respecto, el artículo 44° de la LCE establece que *Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en condiciones de competencia, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes (...)*

En ese mismo sentido, el artículo 7° del Reglamento de Usuarios Libres establece que *Las tarifas y compensaciones por el uso de las instalaciones de transmisión y/o distribución, son reguladas por el OSINERGMIN de acuerdo a lo señalado en la LCE y normas reglamentarias, y no están sujetos a la libre negociación de las partes. (...)*

Por otra parte, el Código Civil prescribe lo siguiente respecto de la figura de la dación en pago:

Artículo 1265°.- El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.

En efecto, al ser de carácter dispositivo la norma prevista en el artículo 1132¹⁶ del Código Civil Peruano, bien pueden acreedor y deudor pactar la extinción de la relación obligatoria mediante el cumplimiento de una prestación nueva y distinta. A este convenio la ley peruana lo denomina dación en pago¹⁷.

(...) La dación en pago es el medio extintivo de obligaciones por ejecución de una prestación diversa al objeto de la deuda¹⁸.

Uno de los requisitos para aplicar la dación en pago es que *Debe existir un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, que se explica desde el momento que el acreedor de*

¹⁶ Artículo 1132°.- *El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.*

¹⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Tercera Parte, Tomo VIII. Primera Edición, Agosto 1997, p. 16.

¹⁸ Ibid., p. 16

*ningún modo está obligado y el deudor no puede forzarlo a que le reciba una prestación por otra.*¹⁹

Sin embargo, como ya se ha señalado, el VAD es un concepto regulado, no pudiendo las partes pactar algo distinto de lo que establecen las normas regulatorias.

En efecto, en el presente caso, aún en el supuesto que las partes hubieren acordado ejecutar sus obligaciones a través de prestaciones distintas a las originalmente pactadas, siendo el VAD un concepto regulado, dicho acuerdo no podría contravenir la normativa regulatoria.

Por tanto, no corresponde mayor análisis respecto de la dación en pago aludida por ELSE.

De otro lado, ELSE sostiene que la pretensión de reintegro por los pagos efectuados por concepto de VAD por MINERA ARES en el marco de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2 vulnera la buena fe contractual que debe primar en la ejecución de los contratos, por cuanto pretende desconocer los pagos que ha venido efectuando por años sin cuestionarlos y por ende, las expectativas que generó en su contraparte, ELSE.

La buena fe contractual está recogida en el artículo 1362° del Código Civil que establece lo siguiente:

Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Tal como lo mencionáramos, el VAD es un concepto regulado conforme lo establecen los artículos 8° y 44° de la LCE, que determinan un sistema de precios regulados para las actividades de transmisión y distribución eléctrica.

En esta línea, El Procedimiento señala las pautas para determinar las compensaciones a pagar por el uso de las redes de transmisión y distribución por parte de los clientes libres.

El VAD está normado por disposiciones de carácter imperativo; por tanto, solo procede cobrar por este concepto en los supuestos establecidos por las normas regulatorias correspondientes.

En tal sentido, en el supuesto que MINERA ARES considere que ELSE le ha cobrado indebidamente por VAD, tiene derecho a reclamar que se le reintegren los pagos que efectuó, sin que ello implique una trasgresión a la buena fe contractual.

4.3. Sobre la materia reclamada:

MINERA ARES fundamenta su pretensión principal en lo dispuesto en el numeral 3.3. Compensación por Distribución de El Procedimiento, cuyo texto es el siguiente:

La compensación por el uso de las redes de distribución se efectúa también con las tarifas reguladas vigentes y es el resultado de la aplicación de los mismos procedimientos establecidos para los usuarios regulados. La aplicación del Cargo de Distribución Eléctrica (VAD) se relaciona con el uso del sistema de distribución eléctrica, de acuerdo con los siguientes criterios:

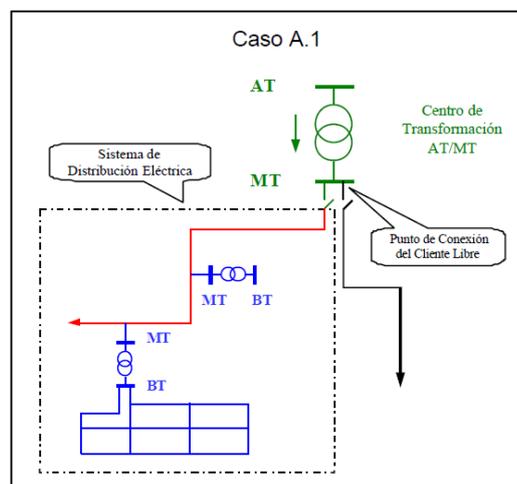
¹⁹ MOISSET DE ESPANÉS. Luis. Código Civil Comentado: Tomo VI. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. Agosto 2007. p. 469

Si el cliente no hace uso de ningún componente del sistema de distribución eléctrica, el cliente quedará exceptuado del pago del Cargo de Distribución Eléctrica (VAD).

Si el cliente utiliza, o tiene a su disposición para utilizar de inmediato, cualquiera de los componentes del sistema de distribución eléctrica, el cliente deberá pagar el Cargo de Distribución Eléctrica (VAD).

MINERA ARES considera que su caso es similar al denominado Caso A.1 del numeral 3.3.1. de El Procedimiento, que indica que *un cliente libre cuyo suministro se encuentra conectado a la barra de MT de un centro de transformación AT/MT o MAT/AT/MT no hace uso de ningún componente del sistema de distribución eléctrica (ver Gráfico N° 3), por lo que el cliente libre no está sujeto al pago del cargo de distribución eléctrica (VAD)*; por lo tanto, amparado en este supuesto, MINERA ARES sostiene que ELSE no debió facturarle y cobrarle el VAD en el marco de los Contratos de Suministro Nos. 1 y 2.

Gráfico N° 3



4.3.1. Sobre el Contrato de Suministro N° 1:

Del análisis efectuado por el Cuerpo Colegiado, se verifica que el Contrato de Suministro N° 1, suscrito por las partes con fecha 19 de agosto de 2003, establece el punto de entrega y medición siguiente:

- En una primera etapa, está ubicado en la localidad de Iscawaca en 22,9 kV.
- En una segunda etapa, está ubicado en la localidad de Chalhuanca, en el lado de 22,9 kV de la S.E.T. Chacapunte, en la S.E. 22,9/33 kV.

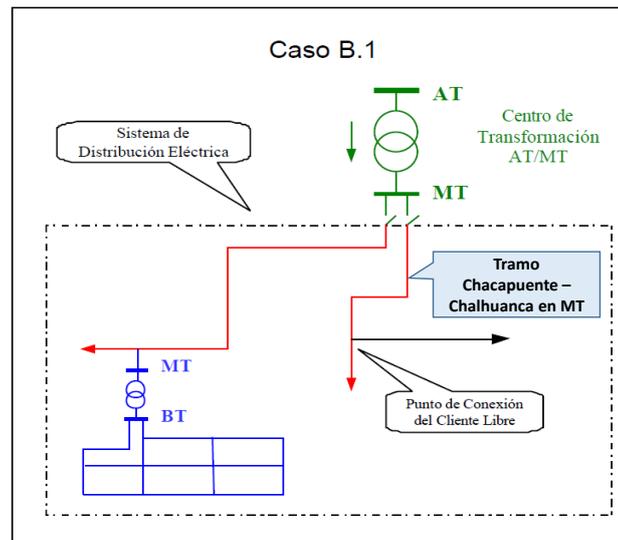
Al respecto, el numeral 6. del Ítem 3. Aspectos Metodológicos de El Procedimiento establece que *El sistema de distribución corresponde al conjunto de instalaciones destinadas al suministro de energía eléctrica (a tensiones menores a 30 kV) ya sea para los clientes del servicio público de electricidad (mercado regulado) o para los Clientes Libres (mercado libre)*

El punto de entrega y medición acordado por las partes en ambas etapas, permite identificar que el cliente libre MINERA ARES hace uso por lo menos de la línea eléctrica entre la S.E.T. Chacapunte y Chalhuanca, la cual tiene un nivel de tensión de 22,9 kV y es parte del sistema

de distribución conforme lo establece el numeral 6. del Ítem 3. Aspectos Metodológicos de El Procedimiento y formó parte del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR), como una unidad independiente, utilizado para la fijación del VAD, de las instalaciones de ELSE en MT, antes y durante la vigencia del Contrato de Suministro N° 1.

De acuerdo con el punto de suministro pactado (tanto para la primera, como para la segunda etapa), se advierte que el Contrato de Suministro N° 1 se enmarca en lo previsto en el Caso B.1 del numeral 3.3.2. Caso B: Clientes conectados al sistema de distribución eléctrica de El Procedimiento, que norma el supuesto de alimentación desde la red de MT, tal como se ilustra en el Gráfico N° 5 de El Procedimiento. En este gráfico, el Cuerpo Colegiado ha identificado lo que corresponde al tramo Chacapunte - Chalhuanca.

Gráfico N° 5



Por lo expuesto, este Colegiado, sobre la base de lo que establece el numeral 3.3.2 de El Procedimiento, considera que MINERA ARES, cuyo suministro estuvo conectado a la red de MT, hizo uso de los componentes del sistema de distribución eléctrica de ELSE, por lo que está sujeto al pago del cargo de distribución eléctrica (VAD) en los meses que tuvo vigencia el Contrato de Suministro N° 1.

Por lo tanto, a MINERA ARES le resultan aplicables las tarifas de distribución (VAD) señaladas en el Cuadro N° 1 de El Procedimiento²⁰, que muestra en forma general los cargos que deben asumir los clientes en función al nivel de tensión y la ubicación del punto de suministro.

²⁰ Ítem 3. Aspectos Metodológicos. p.8.

Cuadro N° 1

Suministro al Cliente Libre en:	Cargos de Transmisión a incorporar			Cargos de Distribución a incorporar
	Sistema Principal	Sistema Secundario Común	Peaje y Pérdidas Transmisión Secundaria	VAD y Pérdidas de Distribución
1.- Barra de Referencia	Si	Si	No	No
2.- MAT distinto de 1	Si	Si	Si	No
3.- AT distinto de 1	Si	Si	Si	No
4).- MT en Redes Distribución	Si	Si	Si	Si

Donde:

MAT = Muy Alta Tensión (MAT > 100kV)

AT = Alta Tensión (30kV < AT < 100kV)

MT = Media Tensión (440V < MT < 30kV)

4.3.2. Sobre el Contrato de Suministro N° 2:

En el Contrato de Suministro N° 2, suscrito por ELSE y MINERA ARES con fecha 20 de noviembre de 2006, se identifica que el punto de entrega y medición está ubicado en la S.E. de Chacapunte, en la barra de salida de 22,9 kV.

De acuerdo con el punto de suministro pactado, este Cuerpo Colegiado advierte que el Contrato de Suministro N° 2 se enmarca en lo previsto en el Caso A.1 del numeral 3.3.1. Caso A: Clientes conectados a la barra de MT de un centro de transformación AT/MT o MAT/AT/MT de El Procedimiento, que norma el supuesto de excepción de pago del VAD.

Al respecto, ELSE ha esbozado los siguientes argumentos para sustentar que MINERA ARES ha utilizado instalaciones de su sistema de distribución y por tanto, está obligada al pago del VAD.

a. El Contrato de Suministro N° 2 (señala lo mismo respecto del Contrato de Suministro N° 1)²¹ preveía expresamente el cobro del VAD, sin ninguna condición:

El Contrato de Suministro N° 2 establece en su numeral 8.1 de la cláusula referida a precios, lo siguiente:

*8.1. Los precios de Potencia y Energía en el Punto de Entrega como cliente libre, serán calculados a partir de los precios de generación en la Barra de Referencia de Generación Cachimayo 138 kV, **agregándose los costos correspondientes a la transmisión y distribución, conforme al artículo 8 y 44 de la Ley y de acuerdo a la estructura de precios del Anexo No. 2**" (énfasis agregado por el Cuerpo Colegiado).*

El artículo 8° de la LCE establece un régimen de libertad de precios y un sistema de precios regulados. En concordancia con este dispositivo, el artículo 44° del mismo cuerpo normativo prescribe un régimen de libertad de precios para la generación (venta de energía y potencia) y un sistema de precios regulados para las actividades de transmisión y distribución eléctrica.

A su vez, El Procedimiento establece las pautas para determinar las compensaciones a pagar por el uso de las redes de transmisión y distribución por parte de los clientes libres.

Las normas mencionadas son de carácter imperativo, por lo que no se puede pactar distinto.

²¹ El Contrato de Suministro N° 1 contiene disposición similar en la Cláusula 8.1, por lo tanto le es aplicable el mismo análisis efectuado en este caso.

El numeral 8.1 de la Cláusula Octava del Contrato de Suministro N° 2 justamente establece que debe considerarse el VAD conforme lo prescribe la LCE. Por tanto, a juicio de este Colegiado, lo señalado en el Contrato de Suministro N° 2, respecto del cobro del VAD (tarifa de distribución), no forma parte del régimen de libertad de precios donde los cargos se aplican sin condición adicional alguna, como contrariamente alega ELSE.

Por el contrario, el VAD forma parte del régimen regulado de precios, sujeto a las condiciones de aplicación que prevé Osinergmin (entre ellos El Procedimiento), y se calcula con los parámetros de regulación que periódicamente determina Osinergmin, parámetros que han sido recogidos en la estructura de precios que consta en el Anexo N° 2 del Contrato de Suministro N° 2.

Por tanto, el argumento de ELSE respecto de cobrar el VAD, sin considerar ninguna condición, no tiene fundamento para el Cuerpo Colegiado, debido a que vulnera los criterios regulatorios antes mencionados.

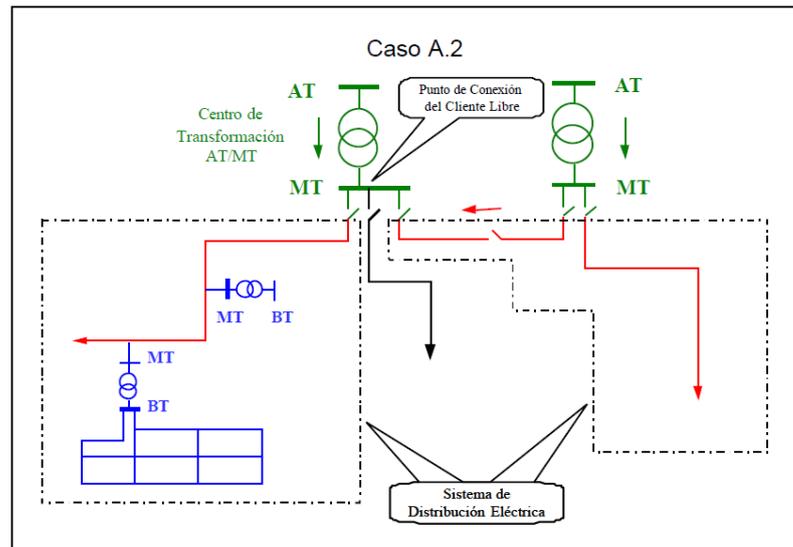
b. MINERA ARES hizo uso de su sistema de distribución:

ELSE señala que el suministro de energía a MINERA ARES se dio desde sus centrales de generación, las cuales se encuentran distribuidas en diferentes puntos de la red de ELSE y utilizan las configuraciones de red MT/AT/MT, MT/AT, MAT/AT/MT. Por tanto, para la atención del suministro de MINERA ARES, se utilizan redes de MT de otros sistemas eléctricos de propiedad de ELSE ubicados en la provincia Grau.

El Cuerpo Colegiado, tomando en cuenta lo previsto en el Contrato de Suministro N° 2 y en El Procedimiento, considera que el suministro de generación del cliente libre se da a partir de la Barra de Referencia de Generación (BRG), que para el caso materia de análisis es la barra de Cachimayo en 138 kV; por lo tanto, a partir de esa barra se determinan los cargos de transmisión que se aplican al cliente libre MINERA ARES.

Asimismo, cabe precisar que en sistemas de corriente alterna, los flujos de potencia no pueden ser direccionados a voluntad de las partes contratantes, dado que éstos siguen las leyes físicas, por ello no es posible aseverar que la generación de las centrales de ELSE respaldan el suministro de energía a MINERA ARES, ni tampoco que ese respaldo debe ser considerado como respaldo de la red de distribución de acuerdo con lo señalado en El Procedimiento. En efecto, para el caso de un suministro atendido en una barra de MT (supuesto del Contrato de Suministro N° 2), sólo se considera que se hace uso de los componentes del sistema de distribución eléctrica -y que el cliente libre está sujeto al pago del VAD-, cuando se tiene un respaldo en MT a la barra, vía otra red de MT tal como muestra el Caso A.2 (Gráfico N° 4), que no es el caso.

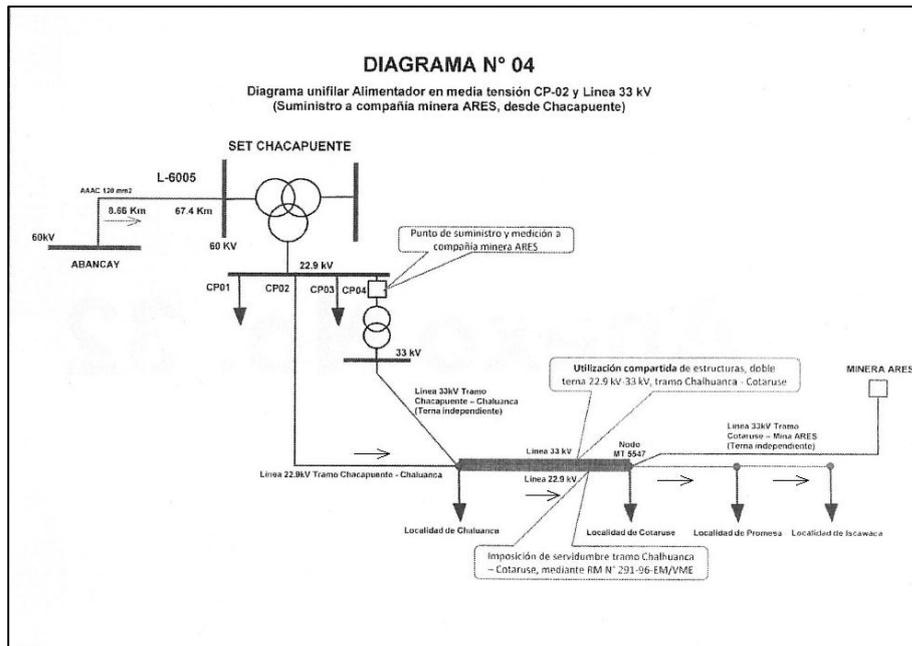
Gráfico No. 4



Por lo expuesto, el Cuerpo Colegiado considera que las centrales mencionadas por ELSE en la contestación a la reclamación, no aseguran el suministro de MINERA ARES, por lo que, conforme con las normas regulatorias vigentes, no pueden ser consideradas como fundamento para cobrarle el VAD.

Sin perjuicio de lo expuesto, es de precisar que en este análisis, no se ha tomado en cuenta el Oficio N° 0326-2011-GART, por cuanto a criterio de este Colegiado, de conformidad con el texto del referido documento, la GART dio respuesta en términos generales a una consulta sobre la aplicación del numeral 3.3. de El Procedimiento, por lo que éste resulta referencial.

- c. **ELSE sostiene que al poner en operación la línea en 33 kV para el suministro exclusivo de MINERA ARES en el marco del Contrato de Suministro N° 2, en el tramo Chalhuanca - Cotaruse, MINERA ARES utiliza 211 postes de propiedad de ELSE desde el Nodo N° 9217 al Nodo N° 5547, en una longitud aproximada de 30,4 km. (Diagrama N° 4 presentado por ELSE). Por lo tanto, MINERA ARES ya está utilizando parte del sistema en MT. Sustenta, además, que la línea en MT que corre paralela a la línea en 33 kV y le asegura respaldo:**



El Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, siguiendo la lógica regulatoria que atribuye los postes de uso compartido a la red de mayor nivel de tensión (caso de postes compartidos entre redes de MT y BT), considera que estos activos (postes) son parte de los activos del sistema de transmisión (33 kV) y no del sistema de distribución (22,9 kV). Aseverar lo contrario estaría contraviniendo las normas de seguridad, porque una línea de AT (33 kV) no puede utilizar postes de menor altura adecuados para MT (22,9 kV). Bajo las consideraciones expuestas, la discusión sobre la propiedad y uso de componentes del sistema de transmisión resultan irrelevantes para determinar el uso de componentes del sistema de distribución y del pago del VAD respectivo.

Respecto de las líneas de 22,9 kV y 33 kV en traza paralela, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc considera que entre ambas instalaciones no podrían darse respaldo, por lo tanto no puede considerarse que un cliente atendido normalmente por la línea de 33 kV utiliza o tiene a su disposición para utilizar de inmediato la línea de 22,9 kV, entre otras consideraciones, porque no existe la presencia de instalaciones físicas (transformadores) que permitan superar la diferencia de tensiones de operación entre ambas líneas.

Sobre la base de lo expuesto y teniendo en cuenta el punto de suministro de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Suministro N° 2, este Cuerpo Colegiado considera que MINERA ARES no hace uso de ningún componente del sistema de distribución eléctrica, en consecuencia no está sujeta al pago del cargo de distribución eléctrica (VAD). Por lo que debe declararse fundada la pretensión principal de MINERA ARES respecto del Contrato de Suministro N° 2 y determinar que ELSE debe reintegrar los montos pagados por MINERA ARES por concepto de VAD.

4.4. Sobre los intereses:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 92° de la LCE, los reintegros a favor del usuario consideraran las mismas tasas de interés y mora que tiene autorizadas el concesionario para el caso de deudas por consumo de energía.

Conforme se establece en el artículo 161° del Reglamento de la LCE, las empresas dedicadas a las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, están autorizadas a cobrar por sus acreencias, la tasa e interés compensatorio y el recargo por mora establecidos en el artículo 176° del mismo cuerpo normativo.

Al respecto, el artículo 176° del Reglamento de la LCE establece que la tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado encuentra procedente lo solicitado por MINERA ARES respecto del pago de intereses que debe abonar ELSE por el reintegro por concepto de pago de VAD en el marco del Contrato de Suministro N° 2.

De conformidad con lo establecido por la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332; el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y demás disposiciones mencionadas en la presente Resolución, el Cuerpo Colegiado Ad-Hoc, con los votos de los señores David Abraham Grández Gómez, María Arellano Arellano y Juan Carlos Liu Yonsen en el extremo referido a la pretensión principal y pretensión accesoria de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene N° 169-2003 y en el extremo referido al literal a) del Petitorio de ELSE indicado en el Numeral 3. de la presente resolución; y, con el voto en mayoría de los señores Juan Carlos Liu Yonsen y María Arellano Arellano y el voto discordante del señor David Abraham Grández Gómez, en el extremo referido a la pretensión principal y pretensión accesoria de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Desestimar la solicitud presentada por ELECTRO SUR ESTE S.A.A. sobre la falta de legitimidad de COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. para reclamar el reintegro del pago efectuado por concepto del Valor Agregado de Distribución a favor de ELECTRO SUR ESTE S.A.A. durante el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2010 y abril de 2012, derivado del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006, por los argumentos expuestos en el numeral 4.1. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 2°.- Declarar infundada la pretensión principal de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. contra ELECTRO SUR ESTE S.A.A. respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene N° 169-2003 y fundada respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006, por los argumentos expuestos en el numeral 4.3. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 3°.- Declarar infundada la pretensión accesoria de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene N° 169-2003 y fundada la pretensión accesoria respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006 y en consecuencia, ordenar a

ELECTROSUR ESTE S.A.A. reintegrar a favor de COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. los pagos realizados por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. por concepto de Valor Agregado de Distribución respecto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006, más los intereses correspondientes, por los argumentos expuestos en los numerales 4.3. y 4.4. de la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO 4°.- Declarar concluida la primera instancia administrativa según lo establecido en el artículo 45° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias aprobado por Resolución N° 223-2013-OS/CD.

ARTÍCULO 5°.- Declarar, en virtud de lo dispuesto por el numeral 206.2 del artículo 206° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y el artículo 47° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Osinergmin para la Solución de Controversias aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 223-2013-OS/CD, sólo procede contra esta resolución la interposición del recurso de apelación, el cual deberá ser presentado ante el órgano que dictó la resolución apelada dentro de los quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la Resolución impugnada.

David Abraham Grández Gómez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

María Arellano Arellano
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

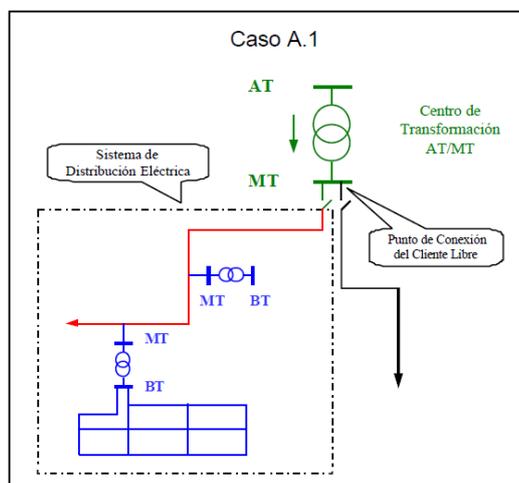
Juan Carlos Liu Yonsen
Integrante
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc

VOTO EN DISCORDIA

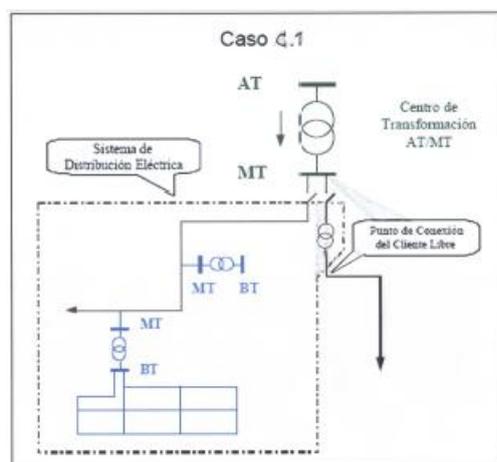
Sobre pretensión principal y pretensión accesoria de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. en el extremo referido al Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006:

Por las siguientes consideraciones y con el debido respeto a mis colegas de este Colegiado, emito mi voto discordante sobre el cobro del VAD en el Contrato N° 2 suscrito entre MINERA ARES y ELSE:

1. MINERA ARES indica que no se le debió cobrar el cargo por uso del sistema de distribución (VAD) porque estaba conectada directamente a las barras de MT (22.9 kV) de la S.E. Chacapuente 60/22.9/10 kV e indica que su caso era similar al mostrado en la figura siguiente:



2. Sin embargo, la realidad fue que MINERA ARES estuvo físicamente conectada al lado de 33 kV de la S.E. 22.9/33 kV de propiedad de ELSE, en la forma en que se indica en la figura siguiente:



3. ¿Por qué MINERA ARES considera que su punto de conexión está en el lado de 22.9 kV?. Porque así lo acordó con ELSE y porque pagaba un alquiler mensual acordado con ELSE por el uso de la S.E. 22.9/33 kV.
4. Examinemos en primer lugar el tema del alquiler mensual acordado por el uso de la S.E. 22.9/33 kV. ¿Estaba ELSE facultada para alquilar instalaciones de su propiedad y facturar por el uso de ellas? Según el capítulo 5, numeral 8 - Disposiciones Complementarias de El Procedimiento:

Los propietarios de transmisión y/o distribución no están facultados a facturar directamente al cliente libre por el uso de sus instalaciones. Las compensaciones deben ser facturadas al correspondiente suministrador.

Como en este caso ELSE era a la vez el suministrador y el propietario de la S.E. 22.9/33 kV, solo cabía que ELSE como suministrador considerase la compensación que correspondía por el uso de la S.E. 22.9/33 kV y lo facturase con las tarifas reguladas vigentes.

5. Veamos ahora el tema del punto de conexión. El punto de conexión es el límite de propiedad entre las instalaciones del cliente libre y las instalaciones de transmisión o distribución que utiliza. En este caso, MINERA ARES necesitaba un suministro en 33 kV y ELSE le proporcionó el suministro requerido conectando las instalaciones de MINERA ARES en la salida de una S.E. 22.9 / 33 kV de su propiedad. El punto de conexión estuvo entonces en el lado de 33 kV de la S.E. 22.9/33 kV. Si MINERA ARES deseaba el punto de conexión en 22.9 kV debió instalar su propia subestación.
6. ¿Puede cambiarse el punto de conexión por acuerdo entre el suministrador y el cliente libre?. La respuesta es negativa y para demostrarlo consideremos el caso extremo en que acuerdan que el punto de conexión esté en la BRG (Barra de Referencia de Generación). En tales condiciones el cliente libre no pagaría compensaciones por el uso de los sistemas de transmisión y distribución que llevan la energía desde el BRG hasta el punto de conexión real. Los propietarios de los sistemas de transmisión y distribución, en general diferentes del suministrador, serían afectados por una decisión de terceros.
7. ¿Entonces, debía pagar MINERA ARES el VAD? Para responder a esta pregunta debemos previamente resolver la observación planteada por la GART: "Como normalmente las subestaciones elevadoras o reductoras no son consideradas en los sistemas adaptados, la subestación 22.9/33 kV no estaría en el cálculo del VAD, ¿por qué debería pagarse por el uso de la subestación 22.9/33 kV de ELSE?"
8. Veamos en primer lugar si el pago de las compensaciones por distribución están asociadas a las instalaciones consideradas en los sistemas adaptados. La respuesta es negativa. Según el capítulo 3, numeral 2 – Aspectos Metodológicos de El Procedimiento:

*... Las tarifas de transmisión y/o distribución por las **instalaciones existentes** entre la BRG y el punto de suministro son reguladas por el OSINERG.” (resaltado y subrayado son del autor de este documento).*

El pago de las compensaciones por transmisión y/o distribución se refiere al uso de las instalaciones existentes y no a las de un sistema adaptado que optimizaría las instalaciones entre el BRG y el punto de suministro (o sea el punto de conexión donde se entrega la electricidad al cliente libre).

9. La siguiente pregunta es, ¿realmente la subestación 22.9/33 kV no estaría considerada en el sistema adaptado correspondiente al sistema de distribución de ELSE?. La respuesta es que posiblemente sería parte del sistema adaptado que optimizase el suministro a la demanda de distribución. En efecto, para el sistema de distribución de ELSE, el suministro a la MINERA ARES debería tratar de optimizarse. Como el cliente libre requería el suministro en 33 kV para lo cual construiría una línea de 33 kV hasta la S.E. Chacapunte, las posibilidades técnicas eran o una subestación 60/33 kV o una S.E. 22.9/33 kV. Por el nivel de demanda de MINERA ARES se optó por la S.E. 22.9/33 kV. Solo cuando la demanda creció lo suficiente, MINERA ARES optó por una nueva línea de 60 kV de la S.E. Chacapunte a sus instalaciones mineras.
10. ¿Entonces, debía pagar MINERA ARES el VAD?. La respuesta es sí, porque hace uso de la S.E. 22.9/33 kV, que forma parte del sistema de distribución de ELSE.

Por lo expuesto:

MI VOTO ES:

Declarar infundada la pretensión principal y pretensión accesoria de la reclamación presentada por COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C. en el extremo referido al Contrato de Suministro de Energía Eléctrica Mina Selene - Explorador N° 1013-0372/2006.

David Abraham Grández Gómez
Presidente
Cuerpo Colegiado Ad-Hoc