

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**TÍTULO: CALIFICACIÓN DE LOS EVENTOS DE FUERZA MAYOR EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN ELÉCTRICA**

**TRABAJO ACADÉMICO PARA OPTAR EL GRADO DE SEGUNDA
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

AUTOR:

RUTH NADHIESDA CACÑAHUARAY MITMA

ASESOR:

LUCIO ANDRÉS SÁNCHEZ POVIS

CÓDIGO DE ALUMNA:

20142828

2018

Resumen

Las cláusulas de fuerza mayor - o caso fortuito - son disposiciones que se incorporan en los cuerpos contractuales y permiten a una de las partes suspender o terminar el cumplimiento de sus obligaciones cuando surgen circunstancias ajenas a su control. La institución de la fuerza mayor es propia del Código Civil, por ello, su vinculatoriedad y calificación se sustrae únicamente a las partes que suscriben el contrato. En los contratos administrativos, debido a la ausencia de un cuerpo normativo que los regule en su totalidad, se remite a lo previsto en la normativa civil, no obstante, las cláusulas que la incluyen son de particular relevancia, toda vez que en el objeto contractual de estos subyace un fin público (por ejemplo, actividades consideradas como de servicio público), razón por la cual ingresa a participar un ente ajeno a las partes, esto es, los Organismos Reguladores. Para el caso de la actividad eléctrica la facultad de calificar los eventos de fuerza mayor recae en el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Energía y Minería – OSINERGMIN. Este regulador tiene facultades reconocidas legalmente para la calificación de los eventos de fuerza mayor en relación a determinadas actividades del sector, más no así con relación a otras. Adicionalmente, su actuación plasmada en las diversas decisiones, no ha sido uniforme. En esta línea, el presente trabajo tiene por objetivo exponer lo descrito conforme a lo previsto en la normativa sectorial, a efectos de brindar propuestas que permitan superar los problemas advertidos, desarrollando para ello en el informe la siguiente estructura: en el primer capítulo, se desarrollará el escenario de fuerza mayor en los contratos administrativos y el sector energético (electricidad); en el segundo, la calificación de la fuerza mayor que realiza el regulador, los problemas identificados y sus efectos, a fin de brindar propuestas; para así finalmente esbozar las conclusiones con los aspectos centrales.

INDICE

Introducción	4
CAPÍTULO I	6
1.1. Fuerza mayor en los Contratos administrativos.....	6
1.1.1. Naturaleza y contenido.....	8
1.1.2. Calificación	11
1.2. Fuerza mayor en el Sector Energía (Electricidad).....	12
CAPITULO II.....	20
2.1. OSINERGMIN y la calificación de fuerza mayor	20
2.1.1. OSINERGMIN y la variabilidad en su calificación.	25
CONCLUSIONES	30
BIBLIOGRAFÍA.....	32



Introducción

La naturaleza de los contratos administrativos ha sido afirmada predominando el interés público que integra su contenido y prescindiendo de la lógica de los poderes exorbitantes. En este sentido, en el momento de la celebración del contrato, no se privilegia la condición de una parte u otra, sino el contenido que lo integra: el cometido público.

Los contratos administrativos replican la regla de paridad de las partes, sin embargo, su gran diversidad genera regulaciones distintas; alguno de ellos recoge con mayor extensión las instituciones del Código Civil, esto es, de índole privada, entre tanto otros lo hacen solo de manera referencial. Así, por ejemplo, en los contratos de concesión del sector energía-electricidad - que, sin dejar de ser contratos públicos, se les aplica las reglas comunes al ámbito privado.

Los contratos de concesión del sector energía - electricidad - ingresan dentro de los contratos administrativos que hacen referencia al Código Civil y que tienen un desarrollo propio de ciertas instituciones, sin con ello dejar principios generales propios de la contratación estatal. Tal es el caso de la institución de la fuerza mayor.

La fuerza mayor es una figura propia del Código Civil, que tiene como principal objetivo eximir de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones a la parte que lo invoca, y su calificación y vinculatoriedad se sustrae únicamente a las partes que suscriben el contrato. Esta regla encuentra variación en los contratos de concesión donde media la participación de los Organismos Reguladores, debido a los objetos contractuales (por ejemplo, al ser actividades consideradas como Servicio Público). En los contratos de concesión del sector energético se tiene la participación del Organismo de Supervisión en Energía y Minería (OSINERGMIN) al que se le reconoce la facultad de evaluar los eventos de fuerza mayor en las actividades transmisión, distribución y suministro que se rigen bajo la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25833 y su Reglamento el Decreto Supremo 009-93-EM.

Con mayor precisión, a través de normas de carácter reglamentario, se han determinado y ampliado competencias en relación a la facultad de calificación del OSINERGMIN para ciertas actividades, pese a que no se encontraban previstas legalmente. Por otro lado, en su actuación, el regulador ha establecido lineamientos sectoriales con miras a uniformizar y garantizar una mayor predictibilidad y seguridad para cuando estos eventos sean invocados.

De esta forma, la participación del OSINERGMIN encuentra una serie de peculiaridades, las cuales serán descritas y evaluadas, y ello nos permitirá identificar los problemas en su actuación, en atención a la normativa aplicable.



CAPÍTULO I

1.1. Fuerza mayor en los Contratos administrativos

La naturaleza de los contratos administrativos no tiene un sentido unívoco, sin embargo, la mayoría doctrinal y jurisprudencial ha optado descartar la idea del contrato administrativo en la que se reconoce potestades exorbitantes implícitas e inherentes al Estado; destacando ahora primordialmente su objeto o fin, a la del giro o tráfico administrativo de la Administración (Cassagne 2009:23).

De esta forma, los contratos administrativos han sido considerados como “todo acuerdo de voluntades permitido por ley, en los que interviene una entidad de la Administración Pública, en el ejercicio de una función o cometido público administrativo, acuerdo del cual surgen derechos y obligaciones para las partes contratantes” (Huapaya 2013:286). Como se desprende, en la celebración de los contratos administrativos, subyace el fin público de la Administración.

En el Perú los contratos administrativos están sujetos a una variedad regulatoria, por lo que adoptan diversos matices. Así por ejemplo, las concesiones; las cuales están sujetas a una pluralidad de regímenes legales, dependiendo del tipo de bienes (recursos naturales, infraestructura, etc.), del tipo de actividades que son otorgadas (servicios públicos, etc.) o incluso del nivel de Gobierno (nacional, regional o local) que adjudica la concesión (Danós 2006: 19), lo que genera que cada sector, en atención a la naturaleza del bien, del tipo de actividad o del nivel de Gobierno, establezca reglas especiales para su regulación. De esta forma, los contratos administrativos son distintos de acuerdo a su marco regulatorio.

Dentro de la variedad regulatoria referida, habrán contratos públicos que por su finalidad serán fundamentalmente “administrativos” o regidos enteramente por el derecho público, mientras otros se regirán en su ejecución por el derecho privado (Coviello 2010: 49), para estos últimos ingresando a tallar las normas del derecho privado.

A pesar de la diversidad regulatoria, falta en el Ordenamiento Jurídico Peruano un régimen sustantivo de los contratos administrativos, nuestro Ordenamiento no tiene parámetros jurídicos para la interpretación de tales contratos. Por ello, si como regla general se tiene la aplicación de los principios propios del derecho público a los contratos administrativos, resultan siendo de aplicación también las normas de derecho privado (Huapaya: 294).

La omisión en referencia, exige recurrir a los métodos de interpretación, así como a instituciones jurídicas del Código Civil, tales como la buena fe, común intención de las partes o como la fuerza mayor. La regularidad de recurrencia a estas últimas dependerá de cuán desarrollada esté el régimen legal en el cual se suscribe el contrato.

A modo enunciativo, uno de los contratos administrativos del Ordenamiento Peruano, la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley No. 30225, y modificatorias¹, no realizan mayor desarrollo de la institución de la fuerza mayor; por otra parte, normas como las Normas de Servicio de Transporte de Gas Natural por Ductos, Decreto Supremo No. 018-2004-EM, realiza un desarrollo más amplio de la misma².

Reconocida ciertas particularidades de los contratos administrativos y resaltando que, pese al subyacente interés público, se mantiene el equilibrio de las partes; acudir a las normas del Código Civil no elimina el núcleo del contrato administrativo, el cometido público, por lo que toda evaluación deberá hacerse con base en aquel.

De forma breve, este es el escenario de los contratos administrativos: las instituciones del Código Civil, tales como la fuerza mayor, son incorporadas en

¹ La Ley No. 30225, y modificatorias, no hacen mayor desarrollo de los eventos de fuerza mayor, únicamente las refiere como eventos que pueden generar la cancelación del proceso de selección, la resolución Contractual y, como un eximente de generador de intereses.

² Artículo 2.12 del “*Caso Fortuito y/o Fuerza mayor: Evento, condición o circunstancia, comprendida en la definición del Artículo 1315 del Código Civil Peruano, que se encuentra más allá del control razonable y previsible de la parte que la invoca, la cual, a pesar de los esfuerzos razonables efectuados para prevenirla o mitigar sus efectos, causa un retraso o suspensión de las obligaciones del Contrato de Transporte*”.

los contratos administrativos, entre otros, a falta de un sistema de un único régimen sustantivo. La magnitud y regularidad de recurrencia dependerá del desarrollo normativo de cada régimen. Inclusive la regulación sectorial más desarrollada no ha llegado a cubrir todos los espacios que representa dicha institución, es por ello que la normativa civil sigue siendo de aplicación.

1.1.1. Naturaleza y contenido

La fuerza mayor se encuentra regulada en el Código Civil, el artículo 1315 de este cuerpo normativo señala: “Caso fortuito o Fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Osterling Parodi, citando a Giorgi, define la figura de la fuerza mayor de la siguiente forma:

“Acontecimiento independiente del hecho del deudor, no previsible o por lo menos no evitable, por efecto necesario del cual el deudor se ha encontrado en la imposibilidad de cumplir total o exactamente la obligación.” (1988:266).

Respecto a los requisitos Bustamante Alsina señala lo siguiente:

“a) Imprevisibilidad: El hecho debe ser imposible de prever. Esta imposibilidad de prever debe ser apreciada objetivamente en relación al deber normal de prever (...)

b) Inevitabilidad: El hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales con relación al hecho de que se trata, considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo y personas.

c) Hecho Ajeno: El hecho debe ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa. (...).” (266-271: 1989).

Para que un evento pueda ser calificado como de caso fortuito o fuerza mayor y, por ende, la parte que lo invoca se exonere de responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, deberán cumplirse los requisitos de: (i) imprevisibilidad; (ii) inevitabilidad (y, por tanto, irresistible); y, (iii) extraordinariedad; lo que implica a su vez que sea un hecho ajeno y fuera al control de la parte que lo requiere.

A mayor abundamiento, Castillo Freyre citando a Tunc señala que, un caso fortuito (o de fuerza mayor) es aquél en el que existe una fuerza que se opone a la actividad y a la prudencia estándar del deudor, y que contrarrestarla requeriría de este un nivel de diligencia superior al exigido por la norma o la convención (2014:48), lo que supone una “fractura causal”; no existiendo responsabilidad a cargo del autor de la causa inicial, por ser el daño consecuencia de otra causa (Taboada 2012: 86).

Así, el acaecimiento de este evento reconocido como fuerza mayor - o caso fortuito - excede al ámbito normal de actuación contractual de las partes e incide en el cumplimiento de obligaciones, por este motivo, la razón detrás de la fuerza mayor está que su configuración como eximente de responsabilidad se debe a que el incumplimiento fue ocasionado por un elemento externo que impide la debida ejecución de la obligación.

El desarrollo de esta institución en el Código Civil tiene como basamento la existencia de un contrato meramente privado. Pese a que este escenario no se replica en los contratos administrativos, éstos acogen no solo el desarrollo legislativo sobre la fuerza mayor en materia civil, sino también doctrinal.

Es premisa general en los contratos administrativos acudir al cuerpo normativo civil para considerar los criterios de calificación de fuerza mayor. Algunos contratos hacen una remisión total a su contenido y otros de forma parcial desarrollando con mayor amplitud su contenido; en caso

de estos últimos en sincronización con el desarrollo legislativo del artículo 1315 del Código Civil.

La remisión al Código Civil, resulta lógico cuando las reglas contractuales relacionan únicamente a las partes y es cuando se refleja la naturaleza privada de las instituciones civiles, tales como la fuerza mayor. En consecuencia, los efectos de los hechos o acontecimientos derivados de la ejecución del contrato serán exclusivamente asumidos por las partes. No obstante, distinta es la regulación de los contratos administrativos de concesión de determinadas actividades, en los que hallan participan los Organismos Reguladores.

En el ámbito de las Inversiones en Telecomunicaciones, en Energía y Minería, en Infraestructura de Transportes y Saneamiento, existen entes autónomos, que asumen funciones de supervisar, de regular, de normar, de fiscalizar y sancionar, de solucionar controversias y de solucionar los reclamos de los Usuarios de los servicios que regulan, conforme lo señala la Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley No. 27332. En este sentido, la calificación y la evaluación del cumplimiento de los eventos invocados como de fuerza mayor no recaen únicamente en las partes contractuales, sino también en los Organismos Reguladores³. Por ello, dicha institución civil deja de tener un carácter meramente privado extendiendo su alcance a la participación de un tercero público.

Así lo indicado, al ser la fuerza mayor una institución propia del Código Civil, su naturaleza de eximente de responsabilidad de las partes, se evalúa bajo lo dispuesto en dicho cuerpo normativo y únicamente con participación de aquellas. Sin embargo, en la regulación de los contratos administrativos, y conforme a la normativa sectorial, su naturaleza y

³ Sobre los Organismos Reguladores Richard Martín citando a Canosa, ha indicado que estos tienen como función “fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con la normativa vigente y conforme a ésta y el contrato de concesión respectivo, asegurando la mejor calidad de aquél en beneficio de los usuarios y si fuere procedente en la actividad de que se trate asegurar la competencia entre los distintos operadores. A ello debe agregarse el control de cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por el concesionario por contrato” (2017: 33). De esta forma su participación debiera limitarse a la verificación normativa y contractual de las obligaciones de los concesionarios.

contenido halla ciertas particularidades, así por ejemplo en los sectores regulados en los que tienen participación los Organismos Reguladores, puesto que su calificación recaerá en estos y no en la contraparte como lo indica la regla contractual.

1.1.2. Calificación

El artículo 1363 del Código Civil consagra el “principio de relatividad” del contrato, el cual señala:

“Los Contratos sólo producen efectos entre las partes que lo otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”. (El subrayado es agregado).

En este sentido, son únicamente las partes contractuales las que quedan vinculadas por el contrato, de tal forma que será una de ellas la que tendrá determinadas atribuciones que deriven de su ejecución, tales como calificar si se ha producido un evento de fuerza mayor invocado por la otra.

Esta vinculatoriedad entre las partes se ve reflejada en los contratos administrativos en los que las partes son únicamente “Estado-Privado”. No obstante, este principio se ve modificado en aquellos contratos en los que ingresan los Organismos Reguladores que realizan funciones que primigeniamente compete solo a las partes.

Así lo indicado, la calificación de los eventos de fuerza mayor recae en las partes contractuales, ello se deriva del principio de relatividad de los contratos. En ciertos contratos administrativos de concesión, ello contiene ciertas variaciones, puesto que ingresan a participar - *como ya se señaló*- los Organismos Reguladores.

1.2. Fuerza mayor en el Sector Energía (Electricidad)

Los contratos de concesión en el sector energía son mecanismos jurídicos que han contribuido en gran medida al desarrollo del sector, ello se ha logrado principalmente porque “los Contratos de Concesión (...) han permitido que los inversionistas tengan las reglas claras por escrito que les permite reducir al máximo el riesgo de su inversión, y eso sólo se logra a través de mecanismos contractuales, previamente aceptado por las partes” (Salvatierra 2016: 317).

La aceptación previa de las partes respecto a las reglas aplicables en la ejecución contractual es vital a fin de garantizar y exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Sin embargo, como se señaló en el capítulo anterior, existen reglas sobre cuya aceptación se genera una implícita derivación, total o parcial, al contenido de las reglas del derecho privado, debido a que no existe regulación sustancial en los contratos administrativos. En el sector energía existe una particular regulación de preceptos del Código Civil, ello se plasma en el contenido así como en la calificación.

Sobre el contenido de la calificación de la fuerza mayor

Respecto a la fuerza mayor en el sector energético se ha señalado que “es una figura jurídica que es aplicada como supuesto de excepción, bajo el cual las empresas concesionarias no pueden ser hechas responsables ante la ocurrencia de un hecho que ocasione la variación de las condiciones de suministro” (Documento de Trabajo No. 16-GFE, 2004: 28)⁴. A través de ella, al igual que en materia civil, invocarla se encuentra en el propósito de no generar responsabilidad por el incumplimiento o cumplimiento parcial de una obligación contractual. Así, aunque la funcionalidad civil de la fuerza mayor es replicada en sede administrativa, es necesario realizar ciertas precisiones.

⁴ Estos detalles han sido expuestos en el Documento de Trabajo No. 16 de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica del OSINERGMIN. http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/estudios_economicos/documentos-de-trabajo Consulta : 29/09/2018

Sobre la diferencia existente entre la responsabilidad civil y la responsabilidad administrativa se indica que, “la primera se basa esencialmente en la culpa o negligencia del agente causante del daño, aun cuando en la actualidad se aprecie una tendencia clara a la objetivación, en cambio, el Derecho Administrativo hace descansar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la existencia de una lesión, de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico que soportar, abstracción hecha de que se haya ocasionado con motivo del funcionamiento normal o anormal del servicio público, de que tenga su origen en una actuación bien lícita, bien ilícita”, “en una situación regular, en una situación irregular”. (Barrero 2009:83).

Es la responsabilidad objetiva la que se plasma en los contratos en los que el concesionario, asumiendo la posición de la Administración, tiene a su cargo la prestación del servicio público otorgado en concesión. Siendo lo primordial en la evaluación el “daño” causado por un elemento externo, para finalmente exonerar de responsabilidad en caso de producido el evento de fuerza mayor invocado.

Ahora bien, la fuerza mayor recogida en los contratos de concesión eléctrica presupone que las reglas privadas positivadas se rigen por las disposiciones del Código Civil y que su rol de eximente de responsabilidad se mantiene. Pero con el desarrollo de la regulación en el sector eléctrico, se regirá por lo señalado en la legislación aplicable a la materia, y supletoriamente lo dispuesto en el Código Civil.

El contenido de la fuerza mayor, según el Documento de Trabajo No. 16-GFE, Evaluación de Solicitudes de Fuerza Mayor para Instalaciones de Transmisión y Distribución, recae en el mismo contenido reconocido por el Código Civil, esto es, su calificación depende de los siguientes elementos: Imprevisibilidad, Irresistibilidad y Extraordinariedad. Su acaecimiento tiene como principal efecto el incumplimiento de una obligación, así lo reconoce el Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas – *que constituye la matriz normativa que regula las actividades relacionadas a la generación transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica* –, en su artículo 87, el cual señala que

“Los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro de fuerza mayor”.

A pesar de mantener los principales criterios de evaluación del Código Civil, debido a la diversidad normativa en el sector eléctrico y con fines de generar un criterio de uniformización, fue emitida la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía OSINERG, Resolución No. 010-2004-OS-CD, a través de la cual se aprueba la directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de Transmisión y Distribución, (en adelante, la “Directiva”). Al respecto, el 25 de noviembre del 2010 a través de la Resolución N° 265-2010-OS-CD⁵ se modificó la Directiva; entre los cambios se encuentran, principalmente, lo referido a los principios aplicables para la calificación de la solicitud de fuerza mayor.

La exposición de motivos de la Directiva precisó que sus disposiciones son aplicables principalmente a la variación de las condiciones de suministro ocurridas en instalaciones de transmisión y distribución, y su finalidad recae en establecer los criterios básicos que se emplearían para la evaluación de las solicitudes de calificación de fuerza mayor que son presentadas por las empresas concesionarias ante variaciones de las condiciones de suministro eléctrico.

La Directiva establece el procedimiento, requisitos y los criterios básicos para la evaluación de las solicitudes de calificación de fuerza mayor presentadas por las empresas concesionarias ante variaciones de las condiciones del suministro eléctrico. Asimismo, precisa aquellos supuestos que podrían ser considerados como eventos de fuerza mayor, cumplidos una serie de requisitos.

- Actos vandálicos.
- Averías por terceros.
- Fenómenos naturales.
- Accidente de trabajo y accidente de terceros.

⁵Esta resolución a su vez fue modificada por la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 258-2012-OS/CD. Esta última incorpora modificaciones vinculadas a la comunicación de la interrupción a la Autoridad, declaración de improcedencia, al Órgano competente para resolver las solicitudes y los recursos administrativos.

- Hurto de conductores y/o equipos eléctricos.
- Avería provocada por poda o tala de árboles.
- Riesgo por incendio aledaño a instalaciones eléctricas.
- Solicitud de autoridades.
- Otros eventos que cumplan con los principios establecidos en el numeral 1.1 de la presente Directiva⁶.

En relación a esta lista que prevé aquellos eventos que podrían ser considerados como de fuerza mayor, se ha señalado que esta delimitación no termina siendo del todo adecuada. En países como Suecia, Austria, República Checa, Gran Bretaña, Hungría, Irlanda⁷, no son taxativos en determinar qué constituye un evento de fuerza mayor, sino que queda a criterio del Organismo Regulador la facultad de definirlo. Al respecto, se considera que los contextos de desarrollo en la regulación claramente son distintos, sin embargo, la enunciación de los casos responde a características particulares de cada país. Por ejemplo, sería arriesgado atribuir una extensa facultad al OSINERGMIN, cuando inclusive no es pacífico su reconocimiento como entidad autónoma al Poder Ejecutivo, por lo que se considera que el listado previsto garantiza cierta predictibilidad.

La delimitación de lo que constituye fuerza mayor en sede administrativa, a diferencia del área civil, garantiza predictibilidad en los contratos de concesión, y es precisamente este último supuesto el que se expresa en el sector eléctrico a través de una norma que regula las solicitudes para la evaluación de los eventos invocados como fuerza mayor para las actividades de transmisión y distribución.

⁶ La producción de varios de los eventos en lista tiene incidencia por la participación de las autoridades estatales. Verbigracia, la seguridad y orden interno es responsabilidad de las autoridades del Estado, precisamente por un déficit en el mismo se generan los hechos vandálicos. En la relación privada, este hecho claramente escapa a la voluntad de las partes, pero esta situación es distinta en las relaciones donde una de las partes representa al ente estatal. Tal es el caso de los contratos de concesión en el sector eléctrico, en la que la posición de concedente la asume una entidad estatal (MINEM) que, si bien no tiene la función específica de controlar y mantener el orden interno, finalmente es parte del aparato estatal; por lo que ante invocación de fuerza mayor por un hecho vandálico también estaría en representación del Estado. Esta descripción demuestra sólo una de las particularidades de los eventos de fuerza mayor en el sector eléctrico.

⁷ Estos detalles han sido expuestos en el Documento de Trabajo No. 16 de la Gerencia de Fiscalización Eléctrica.
http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/estudios_economicos/documentos-de-trabajo Consulta : 29/09/2018

En consecuencia, en el sector eléctrico, invocar la existencia de un evento de fuerza mayor se enmarca en el supuesto de responsabilidad objetiva y sanción al concesionario, ya que debido a ello no se cumple con las obligaciones del contrato de concesión. La invocación posibilita que pese a existir el incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso no se es responsable por el mismo. De esto se desprende que finalmente los matices de la fuerza mayor del área civil son replicados en el área administrativa.

Sobre la entidad competente de la calificación de fuerza mayor

Sobre las razones de la intervención estatal en la actividad económica, llámese regulación, se ha señalado que esta es realizada principalmente en base a dos consideraciones. Primero, “La equidad (...) lo hace en la medida que tiene ventajas excepcionales para tratar de abordar problemas de desigualdad en la distribución del ingreso e inseguridad de los ciudadanos vulnerables que no cuentan con un nivel de vida aceptable” y en segundo lugar, se ha considerado que “(...) tradicionalmente el Estado ha intervenido en aquellas actividades donde se reconoce marcadamente la presencia de las denominada fallas de mercado, es decir de aquellas circunstancias que impiden que una economía de mercado asigne los recursos con eficacia” (Huapaya 2010: 317). De esta forma, las razones que subyacen a la participación del aparato estatal a través de diversas entidades, son los criterios de igualdad - interés general - y la naturaleza de la actividad.

El sector eléctrico es un mercado cuya característica principal es operar en condiciones de monopolio natural, dada la coexistencia de altos costos irreversibles y una demanda relativamente pequeña, lo eficiente es que se genere un espacio geográfico o de mercado para solo un productor⁸. Esta descripción refleja que dentro de este sector existe una sustancial falla de mercado: el monopolio natural - tal es el caso de la actividad de generación - siendonecesaria

⁸ Estas consideraciones fueron expuestas en el resumen ejecutivo de “Situación Tarifaria en el Sector Eléctrico Peruano”, de la Comisión de Tarifas Eléctricas. <http://www2.osinerg.gob.pe/Publicaciones/pdf/SituacionTarifaria/SITTAR1998.pdf> Consulta: 10/10/18

la presencia y participación de un regulador. Por esta razón, la actividad de regulación en el Perú incluye, entre otros, al sector eléctrico.

Asimismo, conviene señalar que si bien la actividad de regulación es distinta a la de servicio público - tal como lo señala el profesor Huapaya - es claro que la regulación económica incide y despliega su campo de acción fundamentalmente sobre las actividades económicas que el legislador ha declarado expresamente como sujetas al régimen jurídico de los servicios públicos (2011: 93). En razón a ello, en tanto ciertas actividades del campo eléctrico (transmisión, distribución y suministro) son consideradas como servicio público, su régimen exige la intervención estatal. Por consiguiente, la regulación de ciertas actividades del sector eléctrico halla sustento en su propia naturaleza de monopolio natural, así como en su condición de servicio público.

La regulación en el sector eléctrico está a cargo del OSINERGMIN, al que se le reconoce la condición de Organismo regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público interno o privado y las personas naturales, en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, y al que se le atribuye las funciones de supervisar, de regular, de normar, de fiscalizar y sancionar, de solucionar controversias y de solucionar los reclamos de los Usuarios de los servicios que regulan, conforme lo señala la Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley No. 27332.

De esta forma, se ha otorgado al OSINERGMIN funciones expresadas en una variedad de intervenciones, que van desde la dación de normas hasta la imposición de sanciones, incluyéndose también una serie de facultades como la de calificación de fuerza mayor. Esta última función ha sido reconocida a partir de las siguientes disposiciones normativas.

En relación a la función supervisora, la ley en referencia señala que comprende “la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas (...)”.(El subrayado es agregado) y, la función de fiscalización y sanción “la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de

obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos Contratos de Concesión (...)". (El subrayado es agregado).

A esto se aúna lo dispuesto por la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, Ley No. 27699, la cual realiza un mayor desarrollo de las funciones que se le reconocen a este organismo regulador, tal como la facultad de tipificación y aprobación de procedimientos especiales, que lo habilita a *“aprobar los procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora relacionados con el cumplimiento de normas (...), así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía (...)*”.

En este sentido, se ha otorgado al OSINERGMIN diversas funciones expresadas en funciones como la de supervisión y fiscalización y sanción, en las cuales se incluye una serie de facultades como la de calificación de fuerza mayor.

En relación a la calificación de los eventos de fuerza mayor, la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25844 en su artículo 87 dispone:

“Los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor, con la obligación de dar aviso de ellos a los usuarios y al organismo fiscalizador, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la alteración” (El subrayado es agregado).

En el mismo sentido, el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo No. 009-93-EM, establece en su artículo 169 lo siguiente:

“Corresponde a OSINERG la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el Artículo 87 de la Ley”

Así lo señalado, son disposiciones de rango legal las que otorgan sustento directo a la atribución de calificar los eventos de fuerza mayor al OSINERGMIN en determinadas actividades del sector eléctrico. Adicionalmente, ello resulta siendo razonable considerando que su naturaleza de organismo técnico especializado en el sector energético lo coloca en mejor condición de comprobar y evaluar la invocación de los eventos de fuerza mayor.

De esta forma, son las consideraciones y disposiciones normativas expuestas, las que otorgan legitimidad y sustento normativo para reconocer la facultad de calificación de los eventos de fuerza mayor al OSINERGMIN. A partir de lo señalado, en el siguiente capítulo se expondrá los problemas identificados en la calificación de los referidos eventos que realiza el regulador.



CAPITULO II

2.1. OSINERGMIN y la calificación de fuerza mayor

Como se señaló en el capítulo precedente, la facultad asignada al regulador es reconocida en relación a determinadas actividades.

Del artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas se desprende que la calificación del OSINERGMIN es únicamente sobre las actividades de transmisión, distribución y suministro, mas no así para la de generación. Esto es, se aplica únicamente a los concesionarios de dichas actividades cuando se haya afectado la forma en que éstos prestan el servicio público de electricidad. Del mismo modo lo reconoce el artículo 169 de su Reglamento, al indicar que es de aplicación a los concesionarios de las referidas actividades cuando requieran la modificación de las condiciones del suministro objeto de la concesión.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, en su momento la Comisión de Tarifas Eléctricas⁹, señaló que el diseño de marco regulatorio peruano para el sector eléctrico está orientado al establecimiento de un contexto de libre competencia para las actividades de generación y a la regulación de la transmisión y distribución dentro del área de concesión asignada a cada uno de los operadores¹⁰.

Esto es, debido a factores de costos y eficiencia, la participación competitiva en la actividad de generación sí estaría permitida, a diferencia de las actividades de distribución y transmisión, puesto que su propia naturaleza exige que su prestación sea prestada de forma monopólica.

⁹En la actual estructura del OSINERGMIN, la Comisión de Tarifas Eléctricas pasa a ser la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria.

¹⁰ Señala el resumen ejecutivo de la Comisión de Tarifas Eléctricas, “Situación Tarifaria en el Sector Eléctrico Peruano” que la estructuración señalada es el reflejo de un análisis de eficiencia económica. La existencia de más de una empresa en la provisión del servicio es considerada económicamente eficiente en la actividad de generación, sin embargo, ello no es posible en la transmisión y transmisión. <http://www2.osinerg.gob.pe/Publicaciones/pdf/SituacionTarifaria/SITTAR1998.pdf> Consulta: 05/10/18.

Adicionalmente - *tal como ya se enunció* – nos encontramos frente a actividades consideradas como de servicio público. El artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas, señala lo siguiente:

“Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:

- a) El suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el Reglamento;
- y,
- b) La transmisión y distribución de electricidad.

El Servicio Público de Electricidad es de utilidad pública.”

De esta forma, la prestación de las actividades de suministro, transmisión y distribución se encuentran bajo un régimen jurídico particular toda vez que constituyen servicios públicos, lo cual, entre otros, exige la participación directa del regulador. No obstante, la actividad de la generación queda fuera de este paraguas de régimen legal.

Si bien es cierto, la actividad del regulador también se presenta en la de generación, por las sustanciales fallas de mercado que presenta, su participación en relación a la calificación de eventos de fuerza mayor no tiene reconocimiento expreso como sí lo tienen las otras actividades.

Como se advierte, el marco normativo del sector eléctrico dispone expresamente que, en las actividades reconocidas como servicio público: transmisión, distribución y suministro, la facultad de calificación de fuerza mayor recae en el OSINERGMIN, por otro lado, en relación a la actividad de generación que no ha sido reconocida como tal, no existe un precepto legal.

Pareciera que estas razones son las que explican el porqué de la atribución legal solo a las actividades de suministro, transmisión y distribución, más no así a las de generación.

Empero, a través de la Resolución que establece las instancias competentes en los Procedimientos Administrativos Sancionadores y otros Procedimientos Administrativos, Resolución No. 218-2016-OS/CD - y su modificatoria, Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN No. 10-2017-OS-CD – se dispuso que el agente instructor en la actividades de generación y transmisión es el Jefe de Fiscalización de Generación y Transmisión Eléctrica el agente de instrucción y el Gerente de Supervisión de Electricidad el agente de sanción. Por su parte, en relación a las actividades de distribución y comercialización de electricidad, el agente de instrucción es el Especialista Regional en Electricidad y el agente de sanción es el Jefe de Oficinas Regionales.

Como se puede advertir, pese a que la atribución legal al regulador para la calificación de los eventos de fuerza mayor es únicamente en relación a las actividades de transmisión, distribución y suministro, a través de un cuerpo reglamentario se le ha reconocido también facultades para que lo realice en las actividades de generación.

Sin embargo, el que a través de una norma de carácter reglamentario se haya atribuido facultades a un órgano que no le está reconocido por norma de rango legal, resultaría siendo contraproducente pues se estaría trasgrediendo lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, el numeral 1, del artículo 70 señala:

“70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan (...)”

El profesor Morón Urbina sobre el contenido de esta norma - *cuando en su momento se encontraba en la Ley de Procedimiento Administrativo General* - señalaba que “La norma tiene como objeto claro establecer una reserva legal para la creación de competencias administrativas. Es la Constitución y la ley orgánica, en el caso de los organismos constitucionalmente creados, y en los demás casos,

la ley ordinaria, las únicas vías jurídicas para crear competencia a un organismo o entidad pública. La propia Administración no puede crear organismos, ni puede asignarse competencias no establecidas en la ley. Cumpliendo su rol de desarrollo legal, las normas administrativas sólo quedan habilitadas para reglamentar las competencias ya dadas por el legislador. Proceder de modo contrario sería favorecer la extensión de competencias por parte del propio ente administrador. (...)” (307:2011). En este mismo sentido, se estaría transgrediendo también el principio de legalidad, el que implica que “la Administración se sujeta especialmente a la Ley, pues dentro de un Estado de derecho, la actuación de la autoridad administrativa será legítima si tiene como base una Ley Previa” (Méndez 82:2013).

La facultad que legitima al OSINERGMIN a calificar los eventos de fuerza mayor está reconocida legalmente, no obstante, ha sido realizada solo para determinadas actividades, lo que lo limita actuar en otras, tal como la de generación. En un intento de superar esta situación dentro del marco normativo del regulador se han creado atribuciones de carácter reglamentario que crean competencia a sus órganos, lo que claramente transgrede principios básicos de la Administración como el de legalidad.

No queda en discusión que existe una validez legal respecto a la función de calificación de fuerza mayor asignada al OSINERGMIN, y más aún si es un ente técnico especializado en el sector energético que lo coloca en mejor condición de poder realizar la calificación señalada. Sin embargo, esta validez legal se ve debilitada a falta de certeza sobre en qué actividades actúa el regulador con dicha facultad y ello se pone de manifiesto en las controversias que surgen de los cuerpos contractuales.

A modo de ejemplo se cita al Contrato de Compromiso de Inversión “Nodo Energético en el sur del Perú”¹¹, suscrito el 20 de enero de 2014 entre el Ministerio de Energía y Minas (“MINEM”) y SAMAY I S.A (“Samay”), mediante el cual

¹¹ Contrato extraído de la página web institucional de PROINVERSIÓN http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/NODO_ENERGETICO/CONTRATO_FIRMADO_SAMAY_WEB.pdf Consulta: 12/10/2018

Samay asumió el compromiso de construir, poner en funcionamiento, mantener y operar la Central Térmica Puerto Bravo. El Contrato contiene disposiciones relacionadas a la inimputabilidad de las partes por los supuestos de incumplimiento generados por eventos de fuerza mayor, en los siguientes términos:

“Cláusula Sexta: Fuerza Mayor

“6.1. Ninguna de las Partes es imputable por la inejecución de una obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, durante el término en que la Parte obligada se vea afectada por Fuerza Mayor y siempre que acredite que tal causa impidió su debido cumplimiento.

(...)

6.5. La calificación de Fuerza Mayor durante la construcción hasta la Puesta en Operación Comercial será realizada por el Ministerio de Energía y Minas; durante la operación regirá lo establecido en las Leyes Aplicables”
(Subrayado nuestro).

La descripción del contenido contractual sobre la fuerza mayor muestra que existen aún ciertas variantes respecto a la entidad encargada de la calificación.

Es indudable que en la etapa de construcción la calificación de la fuerza mayor quedará a cargo del MINEM. No obstante, no sucede lo mismo con la etapa operativa. Si bien, en esta última se alude a las “Leyes Aplicables”, las que se definen en el mismo Contrato como “todas las normas jurídicas que rigen el derecho interno del Perú”, no se concluye con total certeza que la entidad legitimada de calificar la fuerza mayor sea el OSINERGMIN.

Por una parte, conforme las leyes aplicables - y como ya se desarrolló - sería el OSINERGMIN el encargado de calificar cualquier evento de fuerza mayor, pero se trae a colación lo ya señalado: la atribución reconocida es únicamente para las actividades de suministro, transmisión y distribución; el Contrato de Compromiso de Inversión está vinculada a una actividad de generación.

Así, la inexistencia de un patrón normativo que reconozca de forma clara y expresa la participación del regulador, genera un tratamiento inadecuado e impredecible de las controversias. Si bien, la falta de determinación legislativa respecto a las actividades de generación ha tratado de ser resuelta de forma alguna con la creación de normas, ello se ha realizado vulnerando principios básicos que guían la actividad administrativa; por ello se considera que la inclusión de esta figura de gran relevancia, debe ser establecida con mayor claridad en los cuerpos contractuales, a fin de evitar controversias innecesarias; o en su defecto, precisarlos en las normas legales correspondientes.

2.1.1. OSINERGMIN y la variabilidad en su calificación.

Realizada las precisiones anteriores, a la fecha, el OSINERGMIN viene efectuando la calificación de los eventos de fuerza mayor en todas las actividades del sector eléctrico y, la disposición guía que utiliza para su actuación, es la Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de Transmisión y Distribución, aprobada por la Resolución No. 010-2004-CD-OSINERGMIN, y su modificatorias realizada a través de la Resolución No. 265-2010-OS-CD, la cual fija reglas sobre los eventos de fuerza mayor para determinadas actividades del sector eléctrico.

El numeral 1.1 de la Directiva No. 010-2004-CD-OSINERGMIN y modificatorias, señala:

“Los principios que se aplican para la evaluación de calificación como causa de fuerza mayor es que el evento que ocasionó la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, sea de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado.” (El subrayado es agregado).

Esta disposición, en equivalencia a lo que señala el Código Civil Peruano, establece que para la existencia de un evento de fuerza mayor se requiere que concurren los siguientes elementos: imprevisibilidad, irresistibilidad y extraordinariedad, o adicionalmente habiendo sido previsto no pudiera ser evitado. Como puede observarse, si bien se mantienen los elementos comunes y propios del Código Civil, se inserta un elemento adicional, que el evento sea inevitable.

Siendo así, la regla es la que sigue: “en aquellos casos en los que ocurra un hecho irresistible, poco importará hablar de los elementos de extraordinariedad o previsibilidad, pues bastará acreditar la imposibilidad objetiva de evitar el hecho acaecido” (Paredes Brando 2017: 64).

Las características descritas no son concurrentes, un hecho puede ser irresistible más no imprevisible, y ser considerado un evento de fuerza mayor. Este es el principal cambio expreso en la regulación sectorial eléctrica, pues se prescinde del análisis tradicional de fuerza mayor en la que se hacía necesario la presencia conjunta de los tres elementos para su configuración, para ahora evaluar cuatro elementos en la que en ciertas ocasiones bastará solo la demostración de alguno de ellos para ser eximido de responsabilidad.

Una aproximación a las razones de esta innovación responde a las circunstancias contextuales de tiempo y espacio. Esta modificación termina siendo lógica, pues como lo señala el profesor Leysser León, “lo extraordinario se juzga, principalmente de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales” (2007:83). Son precisamente estas circunstancias las que en definitiva deberían determinar las características para considerar un evento como fuerza mayor.

Los fenómenos sociales y naturales han de ser los elementos para identificar si nos encontramos frente a un evento, extraordinario, irresistible, imprevisible o inevitable, para que sea declarado como un evento de fuerza mayor. Son estas consideraciones, las que evidencian que

la innovación normativa del OSINERGMIN resulta siendo adecuada, pues no se trata evaluar instituciones teóricas de antaño sin dejar de ver lo que ocurre en los hechos y/ o la naturaleza de gran parte de los hechos.

OSINERGMIN, de conformidad con la normativa expuesta, viene aplicando esta nueva visión, alejándose de los parámetros clásicos del Código Civil. No obstante, en la actuación del regulador se ha identificado la falta de homogeneidad en sus decisiones.

En atención a la normativa vigente - la Directiva y modificatorias -, el OSINERGMIN ha venido aplicando los principios que aquella prevé. De esta forma, la evaluación recae en lo siguiente: Que el evento que ocasionó la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, sea de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado.

Ello se plasma, por ejemplo, en la evaluación de los casos de hurto y/o robo de los materiales de instalaciones de transmisión y distribución eléctrica, en los que el análisis ya no es concurrente respecto a los tres elementos mencionados. El curso habitual de los sucesos en nuestro país demuestra que los actos de hurto y/o robo no son situaciones excepcionales, más aún son situaciones comunes, sin embargo, ello no limita a reconocer que sea un evento de fuerza mayor, puesto que en la mayoría de los casos se cumple con el elemento de irresistibilidad, ya que pese a adoptar las medidas suficientes razonablemente necesarias se producen los delitos referidos.

Así como estos eventos, son muchos los que cumplen con sólo una de las características y los cuales debido a las circunstancias ameritan que sean evaluados dentro de los alcances de la fuerza mayor. No obstante ello, el regulador en reiteradas ocasiones no ha evaluado los eventos invocados como de fuerza mayor en atención a las particularidades de los acontecimientos.

Uno de los sucesos de ocurrencia frecuente es, precisamente, el de los hurtos y robos de los equipos de las instalaciones de transmisión y distribución en los que el regulador – a través de los órganos competentes – ha optado por resolver señalando que dichos eventos, que causan la interrupción del servicio eléctrico, únicamente podrían ser calificados como de fuerza mayor siempre que hubiesen ocurrido por primera vez. Las veces que se produzcan después, no podrían ser calificadas como tal, puesto que ya dejarían de ser consideradas como previsibles. Si bien ello podría resultar siendo lógico, ello no se condice con los roles, como el de seguridad, que corresponden ser realizados por el Estado.

Así, en situaciones de hecho similares se ha resuelto de forma distinta, con lo que no se garantiza una respuesta paritaria a los administrados. Asimismo, con ello se estaría vulnerando el principio de predictibilidad, el mismo que se encuentra recogido en el numeral 1.15 del numeral IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo No. el cual señala lo siguiente:

“La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener”. (El subrayado es agregado).

De esta forma, con este principio se busca garantizar una decisión predecible de la Administración que otorga las debidas garantías de uniformidad en sus decisiones.

Sin embargo, este principio se ve transgredido por la praxis del regulador. Ante ello, queda trabajar con mayor énfasis, a fin de garantizar respuestas adecuadas a los administrados.

Conforme lo detallado, si bien el regulador ha logrado avances en lo que a calificación de fuerza mayor se refiere, debido a su desarrollo normativo sectorial, existen aún cuestionamientos sobre qué actividades está facultado a realizarlo. A ello se suma que su actuación ha sido bastante variable, generando inseguridad y/o imprevisibilidad.



CONCLUSIONES

- Los contratos públicos en el Perú, tienen una amplia diversidad. Pese a ello, no existe un cuerpo normativo sustantivo que los regule, siendo que existe una derivación a las reglas e instituciones del Código Civil, tal como la fuerza mayor, figura que se caracteriza por ser un eximente de responsabilidad y cuya calificación recae en la parte contractual.
- La fuerza mayor en los contratos del sector eléctrico - *si bien mantiene su naturaleza de eximente* - halla ciertas particularidades en la calificación en relación a determinadas actividades como las de distribución, transmisión y suministro. La regla general que rige la calificación de los eventos de fuerza mayor está regulada en el Código Civil y vincula únicamente a las partes que celebran un Contrato. Sin embargo, el regulador que no es parte de la suscripción inicial del contrato realiza esta función a razón de la naturaleza de servicios públicos de las referidas actividades.

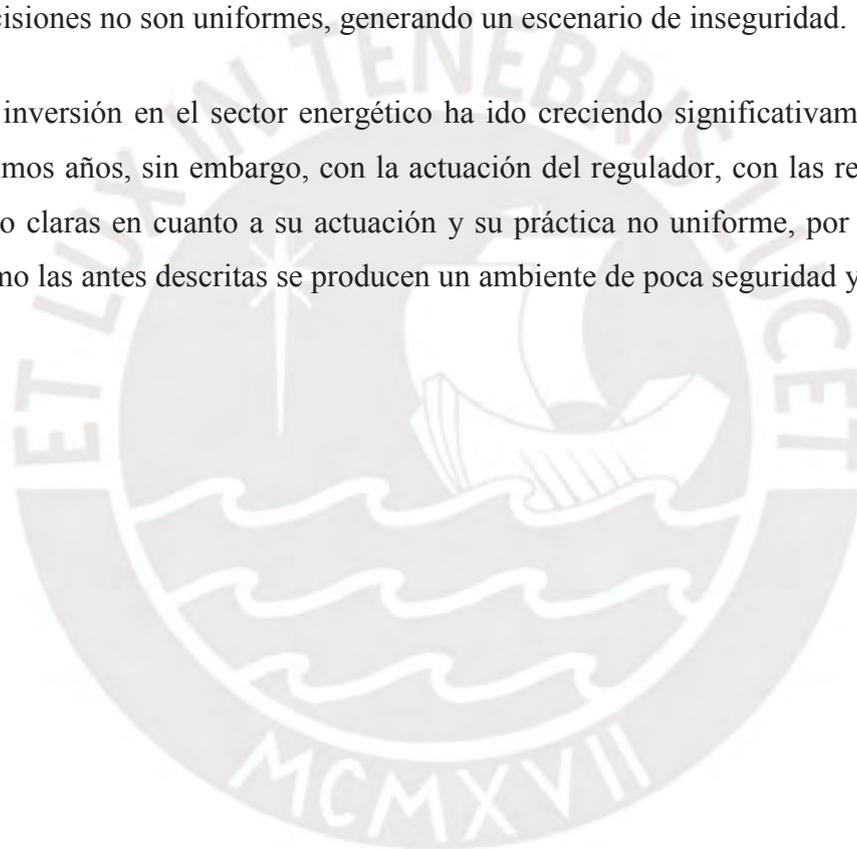
El OSINERGMIN ha optado por la dación de normas que establecen a los órganos encargados de las solicitudes de calificación de eventos de fuerza mayor, incorporando actividades para las cuales legalmente no se les hubo atribuido tal facultad, así también, ha establecido Lineamientos que uniformizan criterios para dicha evaluación a fin de generar predictibilidad y uniformización en sus decisiones. No obstante, se ha expuesto que estas formas no responden a principios orientadores del Derecho Administrativo. Así, cuando se han establecido a los órganos encargados dentro del regulador se ha prescindido de reglas como las de competencia y transgrediendo principios como el de la legalidad, pues se faculta a sus órganos realizar la calificación únicamente en sustento reglamentario, más no así en base legal sobre actividades que no se les estuvo reconocido expresamente, tal como la generación.

- La evaluación de las solicitudes de eventos de fuerza mayor que viene realizando el OSINERGMIN modifica y realiza una cierta innovación respecto a reglas del Código Civil. El Código Civil establece que, para que se configure el eximente de

responsabilidad se requiere de la concurrencia de clásicos elementos como: imprevisibilidad, irresistibilidad y extraordinariedad. Más en la actualidad, OSINERGMIN ha optado por incrementar un elemento adicional: inevitabilidad, señalando además que los tres elementos que establece el Código Civil no han de ser concurrentes para que se exima de responsabilidad al que lo invoca, lo cual constituye un avance, debido a que representa la naturaleza de los hechos.

Pese a los cambios introducidos en la calificación de los eventos de fuerza mayor, el regulador no realiza en todos los casos una evaluación conforme a los mismos, y más aún sus resoluciones llevan consigo distintos criterios, con lo cual sus decisiones no son uniformes, generando un escenario de inseguridad.

- La inversión en el sector energético ha ido creciendo significativamente en los últimos años, sin embargo, con la actuación del regulador, con las reglas no del todo claras en cuanto a su actuación y su práctica no uniforme, por situaciones como las antes descritas se producen un ambiente de poca seguridad y certeza.



BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido
2016 La responsabilidad civil. Parte general. Volumen I. Turin. UTET, Lima.
Ediciones Legales.
- BARRERO RODRIGUEZ, Concepción.
2009 Fuerza Mayor y Responsabilidad Administrativa Extracontractual.
Editorial Arazandi, Navarra, 2009. pp. 35
- CASSAGNE, Juan Carlos.
2009 *El Contrato Administrativo*. Tercera Edición. Buenos Aires: Lexis –
Nexis.
- CASTILLO FREYRE, Mario y RIVAS CASO, Gino
2014 “La diligencia y la inejecución de las obligaciones”. Revista de Derecho
Ius Et Veritas PUCP, N° 48, Lima, pp. 130-141.
- COVIELLO, Pedro José Jorge.
2011 “El Contrato Administrativo: ¿Lex Inter partes o ius variandi?”. Revista
Derecho PUCP. No. 66. Lima. pp. 169-194.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge
2006 “El Régimen de los Contratos estatales en el Perú”. Revista de Derecho
Administrativo PUCP No 06. Lima, pp. 9-26.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO Leysser
2004 *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI.
Lima: Gaceta Jurídica.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTINEZ-CRARANDE, Eduardo

- 2004 “Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo”
Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas.
Editorial Civitas, España, pp. 83-108.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón
2010 “Algunos apuntes sobre la relación entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de regulación”. Revista Ius et Veritas PUCP. No. 40, pp. 302-344.
 - HUAPAYA TAPIA, Ramón
2013 “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura”. Revista Ius et Veritas PUCP. No. 46, pp. 284-329.
 - LEÓN, Leysser
2004 *El sentido de la Codificación Civil*. Lima: Palestra.
 - LEÓN, Leysser
2007 *La responsabilidad civil. Líneas Fundamentales y Nuevas Perspectivas*. Lima: Jurista.
 - MARTIN TIRADO, Richard.
2017 “El Control Jurisdiccional de la Actuación de los Organismos Reguladores: Balance Crítico de la Experiencia Peruana”. Revista de Círculo de Derecho Administrativo PUCP. No. 16. Lima. pp 27-60.
 - MENDEZ HUAMÁN, Jessica Sadith
2013 “Las fuentes de la competencia administrativa y el principio de legalidad”. Revista Jurídica del Perú 150. Lima.
 - MORÓN URBINA, Juan Carlos

- 2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica
- OSTERLING PARODI, Felipe.
1988 *Estudios Jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- PAREDES MIRANDA, Brando Javier.
2017 “El régimen de la fuerza mayor en el sector eléctrico peruano y su distinción con el artículo 1315 de nuestro Código Civil”. Revista Actualidad Civil y Procesal Civil. No. 283.Lima. pp. 61-67.
- SALVATIERRA COMBINA, Rolando.
2016 *Los Contratos en el Sector Eléctrico*. Revista de Círculo de Derecho Administrativo PUCP. No. 16. Lima. pp 317-328
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo
2012 *Elementos de la Responsabilidad Civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Segunda edición. Lima: Editorial Grijley.
- TASSANO VELAOCHAGA, Hebert
2008 “Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos”. Revista del Círculo de Derecho Administrativo PUCP, N° 04, Lima, pp. 89-106.

Normas:

- Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley No. 25844, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de noviembre de 1992.
- Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo 009-93-EM, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de febrero de 1993.

- Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley No. 27838, publicada en el Diario “El Peruano” el 29 de julio de 2000.
- Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERG, Ley No. 27699, publicada en el Diario “El Peruano” el 16 abril del 2002.
- Resolución que establece las instancias competentes en los Procedimientos Administrativos Sancionadores y otros Procedimientos Administrativos a cargo de OSINERGMIN, Resolución No. 218-2016-OS/CD, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 06 de setiembre de 2016, y su modificatoria, Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN No. 10-2017-OS-CD, publicada en el Diario “El Peruano” el 17 de enero de 2017.
- Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de diciembre de 2016.

