

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La calificación de fuerza mayor ante hurto en la interrupción
del servicio público de distribución eléctrica en el estado
garante

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Joaquin Patricio Espinoza Escobar

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “La calificación de fuerza mayor ante hurto en la interrupción del servicio público de distribución eléctrica en el estado garante”, del autor / de la autora JOAQUIN PATRICIO ESPINOZA ESCOBAR, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> SANCHEZ POVIS, LUCIO ANDRES	
DNI: 43460854	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

Para Aglae, César y Camila, mis fuentes de apoyo infinito



RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda la calificación del hurto en instalaciones de la concesionaria como caso fortuito o de fuerza mayor, como eximente de responsabilidad por la interrupción del servicio público de distribución eléctrica. Para ello, se analizarán conceptos que guardan relación con la motivación de la sentencia emitida por la Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente No. 1504-2007.

Así, principalmente, el examen de la resolución No. 11 recaerá en la interpretación del artículo 1315 del Código Civil peruano, así como en la distribución de riesgo y deber de cuidado de las instalaciones, en tanto parámetros a considerar en el procedimiento regulado en mediante Resolución No. 010-2004-OS-CD por la que se aprobó la directiva para de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución.

El trabajo es de carácter documental, pues recurre a la observancia de posturas doctrinarias y al sistema de fuentes del Derecho administrativo a fin de sustentar una postura opuesta a la de la Gerencia General de Osinergmin, en tanto órgano decisor en sede administrativa, y a la decisión adoptada en sede jurisdiccional; esto es, la investigación realizada defiende que el hurto de instalaciones de la concesionaria sí califica como causa no imputable en función al modelo de estado garante, los deberes asumidos por las partes y las normas jurídico administrativas pertinentes para la interpretación del contrato público de concesión de distribución.

Palabras clave

Evento ordinario | Evento previsible | Interrupción de servicio público | Contrato administrativo

ABSTRACT

The following research deals with the qualification of theft in the concessionaire's facilities as a force majeure event, as an exoneration of liability for the interruption of the public utility of power distribution. For this purpose, concepts related to the reasoning of the judgment issued by the First Transitory Contentious Administrative Court of the Superior Court of Justice of Lima in case No. 1504-2007 will be analyzed.

Thus, mainly, the examination of Resolution No. 11 will focus on the interpretation of article 1315 of the Peruvian Civil Code, as well as on the distribution of risk and duty of care of the facilities, as parameters to be considered in the procedure regulated by Resolution No. 010-2004-OS-CD, which approved the directive for the qualification of force majeure for transmission and distribution utilities.

The work has a documentary nature, since it refers to the observance of doctrinal positions and the system of administrative law in order to support a position opposed to that of the General Management of Osinergmin, as the ruling body in the administrative proceeding, and to the decision adopted in the jurisdictional court; meaning that the research defends that the theft of the concessionaire's facilities does qualify as a non-imputable cause based on the regulatory state model, the duties assumed by the parties and the relevant administrative laws for the interpretation of the public contract for power distribution.

Keywords

Ordinary event | Unforeseeable event | Utility interruption | Administrative contract

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.1. Justificación de la elección de la resolución.....	2
I.2. Presentación del caso y análisis	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	5
II.1. Antecedentes	5
II.2. Hechos relevantes del caso	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	6
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO.....	7
IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	7
IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	10
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	11
V.1. Capítulo 1. Caracterización del régimen de responsabilidad aplicable en la prestación del servicio público	11
V.1.1. La diferenciación con el régimen de responsabilidad civil	11
V.1.2. La interpretación de la eximente de responsabilidad por causade fuerza mayor	18
V.2. Capítulo 2. La asignación del riesgo para la operación del serviciopúblico en el paradigma del estado garante.....	22
V.2.2. Asignación de riesgos en el caso concreto.....	27
VI. CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFÍA	32

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Exp. 01504-2008 / Resolución N° 11 / Edecañete S.A. v. Osinergmin
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho administrativo – eximente de responsabilidad
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 3474-2007-OS/GG Resolución N° 8. Exp. 1504-2008 Resolución N° 11. Exp. 01504-2008
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Empresa de Distribución Eléctrica de Cañete S.A. - EDECAÑETE S.A.
DEMANDADO/DENUNCIADO	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

El presente expediente llama particularmente nuestra atención por el análisis de la figura de la eximente de responsabilidad por causal de fuerza mayor. En específico por su inaplicación en relación con un suceso en el que el deber de cuidado está, inicialmente, en manos de la Administración; esto es, ante el robo de instalaciones de la concesionaria.

Resulta de suma importancia llamar la atención respecto a la traslación de un instituto jurídico de un sistema de titularidades privadas, como la responsabilidad contractual, a un ordenamiento que tutela el interés general, como el régimen de los servicios públicos. Lo anterior, no es únicamente relevante en virtud de una correcta sistematización del ordenamiento y la previsibilidad que con ella se brinda a los operadores; además, es importante por la presencia de la actividad estatal en la ecuación jurídica. Determinar el ámbito del deber de cuidado del estado frente a actividades económicas es útil para los agentes en el mercado, quienes ante los parámetros de aplicación que usen los operadores de justicia, optarán por la toma de decisiones racionales a fin de optimizar su desempeño. Máxime dicha delimitación del ámbito de actuación de la Administración si nos referimos a actividades económicas monopolísticas -en alusión al operador en una concesión, no respecto a la actividad en sí, pues ya es conocida la liberalización en las actividades energéticas-. En adición, considérese que, para el caso particular, la concesionaria brindaba el servicio público de energía, el cual, sin desmedro de los principios que rigen a los servicios públicos (deber de prestación del Estado, regularidad, eficiencia, entre otros), también tiene un afán de expansión y promoción de la inversión.

Entonces, es posible colegir que en la decisión del órgano jurisdiccional se debió tomar en cuenta el impacto que tomaría dicho pronunciamiento si se aplicara en todos los operadores económicos y en la Administración. No obstante esto, el análisis realizado en la resolución materia de la presente entrega, no muestra

indicador alguno de la consideración pública o profundización en el deber de cuidado del Estado.

En conclusión, consideramos que es una oportunidad para reanalizar la responsabilidad contractual desde su concepción en el Derecho privado, pero en vista de su aplicación en el régimen de los servicios públicos. Al revisar su fundamento, así como al examinar su incorporación y tratamiento en el Derecho administrativo, podremos entender cuál es el alcance de dicho instituto, y optar por una interpretación que se ajuste a casos concretos donde la titularidad es pública antes que privada.

I.2. Presentación del caso y análisis

El caso bajo análisis versa sobre el petitorio de la concesionaria Edecañete S.A. de que se le exima de responsabilidad ante el corte del servicio ocurrido el 4 de agosto de 2007 en el Distrito de Cerro Azul, Asia y Cerro Azul, provincia de Cañete. La concesionaria argumenta su pretensión en que terceros extrajeron ilícitamente un cable de sus instalaciones. Así, señala la concesionaria, no obstante tomó las medidas de seguridad necesarias -según alega, infraestructura y personal de seguridad- resultó imposible detener la comisión del ilícito.

La discusión gira, entonces, alrededor de la imprevisibilidad del acontecimiento ilícito. Ante ello, el regulador, Osinergmin, sustenta que la reiterada comisión del ilícito se remonta, por lo menos, a la fecha de celebración del contrato, por lo que resultaría previsible para el operador eléctrico el ser víctima de robo.

Por su parte, la concesionaria considera haber cumplido con el deber de cuidado exigible toda vez que, además de cumplir con el reporte y procedimiento para la declaración de la eximente de responsabilidad, adecuó sus operaciones a un nivel de cuidado diligente. Adicionalmente, precisó, el deber de cuidado ante ilícitos es primordialmente tarea del estado.

En el pronunciamiento, la Sala de la Corte Superior brinda una motivación limitada respecto a la interpretación de la imprevisibilidad del robo del cable. En similar tenor, la sentencia hace poca referencia a fuentes que sustenten su pronunciamiento. En lo referente al derecho positivo, se sustenta en los artículos Nos. 1314 y 1315 del Código Civil peruano y la Resolución del OSINERG No.

010-2004-OS-CD por la que se aprobó la directiva para de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución (en adelante, la Directiva). En lo que respecta a doctrina, se aprecia únicamente una referencia al Tratado de Derecho Civil del autor Guillermo Borda para fundamentar la interpretación de la previsibilidad.

En consecuencia, el caso bajo examen requiere del estudio de las categorías relacionadas a la responsabilidad y sus eximentes. Ello, previa determinación del régimen aplicable a esta controversia.

El análisis de la responsabilidad nace en el Derecho romano, por lo que las figuras relacionadas y su desarrollo tienen arraigo desde una perspectiva de tutela de intereses individuales. Para ello, los romanos diferenciaban los delicta, de los crimina, en los que el interés público estaba presente (Díez-Picazo, 1999, p. 65). Con el pasar del tiempo, y la autonomía que el Derecho público ha ganado, corresponde estudiar la introducción que ha tenido dicha figura en el Derecho administrativo, y, en específico, la eximente de fuerza mayor.

Para el análisis, se pretende profundizar en tres cuestiones medulares: (i) el tratamiento de la figura de fuerza mayor en el Derecho Administrativo, (ii) la idoneidad regulatoria de la traslación del deber de cuidado al operador, y (iii) la aplicación de Derecho público en una causa jurisdiccional en la que la Administración es sujeto procesal, vale decir, en un proceso contencioso administrativo. A partir de estos puntos, se defenderá una postura contraria al pronunciamiento jurisdiccional en el expediente bajo análisis.

Defenderemos que la eximente de responsabilidad debe aplicarse, principalmente, en función al principio de culpabilidad en la responsabilidad administrativa, y el deber de cuidado de la Administración como un factor irrenunciable en un estado democrático que pretende impulsar la expansión de los servicios públicos. Sin perjuicio de lo anterior, se analizará la traslación del examen de responsabilidad desde el Derecho civil al Derecho administrativo, la fundamentación de la asignación del deber de cuidado bajo la lógica de regulación de riesgos del estado regulador (Esteve Pardo, 2021, pp. 40-42), y la dinámica de fuentes complementarias en sede jurisdiccional contenciosa administrativa.

A fin de desarrollar lo expuesto, partiremos del repaso doctrinario de la adaptación de la responsabilidad contractual y la eximente por fuerza mayor del

Derecho Civil al Derecho Administrativo. Asimismo, se abordará la legislación de la materia y su transformación hasta el día de hoy. Finalmente, sistematizaremos la doctrina referente a la regulación de riesgos y el deber de cuidado de la Administración, así como aquella literatura relacionada a la aplicación supletoria del régimen civil en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, particularmente para los procesos contenciosos administrativos.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El caso se desarrolla en un contexto en el que no se había incluido el principio de culpabilidad en la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

Asimismo, se ha llamado la atención respecto al poco tratamiento doctrinario y jurisprudencial que se le ha dado al proceso contencioso, por lo que también debe tomarse en consideración que el desenvolvimiento de la sala que emitió el pronunciamiento analizado pueda haber tenido limitado conocimiento del régimen administrativo (Zegarra Valdivia, 2012, p. 52).

II.2. Hechos relevantes del caso

El 6 de agosto de 2007, la concesionaria Edecañete S.A. solicitó que el corte del servicio ocurrido el 4 de agosto en el Distrito de Cerro Azul, Asia y Cerro Azul, provincia de Cañete, a las 01:47 horas, sea calificado como evento de fuerza mayor, pues se debió al hurto del conductor de la red aérea de media tensión del alimentador para dicha zona.

Así, en el marco de la Resolución No. 010-2004-OS-CD el 17 de agosto de 2007, presentó información complementaria mediante el documento EDECA-1847-2007. Con el cual da cuenta del Informe técnico No. MT-0266 referente al corte, las medidas adoptadas, el parte policial, la notificación a los usuarios afectados y copia del registro fotográfico de las instalaciones afectadas. No obstante, mediante Resolución No. 3141-2007-OS/GFE Osinergmin declara infundada la solicitud de la concesionaria.

Así, el 24 de setiembre del mismo año la concesionaria interpone recurso de reconsideración contra la Resolución No. 3141-2007-OS/GFE. Para ello, indicó como nuevos medios probatorios las tomas fotográficas de los ronderos que patrullan las instalaciones. En respuesta a esto, el regulador emite la Resolución No. 3689-2007-OS/GFE del 10 de octubre de 2007, y se reafirma en su decisión.

El 5 de noviembre de 2007, la concesionaria presenta recurso de apelación contra la Resolución No. 3689-2007-OS/GFE, pero, sin mayor cambio, Osinergmin declara infundada su pretensión mediante la Resolución No. 3474-2007-OS/GG del 27 de noviembre.

El 11 de enero de 2008 la concesionaria presenta ante el Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima demanda por la nulidad de las resoluciones emitidas por el regulador. Asimismo, demanda se califique como evento de fuerza mayor la interrupción del 4 de agosto de 2007, y, accesoriamente, se devuelva la suma de dinero que la concesionaria se encuentre obligada a pagar como consecuencia de las resoluciones impugnadas.

La concesionaria obtiene un pronunciamiento a favor el 15 de noviembre de 2010, pues el I Juzgado Permanente Especializado en lo Contencioso Administrativo declara fundada la demanda de la concesionaria y se ordena a Osinergmin la emisión de una nueva resolución. Sin embargo, el 18 de enero de 2011, el regulador presenta recurso de apelación ante dicha decisión.

Así, arribamos a la sentencia bajo análisis. El 14 de agosto de 2012, la Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima revoca la sentencia apelada, y declara infundada la demanda, ante ello, la concesionaria presenta un recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, no obstante, se declara improcedente y finalizado el proceso.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal 1.

¿Es adecuada la inaplicación de la eximente de responsabilidad por fuerza mayor ante la comisión de ilícitos por parte de terceros de forma reiterada?

- Problema secundario 1.1.** ¿Existe un tratamiento de la responsabilidad contractual diferenciado para el régimen de los servicios públicos?
- Problema secundario 1.2.** ¿Qué desarrollo ha recibido la figura de la eximente de responsabilidad por fuerza mayor en el Derecho administrativo?
- Problema principal 2.** ¿Se corresponde la traslación del deber de cuidado a la concesionaria con una adecuada regulación de riesgos?
- Problema secundario 2.1.** ¿Es la reincidencia un factor adecuado para determinar la previsibilidad de un hecho generado por tercero?
- Problema secundario 2.2.** ¿Cuál es la delimitación del poder de policía de la Administración respecto al cuidado del orden público y la propiedad privada?
- Problema principal 3.** ¿Es pertinente el uso del Código Civil como principal fuente de derecho en el análisis de responsabilidad contractual en un proceso contencioso administrativo?
- Problema secundario 3.1.** ¿Cuáles son los márgenes de aplicación de las fuentes supletorias en el ámbito de aplicación del Derecho administrativo?
- Problema secundario 3.2.** ¿Agotó la Sala todas las fuentes de Derecho administrativo antes de aplicar la fuente supletoria?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal 1. ¿Es adecuada la inaplicación de la eximente de responsabilidad por fuerza mayor ante la comisión de ilícitos por parte de terceros de forma reiterada?

Problema secundario 1.1. ¿Existe un tratamiento de la responsabilidad contractual diferenciado para el régimen de los servicios públicos?

Sí, porque se trata de contratos administrativos que tienen por objeto brindar un servicio. Sus parámetros de cumplimiento no son similares a los de un contrato privado por estar sujeto a los procedimientos de la Administración, lo cual, a su vez debería generar en el regulador la obligación de normar sus estándares e infracciones antes de discrecionalmente pronunciarse sobre ellos. En esta línea, el régimen de responsabilidad aplicado al caso es el de responsabilidad subjetiva, por lo que el examen debió incluir un examen de culpabilidad que refiera a parámetros comparativos y no únicamente al “lenguaje común”.

Problema secundario 1.2. ¿Cómo se configura la eximente de responsabilidad por fuerza mayor en el Derecho administrativo?

El artículo 257.1.a) del TUO de la LPAG reconoce el eximente de responsabilidad por fuerza mayor. Al respecto, se mantiene en la categoría administrativa las características del hecho imprevisible, extraordinario e irresistible, en tanto el suceso es insalvable para el cumplimiento de la obligación. Al respecto, Morón Urbina (2019) indica que la carga de la prueba recaerá sobre el administrado, debiendo este acreditar el cumplimiento de la debida diligencia (pp. 516-517).

Problema principal 2. ¿Se corresponde la traslación del deber de cuidado a la concesionaria con la noción de regulación de riesgos?

No, pues es una carga no medible en tanto no da garantía de sus cambios o de un parámetro objetivo. Entonces, si, por ejemplo, en determinada zona se establece que no hay riesgo, y se prevé un nivel bajo de vigilancia, no hay cómo determinar en qué momento corresponderá elevar el nivel de cuidado. En sentido inverso, si el nivel de delincuencia es alto en un área, y después de un tiempo dicho nivel baja, esto puede generar que la concesionaria esté asumiendo costos innecesarios.

Por último, no se han establecido parámetros de reincidencia -esto es, a cuántas veces de sucedido un hecho ilícito se considera reincidente-, ni tampoco una medida de actuación diligente ante los sucesos.

Problema secundario 2.1. ¿Es la reincidencia un factor adecuado para determinar la previsibilidad de un hecho generado por tercero?

Consideramos que sí, siempre que se establezcan parámetros previsibles para la concesionaria. Esto es, que en la medida que se configura la reincidencia, la Administración provea cada vez recomendaciones más puntuales a fin de conocer el deber de cuidado y el estándar aplicable del regulador.

Por otro lado, podría señalarse normativamente lineamientos a seguir, de modo que, la naturaleza imprevisible, irresistible y extraordinaria del suceso sí pueda ser vencida por la reincidencia de los acontecimientos -lo cual, resulta lógico- pero con parámetros, de modo que también se tome en cuenta el principio de legalidad, así como el de previsibilidad de la actuación administrativa.

Problema secundario 2.2. ¿Cuál es la delimitación del poder de policía de la Administración respecto al cuidado del orden público y la propiedad privada?

Para delimitar la participación de la Administración en el orden público y las medidas de seguridad se debe precisar que la concesionaria sí contaba con información respecto a los acontecimientos que sucedían. Así, sin perjuicio de que dicho factor flexibiliza la consideración de la exclusividad del cuidado del orden público por parte de la Administración, resulta necesario incluir un análisis más profundo de los valores o parámetros en los cuales se base una delimitación del ámbito de cuidado de la concesionaria, o desde la otra perspectiva, la exigencia del deber de cuidado al estado.

Por lo pronto, corresponde señalar la agencia de terceros como imprevisible. Más aun cuando está orientada a la comisión de ilícitos, toda vez que no se adhiere al estándar de comportamiento del ordenamiento, ni la expectativa de comportamiento de los actores; ambos, factores que pueden considerarse al momento de tomar las previsiones necesarias para alcanzar un estándar de adecuado cuidado

Problema principal 3. ¿Es pertinente el uso del Código Civil como principal fuente de derecho en el análisis de responsabilidad en un proceso contencioso administrativo?

Problema secundario 3.1. ¿Cuáles son los márgenes de aplicación de las fuentes supletorias en el ámbito de aplicación del Derecho administrativo?

El derecho administrativo ya dejó sentada su autonomía como rama del Derecho respecto al Derecho civil o el Derecho penal. Así, el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el proceso contencioso administrativo señala que dicho proceso: “tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”. Ello, en concordancia con el principio de integración reconocido en el mismo cuerpo normativo (art. 2.1), nos indica que el proceso contencioso debe regirse por normas de Derecho administrativo, pues su objeto proviene justamente de ese ámbito.

En esta línea, los artículos V.1 y VI.1 del título preliminar de la LPAG sujetan al ordenamiento jurídico administrativo a un régimen propio y evita que se apliquen normas fuera de este. Consecuentemente, consideramos que el margen de aplicación de las fuentes supletorias debería considerar en primer lugar la integración a los principios contemplados en la LPAG, antes que la aplicación directa del régimen civil.

Problema secundario 3.2. ¿Agotó la Sala todas las fuentes de Derecho administrativo antes de aplicar la fuente supletoria?

Resulta evidente que la Sala no hizo un análisis previo de las fuentes pertinentes administrativas antes de enfocarse en interpretar el Código Civil en un ámbito administrativo. En esta cuestión se propondrá un análisis previo para el descarte de fuentes de Derecho administrativo, a fin de dilucidar si la Sala pudo identificar parámetros de aplicación distintos y más específicos para el caso de servicios públicos.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

No estamos a favor del fallo, toda vez que carece de una fundamentación adecuada. En primer lugar, por el breve análisis realizado respecto al régimen de responsabilidad adecuado para la concesionaria respecto a un suceso ajeno

a su actividad. Luego, el fallo no profundiza en la caracterización de la eximente de responsabilidad, mucho menos analiza un estándar adecuado de cuidado, sino solo se limita a señalar que los robos eran sucesos conocidos y que por ello resultaban previsibles.

En tercer lugar, el fallo carece de una delimitación del ámbito de deber de cuidado del administrado, frente al deber de cuidado de la Administración. Al respecto la Sala debió precisar hasta qué punto resulta exigible a un operador regulador asumir el costo de seguridad externa, algo que en principio corresponde titular al estado.

Finalmente, consideramos que el fallo no incluyó un raciocinio regulador de la actividad relacionada al servicio público. En tanto las consecuencias cargan a los operadores con un coste de seguridad no previsto y con un parámetro de cuidado indeterminado. Así, en el entendido de un estado regulador y la función de regulación de regulación en la cual se busca equilibrar los riesgos que se generan de la actividad, pero tomando en cuenta los costes de los operadores y la política estatal de expansión de los servicios. Es decir, al omitir la Sala de su análisis la puntualización de los efectos económicos resulta perjudicial para el ordenamiento regulatorio en tanto dificultará la evaluación de los factores mencionados anteriormente.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

V.1. Capítulo 1. Caracterización del régimen de responsabilidad aplicable en la prestación del servicio público

V.1.1. La diferenciación con el régimen de responsabilidad civil

A fin de sustentar el análisis y la posición que hemos asumido sobre cada uno de los problemas identificados en la resolución, cabe primero delimitar qué título de imputación es aplicable al caso. Así, no es parte de la controversia la ocurrencia del incumplimiento de una obligación normativa y contractual, pues tanto la demandante como el regulador convienen en que el día 4 de agosto de 2007 hubo una interrupción del servicio por el tiempo de cuatro horas con diez minutos (desde las 1:47 horas, hasta las 5:57 horas).

Respecto a las prestaciones a las que se encuentra obligada la compañía demandante, se pueden identificar dos tipos de fuentes. Sin considerar orden de prelación alguno; en primer lugar, están las obligaciones de fuente contractual. Así, derivadas del contrato de concesión definitiva de distribución de electricidad del 4 de abril de 1995, son objeto del

contrato, según su cláusula segunda, las condiciones, derechos y obligaciones que regulan la concesión.

En paralelo, notamos aquellas obligaciones que son impuestas por el ordenamiento. Cabe señalar que la cláusula tercera del contrato reconoce como legislación aplicable el Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en lo siguiente: la Ley), y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas (en lo siguiente: el Reglamento), así como “las leyes vigentes en cada oportunidad”.

En línea con lo anterior, la prestación central en el pronunciamiento bajo análisis es aquella que se encuentra recogida en el numeral 7.2.1. del contrato, perteneciente a la cláusula séptima de Derechos y Obligaciones, cuya literalidad obliga al suministro continuo, oportuno y suficiente, que, en concordancia con la cláusula octava, se sujeta a los artículos 34°, literal c) de la Ley, y 64° del Reglamento; sin perjuicio de la sexta cláusula que también caracteriza (en calidad de condición) la prestación con las tres cualidades señaladas.

Identificar las obligaciones contractuales como tales, y sin desmedro de su remisión a las normas, resulta fundamental a fin de calificar el análisis adecuado que debe seguirse en cuanto se determina un régimen de responsabilidad. No obstante, si continuamos con la revisión de las fuentes de obligaciones, pareciera innecesario el ejercicio de diferenciación toda vez que el contrato no agota su ámbito de vinculación en sus cláusulas, sino que también acoge aquellas disposiciones de carácter normativo, las cuales, en principio, son extracontractuales. Esta situación se repite en sentido opuesto, pues la Ley remite al contrato como fuente de obligaciones, el cual termina por sujetarse al ordenamiento.

En el acuerdo las partes reconocen la naturaleza de su contrato como uno administrativo, pero sujetan su régimen de incumplimiento a dos artículos del Código Civil peruano, específicamente, a los artículos 1315¹ y 1317².

Consecuentemente, podemos afirmar que las partes optaron por sostener en su régimen contractual obligaciones que vinculan específicamente a la actividad de distribución de

¹ **Caso fortuito o fuerza mayor**

Artículo 1315.- 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.

² **Daños y perjuicios por inejecución no imputable**

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

electricidad, aun cuando estas obligaciones emanan del ordenamiento, dada su naturaleza como servicio público³. Adicionalmente, el régimen contractual, que es el de un contrato administrativo, integra ambas fuentes de obligaciones para el cumplimiento de una prestación que, aunque concesionada a un privado, es naturalmente pública, esto es, la prestación de servicio público de distribución. En este sentido, se termina por reconocer, vía contrato, la potestad de la Administración de normar, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las prestaciones en el ejercicio de la actividad, con lo que, sin perjuicio de las demás potestades de la Administración respecto al servicio, este se encuentra sujeto al régimen de responsabilidad en sede administrativa. Entonces, de la lectura del contrato queda descartada una posible interpretación extensiva de la postura referente a la gestión privada de servicios mediante una “relación contractual sujeta, en vía de principio, a la disciplina del derecho privado” (Sorace, 2006, p. 72).

La comunidad jurídica conviene en que en la prestación del servicio público se espera la intervención administrativa para el aseguramiento de una adecuada prestación, pues la caracterización de servicio público recae en actividades altamente reguladas a nivel técnico y que tutelan intereses particularmente relevantes para el poder público. Entonces, ya sea que se le califique como una actividad administrativa (Sarmiento García, 2001) o como una técnica de intervención jurídica (Danós Ordóñez, 2015; Nallar Dera, 2010) las actividades económicas que se desarrollen en el marco de este régimen estarán sujetas a la función normativa de la Administración a fin de imponer obligaciones que, si bien pueden ser configuradas vía contrato, también son de naturaleza pública-administrativa y justiciables en sede administrativa.

En similar tenor, Míguez Macho (1999, pp. 107-108) ya había notado que las prestaciones contractuales podrán sujetarse al régimen administrativo en tanto la finalidad del servicio público es garantizar a los individuos de prestaciones esenciales mediante los poderes públicos, lo cual puede darse mediante el ejercicio del poder de policía o, en algunos casos, dichas prestaciones estarán sujetas a la aplicación del Derecho privado; supuesto negado en el presente caso dado el reconocimiento explícito de un régimen contractual público.

Dicho lo anterior, queda claro que la interrupción del servicio registrada el 4 de agosto de 2007 constituye un incumplimiento a la obligación de prestar un servicio continuo que

³ **Ley de Concesiones Eléctricas**
Artículo 2.- Constituyen Servicios Públicos de Electricidad:
(...)
b) La transmisión y distribución de electricidad.

ha sido identificada anteriormente. Sin embargo, a fin de dotar de contenido la característica de continuidad cabe señalar que: “el principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que éstos últimos ofrecen a los ciudadanos” (Rivadeneira Sánchez, 2008, p. 46). Para el caso bajo análisis, la intensidad del principio de continuidad ha sido descrita como “constante y perenne, sin paros ni cortes de ningún tipo” (Danós Ordóñez, 2008, p. 263); un nivel de tolerancia bajo ante las interrupciones reflejado en el ordenamiento, que se desprende del literal a) del artículo 168 del Reglamento el cual recoge el siguiente precepto:

Artículo 168.- Si se produjera la interrupción total o parcial del suministro, a que refiere el artículo 86 de la Ley, la Empresa de Distribución Eléctrica deberá compensar al usuario bajo las siguientes condiciones:

a) Todo período de interrupción que supere las cuatro horas consecutivas, deberá ser registrado por la EDE. El usuario podrá comunicar el hecho a la EDE para que se le reconozca la compensación;

Por lo que, aunque por poco, el periodo de interrupción advertido encaja con el supuesto de hecho (interrupción del suministro), al que la Ley, en su artículo 86, sujeta a la consecuencia jurídica del citado artículo del Reglamento, es decir, a la compensación a los usuarios.

Es lógico afirmar que realizar una fiscalización ininterrumpida del suministro eléctrico de todas las concesionarias, y recibir los descargos del mismo operador ante los reclamos de todos los usuarios que puedan verse afectados por un mismo hecho, resultaría excesivamente oneroso para el regulador, por lo que se optó por un sistema en el que la calificación de fuerza mayor es a solicitud de parte del concesionario, quien deberá demostrar la causa no imputable que generó el incumplimiento. Así, el procedimiento regulado por la Resolución del Consejo Directivo de Osinergmin No. 010-2004-OS-CD, establece que son los operadores del sistema quienes reportan la interrupción del servicio y presentan sus descargos para que el regulador compruebe y califique el evento que ocasionó la interrupción como uno de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, e inclusive, externa a las instalaciones de la concesionaria. Para ello, señala la Directiva para calificación de fuerza mayor, se toman en cuenta la frecuencia e incidencia del evento⁴ (artículo 1, numeral 1.1).

⁴ **Directiva para calificación de fuerza mayor**
1. Título primero
Disposiciones generales

Ahora bien, como en toda obligación, habrá situaciones en las que se exime de responsabilidad de acuerdo con el régimen al que se encuentren sujetos los agentes de la relación, en principio, quien causa el daño y el dañado. En su literalidad, el régimen de responsabilidad en el Código Civil está configurado como contractual y extracontractual. Esta división busca establecer responsabilidades en el marco de una relación contractual, y otra en una afectación de orden delictual, respectivamente, pues se considera que una está prevista para tutelar las relaciones negociales de las partes, mientras que las segundas buscan tutelar el deber genérico de cuidado al sancionar la afectación a la esfera jurídica entre aquellos que no han pactado.

Cabe precisar que, a pesar de que dicha división es clara en el Código Civil, tanto la doctrina como la jurisprudencia están adoptando ampliamente una interpretación no diferenciada entre regímenes y, ya sea por sistematización, opción u otra técnica interpretativa, la codificación que positiviza el binomio contractual y extracontractual es cada vez menos viable (Espinoza Espinoza, 2019, pp. 96-100).

Como fue afirmado líneas arriba, el régimen recogido para la prestación del servicio público de distribución eléctrica supera lo dispuesto por el Código Civil, ya sea en su división o comunión de regímenes de responsabilidad, ya que, está sujeta a un régimen administrativo en el que las obligaciones tienen una especial observancia a las normas. Además, a modo de refuerzo, la existencia de un régimen especial se sustenta en lo siguiente:

En primer lugar, porque la realidad de una tendencia a la sistematización del binomio contractual-extracontractual se debe, entre otros, a que: “nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos” (Fernández Cruz, 1996, como se cita en Espinoza Espinoza, 2019, p. 97). La lógica de la cita sigue la identidad común entre el hecho generador del daño y el daño en ambos escenarios; sin embargo, en materia administrativa -de manera radicalmente distinta a lo señalado- la afectación no puede ser la misma toda vez que se da en un contexto de prestaciones que no pueden darse fuera de la obligación a normas especiales, de modo que las afectaciones generadas el

1.1 Principios

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 y además externa a la propia instalación. Así también, se considerará en la evaluación la frecuencia de ocurrencia de dichos eventos y su incidencia en la operación de las instalaciones afectadas.

incumplimiento de un operador eléctrico no pueden ser generadas por un tercero ajeno a la posición en que se encuentra el operador del servicio público.

En segundo lugar, la configuración del régimen de servicio público de distribución peruana rescata, desde una óptica económica, la necesidad de otorgar una prestación masiva, un desempeño en competencia limitada por la naturaleza de su infraestructura, y una expectativa prolongada del retorno de la inversión. Esto, aunado a la perspectiva jurídica de tutela de un alto interés público necesario para el desarrollo en sociedad, nos da claras luces de que las afectaciones que puedan surgir de la inejecución de las obligaciones pone en riesgo, económico y jurídico, a los intereses de la sociedad en su conjunto. Por tanto, para el ámbito administrativo, es fácil hallar justificaciones que expliquen el porqué de un régimen distinto al de responsabilidad civil.

En tercer lugar, que el ordenamiento busque salir del raciocinio civil no resulta algo nuevo:

Se puede concluir que es inútil y también dañino tratar de hacer entrar a toda costa todos los casos de responsabilidad en las dos categorías “contractual” y “delictual”. Son concebibles otros regímenes y sería desastroso que, para respetar una simple clasificación abstracta y teórica que, por otro lado, no es impuesta ni por los textos ni por un imperativo lógico indiscutible, se sacrifiquen los verdaderos intereses en juego que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y a prevenir los comportamientos antisociales. (Espinoza Espinoza, 2019, p. 101)

En suma, concluimos que la existencia de un régimen especial de determinación de responsabilidad responde a razones económicas, jurídicas y de justicia. En el ámbito económico, la diferenciación se sostiene en tanto las consecuencias y expectativas de la prestación no pueden equipararse a un régimen contractual de igualdad entre las partes, pues la consecuencia del cumplimiento de las obligaciones sería la distorsión en el equilibrio de prestaciones que se dan en un contexto programático y desigual. La justificación jurídica de un régimen diferenciado radica en que el sistema legal ha establecido la titularidad del servicio en el Estado, de modo que, la habilitación para el desarrollo de actividades económicas (las cuales serán desarrolladas con sujeción a la función pública) que se rigen por regulaciones específicas que tienen por beneficiaria de la actividad a la sociedad, y posiciona al Estado como contraparte contractual, lo cual incluye su naturaleza como sujeto público. Finalmente, entre las razones de justicia pueden señalarse la asimetría ante el perjuicio eventual por un incumplimiento de las

partes, pues no pagar un recibo tiene una repercusión muy distinta en la concesionaria a la de cortar el suministro.

En la sentencia bajo análisis se aprecia que la Sala razona en función a una responsabilidad contractual toda vez que considera como única fuente de las obligaciones el contrato. Si bien no es explícita su remisión preferente al acuerdo entre las partes, sí se colige del análisis realizado por la Corte Superior.

A saber, primeramente, incluye en su análisis el artículo 1314 del Código Civil, artículo referido a la debida diligencia, una cláusula que es considerada para el análisis de imputaciones subjetivas; sin embargo, aquí cabe la crítica en tanto dicha disposición no está contemplada en el contrato, por lo que consideramos que no es adecuado incluirla toda vez que su interpretación es -si bien no imposible- forzosamente conjugable con el artículo 1315 con un resultado no esperado en la formulación del contrato.

La complicación viene a tallar de la siguiente forma. El artículo 1314, como se mencionó, hace alusión a la culpabilidad ante una supuesta inejecución, esta cláusula exime al deudor en tanto este haya cumplido con el estándar de diligencia debida en la ejecución de su obligación. Vale decir, si el autor asumió una conducta esperable al momento de cumplir o no con su obligación, el resultado no puede serle imputable, pues la valla de diligencia se estableció respecto a la conducta en la ejecución, no en el resultado.

Por su parte, el artículo 1315 es usualmente referido para obligaciones de carácter objetivo, esto en función de la cláusula de causa no imputable. O sea, no se busca un estándar de comportamiento del deudor; el sujeto obligado está en un escenario en el que, independientemente de su comportamiento, un evento ajeno a él, de características: extraordinario, imprevisible e irresistible, ha sobrevenido la ejecución de la prestación y la ha hecho defectuosa o irrealizable.

En este sentido, es necesario adelantar que, a nuestro juicio, la Sala incluyó la cláusula de culpabilidad a fin de poder operativizar el argumento de ausencia de caso fortuito o fuerza mayor. Si bien esto será materia de análisis a mayor profundidad, el argumento sigue la siguiente línea.

Habida cuenta de la señalada sistematización de los regímenes de responsabilidad civil en materia contractual y extracontractual, artículos como los señalados caen en interpretaciones forzadas. Es decir, someramente, la cláusula de caso fortuito o fuerza mayor suele ser considerada a situaciones contractuales que exigen una obligación de resultado, esto debido a que, como se ha dicho, el comportamiento del deudor no es relevante para el análisis del eximente, el agente no responde toda vez que un suceso

superó la posibilidad de cumplimiento. Por su parte, el artículo 1314 es utilizado de forma más usual para obligaciones de medios, toda vez que, al estar el cumplimiento de la obligación sujeto a la conducta del deudor, será necesario demostrar que su actuar se adecuó al estándar de conducta exigible en la relación contractual.

Con esto en consideración, la sistematización de las cláusulas 1314 y 1315 del Código Civil ha encontrado diversas interpretaciones en las que se analiza la carga de la prueba, si esta demuestra la ausencia de culpa o la realización de la fuerza mayor, o el campo de extensión en el que es aplicable la eximente de la fuerza mayor. La crítica aquí esgrimida individualiza la incorporación de un artículo no señalado en el contrato. La libertad del juez de incorporar la cláusula en la interpretación resulta cuestionable porque el sistema del que se extrae es propiamente civil, contractual y corresponde a un examen de culpabilidad en un contexto el que la responsabilidad cobra matices objetivos y se concretiza mediante un procedimiento administrativo, y no una asignación de conductas de forma voluntaria.

Respecto a lo último, esto es, el análisis de culpabilidad, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional (Expedientes Nos. 000-10-2002-AI/TC y 02050-2002-AA/TC) y la doctrina (Danós Ordóñez, 1995) para aquél entonces, ya reconocía al principio de culpabilidad como un principio base de la potestad sancionadora de la administración.

No obstante, en base a la fundamentación del régimen público-administrativo contractual de la relación con la concesionaria, no resulta pertinente la inclusión de la disposición de culpabilidad -en tanto disposición civil, sin perjuicio de su consideración como principio sancionador- porque tergiversa el análisis del eximente de responsabilidad por fuerza mayor al sistematizarlo como disposición para relaciones entre particulares y no para las disposiciones especiales del Derecho público.

V.1.2. La interpretación de la eximente de responsabilidad por causa de fuerza mayor

El artículo 1315 del Código Civil establece que para la configuración del caso fortuito o de fuerza mayor el acontecimiento debe contar con tres elementos: hecho extraordinario, imprevisible, irresistible, sin perjuicio de ello, aunado a los tres anteriores, la Directiva para calificación de fuerza mayor considera que el evento además debe ser externo a las instalaciones.

En sede civil, los operadores de justicia identifican el carácter conjuntivo de las tres características codificadas (Casaciones Nos. 1520-98 y 204-99), no obstante, un sector autorizado de la doctrina (León Hilario, 2011, p. 588; León Hilario & Fernández Cruz, 2004) señala que -muy a pesar de que a la corriente jurisprudencial se le sume

prevalecientemente la doctrina nacional- dicha interpretación es errónea, pues no es cierto que para que se configure la causa no imputable tengan que confluír todas las características, pues

ellas no carecen de valor si son consideradas individualmente: no se necesita que los tres atributos connoten el evento analizado. Lo decisivo es que en el caso concreto se presente una circunstancia suficientemente determinante del incumplimiento a la que se pueda reconocer con rigurosidad el efecto liberatorio. (León Hilario, 2011, p. 588)

Al respecto, si bien consideramos que hay razones de peso para defender la argumentación señalada en el extremo que caracteriza la fuerza mayor de manera particular en cada caso (pues habrá que evaluar la naturaleza de la relación contractual), cabe señalar que, para lo que incumbe a la presente investigación, no corresponde profundizar en el debate porque, de la revisión del numeral 1.1 del artículo 1 de la Directiva para calificación de fuerza mayor, se desprende fácilmente la configuración convergente de las cuatro características.

El artículo 1314 del Código Civil es también un eximente de responsabilidad; sin embargo, su régimen recae directamente en la actuación del deudor, no en hechos ajenos que imposibiliten la ejecución de la obligación. Como se indicó, es un eximente de responsabilidad que tiende más a la inejecución de obligaciones por culpa.

El análisis anticipado en el apartado anterior refiere, en su sentido más fuerte, a la interpretación sistematizada del artículo 1315 del Código Civil con el 1314 del mismo cuerpo normativo. La crítica se recoge de Fernández Cruz (2005), quien, ha nuestro juicio, ha sistematizado y explicado mejor el régimen de la culpa y la causa no imputable en nuestro ordenamiento Civil. Antes de pasar al análisis, cabe mencionar que este resulta necesario por la remisión del contrato de concesión a los artículos 1315 y 1317. Además, llegamos a este punto de análisis por la inclusión del artículo 1314 en la fundamentación de la sentencia, pues consideramos que el juez ha adoptado una postura interpretativa del artículo 1315 que requiere del artículo previo, a pesar de no estar este último incluido en el régimen contractual de inejecución, pues sin dicha conjugación, la interpretación del eximente de responsabilidad se entendería de modo más restrictivo y la carga de cuidado recaería con mayor claridad en los deberes de cuidado asumidos por el Estado en función a las fuentes de Derecho administrativo - pertinentes al régimen contractual analizado- y los deberes que asume a través del ordenamiento, en función al principio de legalidad que toma el lugar de la “voluntad” del estado. Continuamos.

El conflicto interpretativo radica en que la debida diligencia es entendida por las codificaciones extranjeras, no como un eximente de la responsabilidad, sino como un deber de cumplimiento de las obligaciones. Asimismo, aquella división que relacionaba a la ausencia de culpa con las obligaciones de medios, y a las obligaciones de resultados con el eximente de fuerza mayor, es artificial en tanto toda obligación de resultados requerirá que el deudor se comporte diligentemente, o al menos es lo que un acreedor espera en buena fe; y, por su lado, en toda obligación de medios hay una finalidad de satisfacción de la obligación, dicho de otro modo, el medio se ejecuta en función a un resultado que, al no poder ser cierto, se sujeta al mejor de sus escenarios.

Así, ambas cláusulas se entienden enmarcadas en un deber de protección de cumplimiento de las obligaciones, pues, independientemente de la naturaleza de las prestaciones, no sería correcto afirmar que el ordenamiento condona la inadecuada diligencia únicamente por no estar interpretativamente sujeta a una codificación binaria de la responsabilidad. Consecuentemente, se configura de tal forma una interpretación orientada a la protección de las titularidades que ostentan las partes y no a una puridad conceptual que emana de los códigos que inspiraron el nuestro. De modo que son notorias las similitudes en la tendencia interpretativa respecto a los regímenes de responsabilidad.

Entonces, el razonamiento planteado se inclina a considerar el artículo 1314 del Código Civil, no como un eximente de responsabilidad respecto a la prestación en sí misma (pues se entiende que esta siempre contará con la expectativa de la diligencia ordinaria), sino, como un factor del análisis del eximente de responsabilidad ahí donde el supuesto de hecho del artículo 1315 (caso fortuito) deberá considerar si el deudor tuvo la debida diligencia respecto a su deber de cuidado frente a los riesgos que conlleva el cumplimiento de la obligación. La lógica que se sigue, en lugar de una doble opción, es escalonada.

A modo de síntesis, el argumento señalado en clave civilista -que, en el concepto de esta investigación, fue seguido por la Sala y por eso la inclusión del Art. 1314- puede ser explicado del siguiente modo: en un primer momento se reconoce la irradiación de la buena fe y la probanza de un hecho negativo (la ausencia de culpa) en cuanto ya no se tutela únicamente la obligación, sino, además, se rescata el deber de protección para lograr su cumplimiento. Luego, tenemos que la fuerza mayor (de probanza positiva: el evento extraordinario, imprevisible e irresistible) es configurada como un eximente de responsabilidad al igual que la ausencia de culpa (situación de prueba negativa), por lo que sería erróneo exigir un doble estándar probatorio, pues se restringiría la

consecuencia jurídica del artículo que el deudor no alegue. Esto es, si el deudor demuestra la imposibilidad de cumplimiento por la causa no imputable, ya no resultaría necesario exigirle un modo de comportamiento, mientras que, desde la otra perspectiva, no habría razón para solamente interpretar la doble prueba en la ausencia de culpa, o sea, pedirle a aquél que actuó diligentemente que, además, demuestre el acontecimiento fortuito o de fuerza mayor.

En consecuencia, la interpretación adecuada y de forma sistemática con la buena fe de las partes sostendrá que la ausencia de culpa sí será exigible, pero en la medida que el deudor carga con un deber de cuidado frente a la posibilidad de un evento fortuito, configuración que responde al deber de protección del cumplimiento de la obligación, y ya no a la ausencia de culpa en lo que atañe estrictamente a la conducta en la prestación.

Sin pretensión de profundizar en materia de Derecho civil, consideramos que el razonamiento es adecuado. No obstante, esto es así en una relación contractual entre agentes privados, sujetos a su voluntad negocial y expectativas prestacionales, mas no para el caso en el que una parte es pública, pues el acreedor (el estado) ya no ostenta una expectativa de protección del cumplimiento de la obligación respecto a su deudor toda vez que dicho deber de protección recae sobre un deber propio del Estado: la seguridad pública. La otra cara de dicha situación es que el deudor no podrá “de buena fe” esperar que el estado tenga un deber de cuidado implícito, pues estará sujeto a sus obligaciones legales.

A nuestro entender, la incorporación de la ausencia de culpa en la fundamentación de la sala se entiende únicamente bajo la interpretación explicada, pues no solamente se aboca a la invocación normativa, por el contrario, el argumento de la Corte, siguiendo a Borda, señala “si hubiera podido prever al tiempo de contratar el acontecimiento que luego impediría cumplir”, es decir, no refiere a la ausencia de culpa respecto a la prestación, sino respecto al deber de cuidado frente a acontecimiento que el concesionario pudo prever a fin de cumplir finalmente con la obligación.

Nuestra postura, opuesta a la de la Sala, parte entonces de una interpretación restrictiva de la referencia al Código Civil. El contrato, en tanto reconoce su naturaleza administrativa, debió interpretarse agotando la remisión a las fuentes normativas públicas. De las cuales, la Directiva para calificación de fuerza mayor considera “en la evaluación la frecuencia de ocurrencia de dichos eventos y su incidencia en la operación de las instalaciones afectadas”, disposición que no debiera interpretarse en el sentido

privatista, esto es, trasladando el deber de cuidado a la contraparte, puesto que se ignora la titularidad de orden constitucional de la Policía Nacional del Perú.

El artículo 166 de la Constitución Política del Perú señala:

La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

En este sentido, deberá primar, por jerarquía normativa, la Constitución en tanto reconoce el deber de cuidado del orden interno al Estado. Entonces, la traslación del deber de cuidado en la protección del cumplimiento de la obligación no corresponde ser aplicada porque, desde la perspectiva de la concesionaria, contraviene una expectativa de deber de cuidado constitucional, y, desde la Administración, se ignora un mandato que impone dicho deber en el Estado.

V.2. Capítulo 2. La asignación del riesgo para la operación del servicio público en el paradigma del estado garante

V.2.1. La relevancia de la promoción del servicio público en el estado garante

En el Perú, el cambio de modelo estatal respecto a su participación en la dinámica económica del país tuvo un notorio giro con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1993. Es abundante la literatura que refiere a este nuevo marco constitucional, y tan abundantes como diversos resultan los estudios realizados que abordan las implicancias de la vigente Constitución.

Para efectos del presente informe, conviene detener la atención particularmente en el capítulo económico. Esto, no a modo de reseña, pues se entiende que la abundancia de análisis señalada ha provisto de suficientes herramientas y marcos conceptuales económicos, sociales y jurídicos para poder aterrizar la idea inicial de la que parte el presente capítulo: el rol garante del estado en la economía.

Rol garante o regulador de la economía son los términos usuales para referir al retroceso de la participación directa del estado en materia económica, para pasar a un papel de promoción y tutela de la iniciativa privada, así como de la competencia. En este sentido, es bien sabido que el concepto de “economía social de mercado”, heredado de la Constitución Política del Perú de 1979, asume un significado que, aunque renovado, no abandona la titularidad estatal respecto a aquellas actividades de particular interés para

el desarrollo y satisfacción de necesidades básicas económicas y sociales de los ciudadanos. Así, como se indicó en el acápite anterior, los servicios públicos, aunque concesionados, mantienen su razón de ser en la socialización del bienestar, pero ahora en el paradigma constitucional que incorpora su fundamento en la competencia económica.

Pero los cambios no suelen ser calmos, de modo que la incorporación de un valor de respeto a la competencia tan rico en contenido, como discutido en sus efectos, no fue de pacífica recepción para un sistema que, en principio, buscaba el bienestar común mediante el dinamismo económico. Para tomar nota de aquello no basta el mero análisis jurídico; ya que sujeto a su literalidad, y orientado por principios y máximas del razonamiento o tradición iusfilosófica puede evitar el reparo en el real acontecer de los cambios que la fuerza de la ley conlleva. Tengamos en cuenta, entonces, lo reseñado por Távora Martín (2022) en referencia a la incorporación de normas de competencia en el país, su naturaleza y objetivos:

En el marco de la nueva Constitución y con las reformas en marcha, se consolidó un nuevo régimen económico. Se difundió la percepción del Estado como ineficiente, gastador e improductivo, las empresas públicas fueron privatizadas, aunque con frecuencia –sobre todo en energía y telecomunicaciones– los activos fueron adquiridos por empresas estatales de otros países. La competencia empezó a ser considerada como un fin en sí misma, incluso en servicios como el transporte público. Esta concepción llevó a privatizar las empresas públicas de transporte atomizando las flotas de buses, los cuales fueron entregados individualmente a los choferes, a cuenta de sus beneficios sociales, para que formen microempresas y compitan entre sí. El resultado, en un contexto de desregulación irresponsable del servicio, fue un sistema de transporte altamente ineficiente e inseguro, con graves problemas de congestión vehicular y un elevado número de accidentes, con lamentables pérdidas de vidas. También se permitió la inversión privada con fin de lucro y la mercantilización de servicios básicos como salud, educación y seguridad, e incluso se la promovió con incentivos tributarios en algunos sectores, a medida que el Estado se replegaba y congelaba las presupuestales a estos servicios. (p. 40)

Naturalmente, la historia nos muestra que la realidad nacional -aunque no superada- presenta una vista matizada de los problemas que enfrentó el país en su momento. Así, y ya perfilando el porqué de esta referencia introductoria, el funcionamiento del mercado eléctrico no parece estar más sometido a los “sesgos ideológicos” que aparecieron con

la competencia enunciados por Távora Martín. En sentido contrario, se ha señalado que el nuevo reto de la distribución eléctrica en el Perú aparece desde el frente opuesto a la pretendida libertad de competencia: una regulación que ralentiza la expansión de la actividad (Ruiz Roldán & Mimbela Jiménez, 2021, p. 58).

En este sentido, cabe preguntarse si es que aquel modelo de relación estado–economía traído por la Constitución del año 1993 ha variado, y de ser así, cuál es el nuevo planteamiento.

Al ser el estado garante e interventor técnico una propuesta del sistema del *Common Law* no sorprende la importación de figuras ajenas a un sistema de *Civil Law*. La variedad recae en instituciones, como las agencias reguladoras; instrumentos normativos, por ejemplo, las directivas emitidas por organismos técnicos; y figuras jurídicas, tal como la regulación.

En virtud a lo anterior, para el caso materia de análisis, será relevante entender cómo la extrapolación de figuras jurídicas no se da únicamente para incorporar determinada función de manera independiente respecto a un objetivo específico, sino que -en principio- su incorporación responde a un proceso de adecuación del estado garante a un sistema de balance entre el valor de protección y promoción de la competencia, así como el resguardo del bien común. Veamos el caso de la incorporación de una institución reguladora independiente, para estos efectos, Osinergmin; afirmar que su instalación se debe exclusivamente a una necesidad de especialización en materia técnica minero energética sería ignorar el actuar institucional de dicho organismo en relación a otras entidades y la sociedad civil, situación que queda confirmada de plano de la lectura de los artículos 63 y 67 de su Reglamento de Organización y Funciones aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2016-PCM.

En similar tenor, el incremento de participación de los actores sociales en la toma de decisiones del Estado representa la principal razón por la cual la forma de interacción de la Administración pública para con sus ciudadanos está cambiando (Castro Barriga, 2021, p. 366). De modo que ya no está determinada por la mera autoridad que emana de disposiciones emitidas para ordenar los procedimientos y competencias, sino que el Estado toma un rol más proactivo en la atención que brinda, así como en el control que tiene sobre sus propias actuaciones internas como externas.

Tomemos como ejemplo la calidad regulatoria como política de Estado. Esta se da como consecuencia del factor político social de interacción del poder público con la sociedad civil señalada en el párrafo precedente; sin embargo, no agota su base en los

fenómenos sociales, pues también tiene un punto de partida jurídico reconocido en nuestra Constitución.

Su reconocimiento ha sido explicitado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el expediente No. 2235-2004-AA/TC. Si bien el pronunciamiento de parte del máximo intérprete de la Constitución refiere al principio de buena administración en relación a la transparencia de los trabajadores públicos, y su desarrollo es breve. La mención al principio como tal indica que, ya reconocido el valor jurídico en nuestro ordenamiento, corresponde que se le dote de contenido conforme se incorporen disposiciones para el control de la actuación administrativa, su implementación y la voluntad y capacidad de los funcionarios para el cumplimiento de dichas disposiciones.

En una sentencia más reciente, recaída en el expediente No. 0020-2014-AI/TC el mismo tribunal en mención ha reiterado su reconocimiento al principio de buena administración; sin embargo, el poco desarrollo del mismo es un punto en reiteración. Es de nuestra consideración que dicho reconocimiento debe entenderse hoy en los términos del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 1565, que aprueba la Ley General de la Calidad Regulatoria, en tanto se positivizan principios que permiten orientar la actividad normativa.

En consecuencia, en tanto principios reconocidos legalmente, se puede dar cuenta que el objetivo es optimizar la actividad estatal respecto a los ciudadanos, actores económicos y la sociedad en su conjunto. Ahora bien, comprender este marco conceptual es pertinente a fin de establecer la relación del estado para con la concesionaria.

Como se analizó en el acápite anterior, el razonamiento de la Sala partió de una interpretación extensa del deber de cuidado de la concesionaria respecto a la protección de las condiciones de seguridad para el cumplimiento de la obligación. Entonces, sin perjuicio de señalar que dicha argumentación es errónea en función a la incorporación del artículo 1314 del Código Civil en el análisis, así como de la interpretación del contrato bajo una óptica de traslación del riesgo -como si se tratara de partes equivalentes a las cuales se les puede asignar deberes de cuidado en función a un régimen común-; consideramos válido argumentar que una correcta asignación del deber de cuidado debe partir desde una perspectiva en la que se entienda el rol del estado garante en la economía con un aparato público organizado y “consciente” de sus compromisos.

Al haber el estado tomado dirección hacia un régimen económico en el que no se incluye únicamente la intervención económica en un sentido de liberalización como un paso para la asignación de deberes a los concesionarios, sino también en un sentido de

garantía de cumplimiento de las obligaciones estatales y de interés por la situación jurídica de la sociedad; la disposición constitucional bajo la cual el estado se arroga la protección del orden interno constituye también una pieza en el orden programático de promoción del dinamismo económico.

El sentido de lo anterior no consta únicamente del artículo 166 de la Constitución, el cual señala como finalidad de la Policía Nacional el resguardo de la seguridad nacional; además, podemos encontrar una relación directa del deber de protección del orden interno con la actividad económica en el artículo 171 del mismo cuerpo normativo, el cual señala lo siguiente: “Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional participan en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley”.

Como se explicó, el paradigma de la relación del estado en la actividad económica, aplicado en virtud del cambio constitucional no se entienden como compartimentos independientes, sino, como instituciones que comparten un objetivo en común por la promoción de la actividad económica en pro del interés general. De tal manera, la Constitución prevé las condiciones para que los administrados tengan condiciones de desenvolvimiento adecuadas para el adecuado desarrollo de su iniciativa económica.

No resulta pertinente ahondar en un argumento de naturaleza política, por lo que conviene resaltar la esencia jurídica del argumento. Para ello, el análisis del riesgo es esencial porque, al estar el caso vinculado a un agente económico especializado -como lo es una concesionaria-, podría cuestionarse legítimamente que la cláusula constitucional no es aplicable toda vez que, por razones de eficiencia, corresponde a quien tiene el uso exclusivo del bien la internalización de los costos de seguridad.

Para desarrollar la línea argumentativa que vence aquel cuestionamiento, será necesario identificar qué tipo de riesgo es el que un agente económico asume en la operación de un servicio público, virando así el argumento que inicialmente se esgrimía desde la cuestión de a quién corresponde cargar con el deber de cuidado, para ahora preguntarse qué tipo de deber de cuidado tiene cada una de las partes.

En este sentido, a lo largo del procedimiento de calificación de fuerza mayor, recaído en las Resoluciones Nos. 3141-2007-OS/GFE, 3689-2007-OS/GFE y 3474-2007-OS/GG, los órganos de Osinergmin (la Gerencia de Fiscalización Eléctrica y la Gerencia General) centran su análisis en la ausencia de los caracteres de extraordinariedad e imprevisibilidad del caso fortuito. Para ello, sustentan la pérdida de ambos caracteres en la reiterada comisión de ilícitos en las zonas de la concesión; por lo que se aplica el parámetro de frecuencia del hecho, el cual ha sido habilitado por la Directiva para calificación de fuerza mayor.

Ahora bien, con miras a analizar la configuración o ausencia de dichos caracteres en el caso concreto, partamos de una premisa ya reseñada anteriormente: las relaciones jurídicas con el estado no son equivalentes a las relaciones entre pares privados.

V.2.2. Asignación de riesgos en el caso concreto

En lo que refiere al riesgo en el Derecho civil, resulta pertinente revisar esta figura para identificar en qué se fundamenta su aplicación y corroborar si dicho fundamento es extrapolable al ámbito del Derecho administrativo.

En lo que respecta a las prestaciones del contrato de concesión y a la relación jurídica que vincula al prestador del servicio con el estado, se puede afirmar que se asemeja a un contrato de prestaciones recíprocas, pues:

La nota característica del contrato con prestaciones recíprocas es, como su nombre lo indica, la reciprocidad entre la prestación a cargo del deudor y la contraprestación a cargo del acreedor (revísense los conceptos de "deudor" y "acreedor" anteriormente definidos), a diferencia del contrato con prestaciones autónomas donde no obstante haber prestación y contraprestación tal reciprocidad no existe, y del contrato con prestación unilateral, en el cual sólo hay la prestación a cargo del deudor. (De la Puente y Lavalle, 1986, p. 183)

Con las salvedades respecto a las fuentes de obligaciones y autonomía de las partes, se realiza el símil porque consideramos que las obligaciones contractuales del prestador son constantes así como las del estado, por ejemplo, la obligación de mantener el orden público.

Dicho esto, la opción que asume el Código Civil respecto al riesgo en este tipo de contratos es la extinción de la contraprestación cuando por causa no imputable la obligación deviene en imposible. Sin embargo, un sector de la doctrina, en base a consideraciones de equidad, defiende una repartición del riesgo en función a que ambas partes deben asumir las cargas del riesgo, de modo que la contraprestación no se extinga, sino que sea atenuada reflejando justamente la carga del riesgo en ambas partes (De la Puente y Lavalle, 1986, pp. 184-185).

En línea con lo anterior, Morales Hervías (2010) ha sistematizado diversas teorías que hacen frente a la variación de las circunstancias prestacionales en la relación jurídica. No obstante, al igual que para De la Puente y Lavalle, dichas teorías giran en torno a la interpretación de las voluntades de las partes, como se desprende de la siguiente cita:

La prolongación en el tiempo de la eficacia de los actos de autonomía privada exige de las partes la previsión de las posibles circunstancias futuras que puede alterar la economía del acto.

Pero la capacidad de previsión de las partes por la evolución futura de las circunstancias que afectan la ejecución de los negocios es falible y muchas veces las partes son sorprendidas en el desenvolvimiento de la relación contractual con evoluciones sorprendentes que no pudieron prever y que no habían tomado en cuenta. La incertidumbre del futuro en la celebración y en el desenvolvimiento de la ejecución de los contratos de eficacia duradera preocupa a la doctrina desde hace tiempo. (pp. 223-224)

Así las cosas, resulta difícil sostener cualquier interpretación de un contrato administrativo bajo la óptica negocial privada, habida cuenta que una de las partes -en efecto, la Administración- no posee voluntad al estar sujeta a las disposiciones legales. Luego, bastaría sostener que, dados los enunciados constitucionales referentes al deber de protección del orden público de la Policía Nacional, es el poder público quien está obligado a velar por la protección de las prestaciones en ese extremo, máxime si el contrato explícitamente se sujeta a "las leyes peruanas vigentes en cada oportunidad". No obstante, habiendo constatado que es el estado quien -por mandato constitucional- asume el deber de cuidado ante la inseguridad, quedaría pendiente responder qué riesgo es el que asume la concesionaria.

Ante dicha interrogante, la Corte Superior plantea, en su fundamentación bajo análisis, dos tipos de valoración. La primera argumentación en que se sostiene el análisis está hecha al examinar la extraordinariedad. Así, señala la sentencia:

en términos jurídicos, se acepta pacíficamente que lo extraordinario es el atributo que debe tener un hecho como causa de exención de la responsabilidad, de modo que el mismo no constituya un riesgo típico de la actividad de quien lo invoca para exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de su obligación. (párr. 7)

Coincidimos en ese extremo con lo señalado por la Corte; sin embargo, nos apartamos de la apreciación que le sigue en tanto pasa a considerar que, al ser la extracción ilícita de cables un hecho recurrente en el sector, la concesionaria podría conocer las vulnerabilidades de sus instalaciones y, en consecuencia, el ilícito pasaría a ser parte de lo ordinario de la actividad.

Por su parte, la segunda fundamentación que plasma la sentencia es la que refiere a la imprevisibilidad del ilícito. Al respecto, la Corte señala en el párrafo 10 que la concesionaria estaba en la posición razonable de saber que el ilícito ocurriría porque, al momento de celebrar el contrato, el robo de cables ya era un fenómeno conocido, de modo tal que se podría anticipar la amenaza.

Respecto a lo último (la previsibilidad) cabe mencionar que atribuir la cognoscibilidad de un acontecimiento presente a un hecho pasado, resulta poco adecuado a fin de establecer un parámetro razonable.

Por la naturaleza misma del hecho materia de discusión: la extracción ilícita de propiedad ajena, resulta insuficiente dicha argumentación. Extraer un cable de una instalación protegida presupone una acción que requiere de premeditación y alevosía para su ejecución; por lo que, aun cuando la concesionaria hubiera sabido de aquellos acontecimientos no sería posible determinar cuándo, en qué medida y dónde habría de suceder, dejando así el análisis a una valoración subjetiva de parámetros de diligencia, los cuales han sido resaltados por la concesionaria (en medidas como el patrullaje, enrejamiento, entre otras). Aun con mayor seguridad, podemos afirmar aquello si seguimos la lógica del Código Penal, en tanto, ya sea robo o hurto, estas conductas son más reprochables -configurándose en su modalidad agravada- si se realizan a horas de la noche⁵ o con destreza⁶.

Ahora bien, en lo que respecta a la calificación, o no, del ilícito como ordinario, conviene precisar que es pacífico en la doctrina que la declaración de una actividad como servicio público no hace que el operador realice sus prestaciones con riesgo cero. Así, el prestador debe internalizar aquellas situaciones que sean propias de la actividad que realiza.

A nuestro juicio, la Corte es consciente de ello, por lo que su argumentación se inclina a calificar la extracción ilícita de propiedad de la concesionaria como algo propio de actividad económica, y esto, en función a lo recurrente que resulta para la compañía.

El recurrente suceder de ilícitos como fundamento de lo ordinario es un argumento superable, pues, sin mayor detalle, podría llevarnos a cuestionar si un hecho invencible, como un terremoto, podría volverse ordinario a pesar de las medidas preventivas que tome un agente. A su vez, ese raciocinio arribaría a la discusión respecto a si el robo

⁵ Artículo 186, numeral 2, del Código Penal, que tipifica el hurto agravado, y el numeral 2 del artículo 198 del mismo código, que tipifica el robo agravado.

⁶ Artículo 186, numeral 3, del Código Penal, que tipifica el hurto agravado.

puede ser un evento vencible, haciendo del análisis uno circular, en tanto la irresistibilidad del suceso es la tercera característica de un hecho de fuerza mayor. Entonces, no es coherente sostener que la constancia de un hecho irresistible⁷ sea un parámetro adecuado para incorporarlo en lo ordinario de una actividad.

Cabe ser concisos en afirmar que la actividad económica sí contiene situaciones que podrían afectar la correcta prestación del servicio sin que el agente pueda alegar que sean extraordinarios; sin embargo, dichos escenarios se entienden vinculados al giro propio del negocio, como podrían ser, por ejemplo, las huelgas de trabajadores⁸, sucesos como aquel se entienden como ordinarios porque, a pesar de no estar en el plan de un agente económico, y su justificación puede ser espontánea, es parte del riesgo y ventura con el que carga cualquier actor en el mercado.

En esta línea Blanquer Criado (2012) ha precisado:

En origen la titularidad de la actividad se reservaba a la Administración para garantizar así una «prestación básica» o un «servicio indispensable» que, en las debidas condiciones de continuidad y regularidad, el mercado no era capaz de asegurar espontáneamente (principio de subsidiariedad). Pero actualmente, la clave jurídica para justificar la reserva a favor del sector público es la «esencialidad del servicio» (artículo 128.2 CE). La Administración conserva la titularidad, y en virtud del contrato confía la gestión a un empresario privado, quien asume con su propio patrimonio los riesgos inherentes a la gestión o explotación del servicio público. (pp. 169-170)

Por su parte, desde la óptica civilista, la carga de cuidado no solo comprende la propia actividad empresarial, sino también un análisis subjetivo de carácter económico en tanto incorpora al análisis las medidas idóneas que se pudieron asumir, pues

en relación especialmente con la actividad empresarial, se enseña que la exclusión de responsabilidad procede sólo cuando se pruebe que el incumplimiento se ha debido a una causa externa a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras que las causas internas quedan a cargo del deudor aun cuando fueran no culposas [...]. La responsabilidad objetiva, al cubrir todos los incumplimientos debidos a causas internas a la organización del

⁷ Es importante señalar que la propia Corte en la sentencia reconoció el robo como un suceso irresistible.

⁸ Ejemplo que, para los alcances del servicio público, cabe ser abordado con atención dado que, como señala Danós Ordóñez (2015) los trabajadores en conflicto, según los artículos 82 a 84 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, deben garantizar el personal necesario para que los servicios no se vean afectados (p. 264).

deudor, y aquéllos debidos a causas externas que no sean de naturaleza catastrófica, *pone a cargo del deudor mismo los factores que se pueden presumir dominables por el ser humano*. [...]. Es más frecuente el caso en que el deudor, y no el acreedor, puede adoptar las medidas idóneas para prevenir el daño: sólo el deudor puede influir directamente en la ejecución de la prestación, para que sea exacta y oportuna. (Trimarchi, 1970, pp. 521-522, como se cita en León Hilario, 2011, p. 587)

Así, como se ha reiterado, en consideración del deber de cuidado del orden público del estado y las previsiones que tomó la concesionaria respecto a los hurtos, podemos afirmar que el hurto no puede incluirse en su totalidad en la ecuación económica de la empresa al no ser lo delictivo un factor propio de la actividad.

En línea con lo señalado, consideramos que la concesión no transfiere todos los riesgos a los que un operador se enfrenta en un mercado completamente libre. Es decir, la concesionaria solamente cargará con aquellos riesgos que resultan propios de la actividad, configurándose de este modo lo ordinario del servicio público. Sentar una posición alineada a la de la Corte en este aspecto llevaría a cuestiones en las que aquellos actos completamente irresistibles sean incorporados en la noción de riesgo o, incluso, aun sin argumentar dichos supuestos, se plantearían problemas respecto al parámetro de reincidencia para calificarlo como ordinario.

Adicionalmente, la asignación de riesgos de la actividad, no desprenderá al estado de los deberes que le competen como, por ejemplo, aquel dado por disposición constitucional. Por el contrario, la titularidad estatal del servicio público obligará al estado a cumplir con deberes de cuidado orientados a su adecuada prestación. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente No. 0034-2004-PI-TC ha señalado lo siguiente:

Por ello, aun cuando el Estado –en ejercicio de su libre configuración política–, haya concedido u autorizado la gestión del servicio a los particulares, debido a objetivos de orden económico tales como lograr una mayor eficiencia en la prestación, ello no le resta capacidad de intervención, pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que aun subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población. (f.j. 42) (subrayado propio)

A pesar que de lo anterior no se desprenda claramente el sentido de vigilancia como fiscalización o como seguridad⁹; no obstante, bajo una interpretación sistemática de dicho pronunciamiento, los deberes públicos de la PNP quedan explícitos en las disposiciones constitucionales.

VI. CONCLUSIONES

- VI.1.** Los contratos de concesión de servicios públicos se sujetan a un régimen contractual administrativo en el que priman las normas de carácter público, y se habilita a la Administración a ejercer control de su cumplimiento según el ordenamiento, sin perjuicio de que se “contractualicen” las normas.
- VI.2.** El régimen de responsabilidad contractual de los contratos de concesión de los servicios públicos está sujeto a una interpretación supletoria y restrictiva en materia civil, pues las normas de Derecho civil no consideran la diferencia entre las partes y la finalidad del interés general.
- VI.3.** Los artículos 1314 y 1315 del Código Civil responden a una interpretación sistemática de orden privatista según el cual se traslada un deber de diligencia en el cuidado de cumplimiento de la obligación al deudor, y no se exige únicamente un deber de cuidado respecto al cumplimiento de la prestación.
- VI.4.** La interpretación de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil no puede ser trasladada en materia administrativa vinculada a la seguridad pública dado que esto implicaría ignorar una disposición de rango constitucional que impone dicho deber de cuidado al Estado.
- VI.5.** El estado garante debe promover la expansión del servicio público mediante la adecuada distribución y cumplimientos de las responsabilidades entre el operador y las obligaciones propias del estado recogidas en la Constitución y las leyes.
- VI.6.** El operador del servicio público carga únicamente con aquellos riesgos que son inherentes a la actividad económica y no con aquellos que surgen externamente por efecto de la naturaleza o comportamiento humano ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

Blanquer Criado, D. (2012). *La concesión del servicio público*. Tirant lo Blanch.

⁹ En referencia a dicha diferenciación, véase: Izquierdo Carrasco (2019, pp. 402-403), quien, citando a Parejo Alfonso (2016), apunta la diferenciación entre supervisión y vigilancia, en tanto señala que la segunda no está sujeta a una relación jurídico-administrativa.

- Castro Barriga, A. (2021). Mejora regulatoria y su impacto en los procedimientos administrativos. A propósito de la obligación de realizar un Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) establecida en la LPAG como requisito para la creación de procedimientos administrativos. En E. Espinosa-Saldaña (Dir.), *Estudios Sobre Derecho Administrativo. A 20 Años De La Ley Del Procedimiento Administrativo General (Vol. I)* (pp. 359-386). Derecho y Sociedad.
- Danós Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius et Veritas*, 5(10), 149-160.
- Danós Ordóñez, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *Themis Revista de Derecho*, (55), 255-264.
- Danós Ordóñez, J. (2015). La regulación económica. En J. Rodríguez-Arana y L. Rodríguez Rodríguez (dirs.), *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, pp. 559-571. Comares.
- De la Puente y Lavalle, M. (1986). La teoría del riesgo en el Código Civil de 1984. En *Para leer el Código Civil I* (6ta. Ed.) (pp. 175-194). Fondo Editorial PUCP.
- Díez-Picasso, L. (1999). *Derecho de Daños*. Civitas.
- Sorace, D. (2006). *Estado y Servicios Públicos*. Palestra.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Tomo I). Instituto Pacífico.
- Esteve Pardo, J. (2021). *Principios de Derecho regulatorio*. Marcial Pons.
- Fernández Cruz, G. (2005). El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias. *Advocatus*, (13), 143-161.
- Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual y caracteres generales en el Derecho peruano. En D. Zegarra Valdivia (coord.), *La proyección del Derecho administrativo peruano*, pp. 387-418. Palestra.

- León Hilario, L. (2011). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas* (3.^a ed.). El Jurista Editores.
- León Hilario, L., & Fernández Cruz, G. (2004). Comentario al artículo 2015 del Código Civil. En *El Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas* (tomo VI), pp. 875-890. Gaceta Jurídica.
- Míguez Macho, L. (1999). *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*. CEDECS.
- Morales Hervías, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato* [Tesis para optar el grado de doctor en Derecho]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo General* (Tomo II). Gaceta Jurídica.
- Nallar Dera, D. M. (2010). *Regulación y control de los servicios públicos*. Marcial Pons.
- Rivadeneira Sánchez, J. (2008). Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), 45-50.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14486>.
- Rojas Montes, V. (2017). La responsabilidad administrativa subjetiva de las personas jurídicas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 8(2).
- Ruiz Roldán, K. J. E. & Mimbela Jiménez, M. A. (2021). *Análisis del sector de energía eléctrica en el Perú* [Trabajo de Investigación para optar el Grado de Máster en Dirección de Empresas]. Escuela de Dirección de la Universidad de Piura.
- Sarmiento García, J. H. (2021). Sobre los servicios públicos. *Revista del Foro* [Suplementos Especiales del 3 de mayo de 2021].

Távora Martín, J. I. (2022). Historia y política del antitrust: Reflexiones sobre la experiencia peruana. *Revista de Derecho Administrativo*, (21), 24-51. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/26439>.

Zegarra Valdivia, D. (2012). La profesionalización del Juez peruano en materia Contencioso Administrativa. *Revista De Derecho Administrativo*, (11), 51-61.



PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

EXP. 01504-2008

DEMANDANTE : EDECAÑETE S.A.

DEMANDADO : OSINERGMIN

MATERIA : INEFICACIA DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

RESOLUCIÓN N° 11

Lima, catorce de agosto
del dos mil doce.-

VISTOS con el expediente administrativo que obra inserto en el expediente principal, interviniendo como ponente la señora **Hasembank Armas**, vienen los presentes autos en **apelación** de la **sentencia** contenida en la resolución N° 08 del 15 de noviembre del dos mil diez, que obra en la página 226, que declara fundada la demanda contra OSINERGMIN.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.- La demandada mediante escrito de la página 239 expresa entre otros agravios: **a)** su representada desestimo la solicitud del recurrente, en razón de que dicha Empresa ha sufrido numerosos casos de hurto de conductores eléctricos en el mismo sector materia de su solicitud, motivo por el cual el evento no puede ser considerado como extraordinario, debido a que el hurto de conductores en dicho sector se ha presentado con frecuencia, siendo un caso ordinario; **b)** la sentencia apelada incurre en error al desconocer el hurto como un hecho ordinario previsible, que no puede ser calificado como un evento de fuerza mayor, pues la frecuencia con la que ocurre el hurto de cables en un mismo sector, es constante.

FUNDAMENTOS:

1º La demanda postula la nulidad de las Resoluciones N°s 3474-2007-OS/GG, 3689-2007-OS/GFE y 3141-2007-OS/GFE por las cuales OSINERGMIN resolvió declarar infundada la solicitud presentada por la actora, para que la suspensión del servicio eléctrico producida entre las 01:47 horas del 04 de agosto del 2007 en el distrito de Cerro Azul y Asia, Provincia de Cañete, se califique como evento de fuerza mayor; y acumulativamente se le devuelva cualquier suma de dinero que

**PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

EDECAÑETE se encuentre obligada a pagar, y se restablezca la situación por cualquier acto que se derive de la misma.

2° La pretensión se funda, básicamente, en que la aludida suspensión se produjo por un hurto de cable que configura un caso de fuerza mayor por tratarse de acto ilegal de terceros, sobre el cual la actora no tiene responsabilidad alguna, pues no es la Policía y, por ello, no se les puede exigir contratar a miles de vigilantes, que por lo demás incrementarían las tarifas considerablemente.

3° Para la solución de la controversia es menester determinar si la suspensión del servicio que prestó la demandante, en la hora y día indicados en la demanda, fue consecuencia o no de fuerza mayor y, consiguientemente, si se encuentra obligada a pagar por el servicio interrumpido.

4° Dentro del marco jurídico de la inexecución de obligaciones contractuales, el Artículo 1314° del Código Civil establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; por su parte, el Artículo 1315° del mismo cuerpo legal califica el caso fortuito o la fuerza mayor como 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.

5° Por su parte el Artículo 1.1 de la Directiva para la Evaluación de la Calificación de la Fuerza Mayor para Instalaciones de Transmisión y Distribución N° 010-2004-OS-CD, vigente en la época que sucedieron los hechos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87° de la Ley de Concesiones Eléctricas Decreto Ley N° 25844 y la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos aprobada por Decreto Supremo N° 020-97-EM, establece como condición para calificar de fuerza mayor la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico,

**PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

además de las cualidades señaladas en el Código Civil, que el evento que la causa sea externo a la propia instalación.

6° No existe discusión entre partes que la interrupción del servicio eléctrico materia de la denuncia policial fue por causa externa a la propia instalación, desde que se produjo por acción de terceros que hurtaron la CEPS 5020 del alimentador CÑ-05 de la red de MT 10KV, ocasionado un corte de luz en los sectores de Laura Caller, CPM, Don Oscar del Distrito San Luis, CP, Casa Blanca, AH Señora de Los Milagros, Tranquera de Fierro, zona céntrica de Cerro Azul, CP Bellavista, Asociación de Vivienda Miraflores, Sector Paguatodo Playa Cerro Azul del distrito de Cerro Azul, de la provincia de cañete conforme el oficio de la página 149; corriendo en la página 139, el certificado de la denuncia realizada el 04 de agosto del 2007 a horas tres y diez en que el SOB. Jaime G. Vega Álvarez constató el hurto de conductores eléctricos.

7° En el lenguaje común extraordinario es lo inusual, extraño, inusitado, infrecuente, extraño, raro, desacostumbrado; se puede decir, en términos coloquiales que estamos frente a un acontecimiento extraordinario cuando el hecho acaecido sale de lo común; en términos jurídicos, se acepta pacíficamente que lo extraordinario es el atributo que debe tener un hecho como causa de exención de la responsabilidad, de modo que el mismo no constituya un riesgo típico de la actividad de quien lo invoca para exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de su obligación.

8° En nuestro país, es un hecho conocido que el hurto de cables eléctricos se produce en forma continua como lo señalan los fundamentos 2.8 y 2.9 de la resolución impugnada, la continuidad o frecuencia del evento en un sector determinado si permite a la empresa concesionaria conocer las zonas vulnerables en su red de distribución; de esta forma el robo al que se refiere estos autos no puede calificarse como extraordinario sino como uno ordinario y, consecuentemente, previsible para EDECAÑETE.

7

**PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

9° La calidad de imprevisible corresponde al evento inesperado, fortuito, no pensado, repentino y sorprendente que se produce al margen de la diligencia, previsión de quien lo sufre, debiéndose recordar que para calificar un hecho de imprevisible es necesario tener en cuenta las circunstancias en que el mismo se presenta.

Para Borda¹ previsibilidad es la actitud del contratante que obra con la prudencia de un hombre diligente, porque si hubiera podido prever al tiempo de contratar el acontecimiento que luego le impediría cumplir, sería responsable, de modo que para este autor no puede hablarse de fuerza mayor cuando las circunstancias que se invocan ya existían al tiempo de contratar como consecuencia de acontecimientos que se dan en la realidad, señalando que no hay que exagerar al definir este concepto, pues no se trata de que sea necesario algo absolutamente imprevisible, lo que sería excesivo, sino simplemente de que no haya razón valedera para pensar que ese acontecimiento se producirá.

Así, pues, habrá responsabilidad cuando al momento de contratar se está en la posibilidad de prever el evento que va a impedir el cumplimiento de una obligación y sin embargo la persona no toma ninguna previsión para evitar su acaecimiento; ahora bien la previsión que se puede exigir en estos casos es la razonable según el modo y circunstancias del lugar donde debe cumplirse la prestación y se produce el evento.

10° En el caso de autos, cuando se celebró el contrato el robo de conductores era un evento frecuente y conocido, por lo cual la demandante estuvo en la posición razonable de conocer que esa actividad delictiva amenazaba la seguridad de su negocio, lo que la obligaba a actuar precavidamente premuniéndose no solo de las medidas de seguridad señaladas en su demanda (adquisición de

¹ BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones. Editorial Perrot. Bs. As. 5ª Edición, pp 320.

**PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

equipos de vigilancia y empuado de postes), sino de otras mucho más efectivas que la hubieran podido proteger mejor ante la eventualidad de ser víctima de esa modalidad.

11° En orden a lo glosado el Colegiado concluye que la demandante no actuó previsoramente frente al riesgo de sufrir un robo de cables eléctricos, por lo que no resulta atendible su pretensión para que se califique este hecho de un evento de fuerza mayor y se le exonere de su obligación de pagar por el suministro contratado, por lo que la sentencia debe ser revocada y reformándose a declararse Infundada.

12° La falta de previsibilidad de parte de la empresa concesionaria, haría innecesario el análisis de la irresistibilidad, que conforme la norma ya citada debe tener un hecho para ser calificado como causa de fuerza mayor; no obstante ello, cabe señalar que el término alude a la posibilidad material de evitar que suceda un evento, hecho que en el caso de autos es evidente no se dio porque la actora no tuvo la posibilidad de resistirse a un evento delictivo que por su modalidad, ni siquiera la policía del sector (Informe N° 019-2007 de la página 144) pudo evitar, lo cual, empero, no modifica la conclusión precedente.

13° En resumen, el robo de cables objeto de la demanda fue un evento que si bien se produjo fuera de las instalaciones de la demandante que fue de naturaleza irresistible; pero no tuvo el carácter de extraordinario e imprevisible, por lo cual no merece la calificación de causa de fuerza mayor, como pretende la actora, debiéndose concluir que las decisiones administrativas impugnadas no se dictaron con infracción de lo dispuesto en el inciso 1) del Artículo 10° de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, debiéndose revocar la recurrida que así lo ha considerado.

Por estos fundamentos y los de la recurrida, en aplicación del artículo 200° del Código Procesal Civil, y conforme a lo opinado por el Ministerio Público

**PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

en su dictamen de la página 272, la Primera Sala Contencioso Administrativa Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima:

REVOCARON la sentencia emitida por Resolución N° 08, de fecha 15 de Noviembre del dos mil diez, dictada en la página 226; que declara fundada la demanda, y **REFORMÁNDOLA** la declararon **INFUNDADA** en todos sus extremos; en los seguidos por **EDECAÑETE S.A** con **OSINERMINING**.
Notifíquese y Devuélvase

GONZALES CHAVEZ

TÁVARA MARTÍNEZ

HASEMBANK ARMAS

Miha/rpmil

PODER JUDICIAL

PRIMERA SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRANSITORIA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

18 DIC. 2012