

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

**HACIA UNA MEJOR REGULACIÓN DE LA FUERZA MAYOR EN LOS
SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, SANEAMIENTO,
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE Y ENERGÍA**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Administrativo**

AUTOR

Martha Luz Fajardo Ferrer

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20105433

2020

RESUMEN

La investigación centra su estudio en las figuras jurídicas de caso fortuito y fuerza mayor, y analiza los sectores de telecomunicaciones, saneamiento, infraestructura de transporte y energía, en los que existe una concesión de servicios público y el deber del concesionario de brindar el servicio de manera continua e ininterrumpida. Surge ante la impertérrito del derecho administrativo en general a mantener la concepción antigua y rezagada de la definición del caso fortuito o fuerza mayor que acoge el derecho civil peruano.

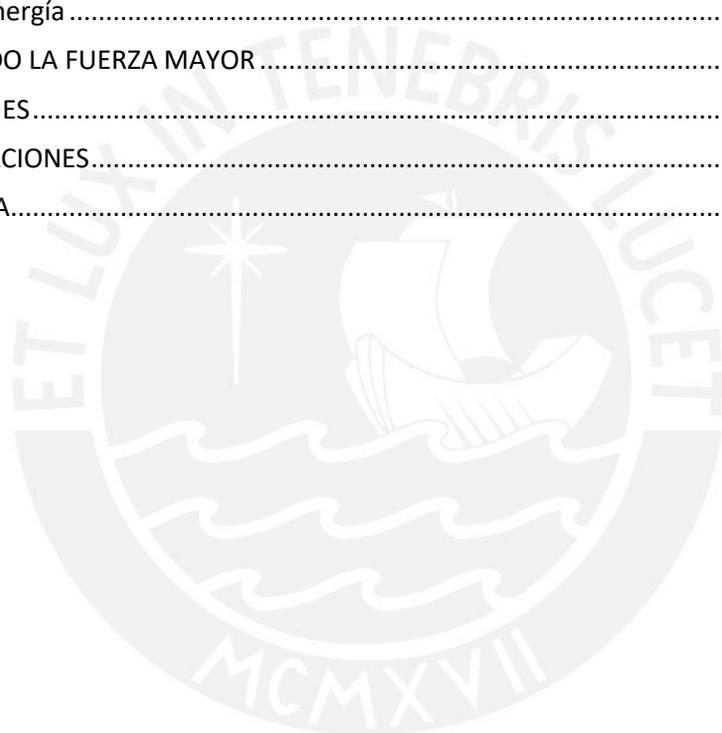
Por lo que, el presente trabajo académico tiene como objetivos (i) entender el concepto de fuerza mayor y/o caso fortuito dentro del ámbito del derecho administrativo; y (ii) la búsqueda de una mejor objetividad de la discrecionalidad que posee la Administración al momento de calificar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor. En esa línea, se analiza la definición de caso fortuito o fuerza mayor y su tratamiento o regulación en el derecho administrativo, especialmente en la regulación de los servicios públicos.

El estudio llega así a dos principales conclusiones (i) que fuerza mayor o caso fortuito en el derecho administrativo deben tener un mismo lenguaje jurídico sin que ello implique la pérdida o retroceso de la especialización de los diversos sectores analizados; y (ii) que cada sector debe tener su propia Directiva de calificación de fuerza mayor donde se entienda fuerza mayor o caso fortuito como como eventos irresistibles (que están fuera del control del concesionario) que pudieron o no ser previstos.

Palabras Claves: Fuerza mayor, caso fortuito y regulación de servicios públicos.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CONCEPTO DE FUERZA MAYOR	4
3. LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO CIVIL PERUANO.....	6
4. LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	10
4.1 Sector Telecomunicaciones	14
4.2 Sector Saneamiento	18
4.3 Sector de Infraestructura de Transporte	22
4.4 Sector de energía	27
5. REDEFINIENDO LA FUERZA MAYOR.....	32
6. CONCLUSIONES.....	35
7. RECOMENDACIONES.....	36
8. BIBLIOGRAFÍA.....	36



1. INTRODUCCIÓN

Caso fortuito y fuerza mayor son figuras jurídicas nacidas en el ámbito de las obligaciones contractuales privadas, usadas como eximentes de responsabilidad; y que han sido trasladadas a las obligaciones contractuales regidas por el derecho administrativo con el mismo objetivo de ser exonerar al deudor ante el incumplimiento de obligaciones.

Si bien el entendimiento de ambas figuras jurídicas pueda variar según la tradición jurídica de cada país, y el ámbito en el cual se traten. Esta investigación se centra en el desarrollo de la fuerza mayor o caso fortuito en el Perú y su vinculación con la obligación de los concesionarios en brindar un servicio público de manera continua e ininterrumpida.

En ese sentido, se desarrollará en primer lugar, la naturaleza y conceptos de fuerza mayor o caso fortuito que se ha venido desarrollando en el derecho civil, para luego aterrizar en la regulación que el Código Civil Peruano ha considerado para dichas figuras jurídicas, así como tratamiento en la doctrina y jurisprudencia peruana.

En segundo lugar, se realiza un análisis del desarrollo de fuerza mayor o caso fortuito en el ámbito del derecho administrativo, a través de ambos en los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, infraestructura de transporte, y energía.

Y finalmente, se propone una definición única que abarca la fuerza mayor y el caso fortuito para ser aplicado en el derecho administrativo, especialmente en los sectores analizados.

2. CONCEPTO DE FUERZA MAYOR

La fuerza mayor es una institución jurídica de eximente de responsabilidad como consecuencia de la aplicación de la máxima según la cual “Nadie está obligado a lo imposible” (Castro Ruiz, 2015). Y si bien tanto la fuerza mayor como el caso fortuito se equiparan en su efecto liberatorio - como eximente de responsabilidad- y por ser hechos externos al acreedor, la jurisprudencia y la doctrina civilista suelen tener distintos criterios para analizarlos.

En este sentido, Medina señala diversos criterios que se han venido usando tradicionalmente en distintos países para caracterizar la fuerza mayor y el caso fortuito (Medina et al., n.d.). Siendo el criterio más arraigado en la cultura jurídica civilista el que se basa en la distinción o indistinción de ambos términos.

En esta línea, de un lado está la teoría monista sostenida por los franceses Jean – Charles Demolombe y los hermanos León y Henri Mazeud que consideran la fuerza mayor y el caso fortuito como sinónimos, por lo cuales se identifica, indistintamente, cualquier suceso imprevisible o que siendo previsto sea inevitable.

Del otro lado, encontramos la teoría dualista que considera la fuerza mayor y el caso fortuito como sucesos distintos. Aquí, tenemos dos vertientes; por un lado, Felipe Sánchez y José María Manresa que consideran *la fuerza mayor como eventos de la naturaleza* (ej. maremoto, terremoto, etc) y *el caso fortuito como el hecho humano* o del príncipe (ej. la expropiación). Y por otro lado, la tesis del francés Victor León Marcadé que emplea lo mismos conceptos pero de manera viceversa, identificando a *la fuerza mayor con los hechos del hombre* y *el caso fortuito con los hechos de la naturales*.

Además, del criterio de distinción o indistinción, existen otros criterios como (i) la gravedad o intensidad, (ii) la evitabilidad mediante la previsión, (iii) y la procedencia u origen del suceso que impide el cumplimiento de la obligación.

En cuanto al primer criterio, se entiende por fuerza mayor como un suceso con mayor intensidad o gravedad que el caso fortuito, por lo que la fuerza mayor es un caso fortuito particularmente grave; pero ambas resultan ajenas a la voluntad del sujeto.

El segundo criterio se basa en la previsión. El caso fortuito es considerado como un evento imprevisible a través de una diligencia normal (ya que si se hubiera previsto habría podido evitarse). Y la fuerza mayor como el suceso que, aunque hubiese sido previsto era de todas formas irresistible - no existiendo fuerza humana oponible – (ej. guerra, terremoto, etc).

Y el último criterio se sustenta en el origen del suceso. Así, en los casos que el suceso se origine fuera de la actividad en la que se desenvuelve la obligación, estos serán considerados como fuerza mayor (ej. tormenta); y si el origen es interno, será un caso fortuito (avería del motor).

En este último caso –de origen interno- se exige probar que el suceso se produjo pese a que se actuó diligentemente; mientras que en la fuerza mayor – de origen externo- se entiende que no se hubiese podido evitar, aunque se hubiese actuado con diligencia, por lo que la fuerza mayor se demuestra con la sola ocurrencia del hecho. (Medina et al., n.d.)

En consecuencia, siguiendo dichos criterios la fuerza mayor suele relacionarse con aquellos sucesos inevitables (irresistibles) cometido por un tercer ajeno al deudor. Y el caso fortuito como un evento imprevisible (que no se pudo prever). Pero dependiendo de la teoría o criterio de fuerza mayor o caso fortuito que se adopte dentro de un ordenamiento jurídico será regulado con mayor o menor flexibilidad para calificar un evento como tal.

3. LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

En el Perú, no existe una definición jurídica de cada uno de ellos ni una distinción de los mismos. Ello se evidencia en la redacción de artículo 1315° de su Código Civil de 1984 (en adelante “CC”), el cual establece una regulación omnicomprendiva de fuerza mayor y caso fortuito, al exigir que ambos conceptos sean eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, sin definirlos ni distinguirlos.

Sin embargo, la doctrina civilista (o al menos la mayoría de ella) y la jurisprudencia suelen plantear una distinción teórica de ambos términos, pero sin llegar a demostrar la utilidad de dicha distinción en el caso en concreto, debido a que finalmente en la práctica los jueces terminan rigiéndose a la definición omnicomprendiva que estipula el artículo 1315° del Código Civil.

En efecto, a diferencia del Código Civil de 1936, el Código Civil de 1984 sí estableció requisitos para calificar un evento como fuerza mayor o caso fortuito a través su 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.”

El artículo citado nos presenta dos supuestos. El primero es que un evento será calificado como caso fortuito o fuerza mayor sólo si cumple de manera concurrente ser extraordinario, imprevisible e irresistible. Y el segundo, que la ocurrencia de cualquiera de estas dos figuras (caso fortuito o fuerza mayor) es causa no imputable; es decir que el deudor no es imputable por la no ejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El segundo supuesto, no acarrea dificultad alguna de entender, ya que refleja el objetivo de la aplicación de las figuras jurídicas de caso fortuito o fuerza mayor: eximentes de responsabilidad. Sin embargo, es el primer supuesto el que parece no entenderse bien en la jurisprudencia judicial. Por ello, pasaremos a explicar este supuesto y su tratamiento en la jurisprudencia judicial.

De la transcripción del artículo 1315° del CC, es evidente que la fuerza mayor es regulada de la misma manera que el caso fortuito, al no hacer distinción alguna entre ambos, atribuyéndoles las características de ser sucesos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles.

Osterling Parodi, autor al que se acoge reiteradamente la jurisprudencia civil para calificar la fuerza mayor y el caso fortuito, señala como extraordinario a todo aquello que sale de lo común, lo no usual; respecto a lo imprevisible advierte que se debe considerar el tiempo en que se contrae la obligación, así, en caso que el deudor no hubiera previsto lo que debía o que aun habiéndolo previsto se obligó a algo presumiblemente imposible en el momento que contrajo la obligación, entonces es imputable y el evento no es imprevisible, por lo que un evento será imprevisible solo cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que el caso fortuito o fuerza mayor vaya suceder.(Parodi, 2012)

Y en relación a lo inevitable -o también llamado irresistible-, Osterling Parodi señala que ello ocurre al momento de ejecutar la prestación y supone la imposibilidad del cumplimiento,

siendo que la dificultad del cumplimiento no exonera al deudor aun cuando la prestación sea más onerosa de lo previsto, o si este está pasando por una crisis financiera.(Parodi, 2012)

De esta manera, según Osterling se debe analizar el propio evento o suceso en sí mismo para determinar su extraordinariedad, el tiempo en que se contrajo la obligación para el análisis del elemento de previsibilidad y el momento de ejecución de la obligación para la inevitabilidad.

Nótese, entonces, que dicho análisis no diferencia los términos fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que en el CC se regula de la misma manera ambas figuras jurídica; por lo que si bien se podría adecuadamente señalar, que el legislador del CC utilizo una teoría monista, en la cual la fuerza mayor y el caso fortuito son sinónimos, ya que ambos deben cumplir las mismas características; ello, no ha sido la postura adoptada por la jurisprudencia, que a menudo distingue los eventos de fuerza mayor y caso fortuito de la siguiente manera:

“OCTAVO: De ello, corresponde realizar un análisis a lo que se debe considerar como “caso fortuito” y a lo que debe ser considerado como “fuerza mayor”, esto en virtud a que la normatividad para el caso, como es la “Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor”, lo entiende como una situación diferente al caso fortuito. Siendo ello así, y como lo entiende Mosset que la “distinción entre el caso fortuito y fuerza mayor va más allá de lo puramente teórico, caracterizan al primero por su “imprevisibilidad” y a la fuerza mayor por implicar la “irresistibilidad”. En tal sentido, se debe entender como “caso fortuito” cuando es posible evitar el daño producido mediante actos de previsibilidad, esto es que se puede evitar mediante una diligencia normal, en cambio será “fuerza mayor” cuando aun habiéndose previsto, era imposible impedir que se produzca el daño como se daría el caso en los desastres naturales (El subrayado es nuestro).” [Poder Judicial: 4-5]

En esta línea, pese a que de manera reiterada en la jurisprudencia judicial se afirma que la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito no es puramente teórica y aclara que la fuerza mayor se relaciona con sucesos irresistibles y el caso fortuito con lo imprevisible, tal distinción no tiene efectos prácticos ni jurídicos en la resolución final del caso, ello porque el mismo CC no establece tal distinción.

Víctor Vaca señala que “es muy interesante la posición del profesor de TRAZEGNIES GRANDA (...) al respecto, pues, pese a reconocer la teoría que **pretende distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor** por la tipicidad o atipicidad del riesgo, que atribuye a Sūs y es semejante a la defendida por Exner, de modo que sólo la segunda tendría valor exoneratorio en la responsabilidad objetiva, afirma a renglón seguido que **esta posición no encuentra cabida en el derecho peruano**, donde no pude introducirse ni siquiera por la vía de la interpretación.”(Vaca Oneto, 2010)

De esta manera, el propio CC no permite utilizar criterios o teorías que permitan distinguir el caso fortuito o fuerza mayor al tener las mismas características. Osterling, señala que “Los casos fortuitos o de fuerza mayor tienen iguales características. Teóricamente, sin embargo, cabe hacer una distinción. Así, se considera que el caso fortuito alude solo a los accidentes naturales –lo que en el Derecho anglosajón se denomina “Act of God” (hecho de Dios)-; en cambio, la fuerza mayor involucra tanto los actos de terceros como los atribuibles a la autoridad – denominados en el Derecho anglosajón “Act of Prince” (hecho del príncipe)-.”(Parodi, 2012)

La distinción entre ambas es entonces puramente teórica y no existe una real distinción jurídica entre la fuerza mayor y el caso fortuito, porque para nuestro CC ambas figuras tienen unas mismas características bien marcadas que no permite, por ejemplo, considerar eventos que aun siendo previsible fueron inevitables, o eventos que solo cumplan con ser inevitables, pero no extraordinarios e imprevisibles.

Es importante señalar que el análisis de la fuerza mayor o caso fortuito al caso concreto debe ser lo más objetivo posible. En tanto que, en la actualidad como afirma Beltrán “con el avance de la tecnología y las ciencias naturales, es posible considerar como ordinario o habitual un hecho natural (...) o un hecho del hombre” resaltando que lo ordinario o extraordinario debe estar relacionado con el carácter habitual de la actividad.(Beltrán Pacheco, 2017)

Beltrán, además, manifiesta su desacuerdo con la regulación del artículo 1315 del CC, al hacer un análisis de cada uno de los requisitos que este exige tanto para la fuerza mayor como para el caso fortuito, con lo que se define por caso fortuito (hechos de la naturaleza) y

fuerza mayor (hechos del hombre), concluyendo que ambos eventos son irresistibles, no aplicándose a sus contenidos el carácter de extraordinario e imprevisible, siendo el caso fortuito un ‘evento natural irresistible’ y la fuerza mayor ‘un evento humano irresistibles que se subsume en el hecho de un tercero’. (Beltrán Pacheco, 2017)

De esta manera, para Beltrán el análisis del caso fortuito o fuerza mayor debería reducirse sólo al elemento de la inevitabilidad o irresistibilidad, pero considerando la naturaleza de cada una de las figuras jurídicas (ser un hecho de la naturaleza o de tercero ajeno al deudor).

Anuado a ello, desde el año 2016 existe un proyecto de reforma del Código Civil, en el que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito se equiparan al hecho determinante de tercero y el hecho determinante del acreedor como causas no imputables, que consisten en ser un evento extraordinario e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardía o defectuoso.

En ese sentido, de aprobarse el referido proyecto, todo hecho que sea extraordinario e irresistible estará dentro del ámbito de la exoneración de responsabilidad sin importar como este sea clasificado (fuerza mayor, caso fortuito, hecho determinante de tercero o del acreedor). Por lo que, la nueva regulación del caso fortuito o fuerza mayor se reduciría a ser evento extraordinario e irresistible, ajeno al deudor.

Finalmente, es posible concluir que en la actualidad para que un evento califique como caso fortuito o fuerza en el derecho civil, este debe cumplir de manera conjunta el ser extraordinario, imprevisible e irresistible.

4. LA FUERZA MAYOR EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

A diferencia del desarrollo de los criterios y teorías que existen en el derecho civil para identificar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor, que existe en el ordenamiento, en el derecho administrativo existe un escaso desarrollo profundo sobre este tema.

Ello tiene como causa fundamental dos factores. El primero, que la regulación que ofrece el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS y sus modificatorias, solo considera a la fuerza mayor o caso fortuito como eximentes de responsabilidad en los casos de infracciones o daños generados por la Administración más no en el caso de obligaciones contractuales del Estado.

Y el segundo, la cotidiana y usual referencia que realizan la regulación y jurisprudencia, administrativa e incluso la mayoría de contratos públicos al artículo 1315 del Código Civil, sin desarrollar en las diferentes áreas del derecho administrativo una idea propia de la fuerza mayor o caso fortuito.

Lo cual trae como consecuencia un error en el tratamiento de la fuerza mayor y el caso fortuito en el derecho administrativo, principalmente, porque si bien tanto en el ámbito privado como en el público ambas figuras jurídicas son eximentes de responsabilidad en el cumplimiento de obligaciones, las obligaciones que se establecen en el ámbito civil son distintas a las que se establecen en el ámbito administrativo.

De hecho, en líneas generales, es evidente que existe una diferencia entre los contratos administrativos y públicos, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Contrato Administrativo (Régimen público)	Contrato Civil (Régimen privado)
La Administración actúa en base al principio de legalidad	El privado ejerce autonomía de la voluntad.
La Administración pública no tiene libertad contractual, sino que actúa en base al interés general	Los privados ejercen libertad contractual.
La Administración Pública sigue un procedimiento administrativo propio para llegar a un acuerdo	Los contratos privados no siguen un procedimiento administrativo sino sus propias normas o las del CC.
En los contratos de Servicios Públicos se exige la continuidad de la obligación aun cuando pudiera suscitarse un evento de caso fortuito o fuerza mayor	En los contratos privados de manera general no se exige el cumplimiento de la obligación, salvo que se pacte lo contrario.

Fuente: Elaboración Propia.

Nos es materia esta investigación desarrollar cada uno de estas diferencias, puesto que ellas son por demás conocidas por los estudiosos del derecho administrativo. Para efectos de esta investigación solo nos detendremos en la última que refleja la distinta forma del manejo de las obligaciones que se tiene en el derecho administrativo y civil.

Aquí, hemos de tener en cuenta que en tanto estamos ante un contrato administrativo para brindar un servicio público. Y si bien en el ordenamiento jurídico peruano no existe un concepto de servicio público, el Tribunal Constitucional en la STC N° 00034-2004-PI/TC ha señalado que los servicios públicos poseen las siguientes características “a) naturaleza esencial para la comunidad, b) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, c) naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad y d) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.”

Es por las características, señaladas por el Tribunal Constitucional, que en el marco de las obligaciones en los contratos administrativos de servicios públicos se exige al concesionario la continuidad del servicio, es decir, la obligación de continuar con la obligación a pesar de la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Sumado a ello, los procedimientos y contratos en la vía administrativa son distintos, ya que se resalta las potestades exorbitantes que tiene el Estado para contratar como la facultad de imponer tarifas, el privilegio de pronunciarse sobre la interpretación, modificación, sanción, extinción, ejecución de los contratos, entre otros. Las cuales, se concretizan a través de leyes especiales que regulan cada sector o área del derecho administrativo como lo es el derecho minero, ambiental, de energía, de telecomunicaciones, inmobiliario, etc.

Por lo que, en vista de las diferencias entre el derecho administrativo y el derecho civil, la regulación del caso fortuito y fuerza mayor no debería ser determinado por lo establecido en sede civil, como si se tratara de un contrato entre privados; sino que se debe crear una regulación propia del derecho administrativo para estas figuras jurídicas.

Así, este informe busca plantear una definición de fuerza mayor o caso fortuito, analizando el tratamiento que se otorga a cada uno de ellos en los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, transporte y energía, que resumimos en estos cuadros de elaboración propia, pero que pasaremos a detallar en las posteriores secciones de esta investigación.

Adelantaremos, sin embargo, los denominadores comunes que encontramos del estudio de cada sector:

- Todos los sectores refieren al artículo 1315° del CC para calificar el caso fortuito o fuerza mayor, sólo en el sector energía se adjunta una definición de fuerza mayor que distinta a lo estipulado en el referido artículo.
- Todos los sectores evalúan la diligencia del concesionario ante un evento de caso fortuito o fuerza mayor; y buscan la continuidad del servicio pasado dichos eventos.
- La calificación del caso fortuito o fuerza mayor esta a cargo de los reguladores.

	TELECOMUNICACIONES	SANEAMIENTO	INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE	ENERGÍA
				
	T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones.	Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento.	Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento.	Ley de Concesiones Eléctricas
		“En caso fortuito o de fuerza mayor, el prestador de los servicios puede variar la continuidad de la prestación del servicio y la calidad. (...)El Reglamento calificará dichas situaciones”.		“Los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor”.
	Reglamento de la Ley de Telecom.	Reglamento de la Ley	Reglamento de Usuarios:	Reglamento de la Ley Nº
	“Obligación de los operadores a prestar el servicio en forma ininterrumpida salvo caso fortuito o fuerza mayor” Contrato: OSIPTEL	“La calificación del evento como caso fortuito o de fuerza mayor está a cargo de la SUNASS, quien reglamenta el procedimiento para tal caso.”	Los servicios que brindan las Entidades Prestadoras sólo podrán suspenderse por: (...) b. Caso fortuito o fuerza mayor. Contrato: OSITRAN	“Corresponde a OSINERG la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor” .

NORMATIVIDAD



Directiva para la Calificación de Solicitudes de Fuerza Mayor (RCD-Nº 010-2004-OS-CD y modificatorias)
Causa de fuerza mayor es que el evento que ocasionó la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, sea de **naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado.**

C
O
N
T
R
A
T
O
S

			
<p>Viettel y MTC</p> <p>"6.6 (...) b) Fuerza mayor o caso fortuito, conforme se definen en el Artículo 1315° del Código Civil del Perú."</p>	<p>APPs: Mejoramiento del Sistema de Alcantarillado y tratamiento de aguas servidas de la Ciudad de Puerto Maldonado</p> <p>13.1. Para fines del Contrato de Concesión, existirá una situación de caso fortuito o fuerza mayor siempre que:</p> <p>(i) Se produzca un evento, condición o circunstancia no imputable al CONCEDENTE, al PSS o al CONCESIONARIO, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que les impida cumplir con las obligaciones a su cargo o cause su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso;</p> <p>(ii) El evento, condición o circunstancia respectiva deberá estar fuera del control razonable de quien invoque la causal, la cual, a pesar del ejercicio de diligencia debida y a pesar de todos los esfuerzos y medidas razonables para prevenir el evento, condición o circunstancia, evitar o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento;</p> <p>(iii) Dicho evento, condición o circunstancia no sea el resultado directo o indirecto de un incumplimiento de la Parte que alegue estar afectada de cumplir cualquiera de sus obligaciones previstas en el presente Contrato de Concesión;</p>	<p>Contrato de Concesión DEVIANDES S.A.C.</p> <p>"a) Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento."</p>	<p>Contrato de Concesión de (SC)</p> <p>7. "si un evento más allá del control razonable y previsible de una de las partes ocurre y, a pesar de los esfuerzos razonables por prevenir o reducir sus efectos, le es imposible cumplir o no ejecutar una obligación de manera total o parcial, o la cumple de forma tardía o defectuosa, no puede ser imputada. Este evento se clasifica como de Fuerza Mayor. Sin embargo, no libera del cumplimiento de las obligaciones que no son afectadas"</p>

JURISPRUDENCIA

			
<p>Art.1315 del CC.</p> <p>"Si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o forzoso "</p>	<p>Artículo 1315 del CC.</p> <p>"EPS debe informar a los usuarios las precauciones que tomará en los casos de desastres, caso fortuito o fuerza mayor"</p>	<p>Artículo 1315 del CC incorporados a los Contratos.</p> <p>"El hecho sea de gran envergadura y valla más allá del control razonable" Medidas</p>	<p>Artículo 1315 del CC sobre la innovación de la Directiva sobre FM.</p> <p>"Evaluación de la diligencia ante eventos de caso fortuito o fuerza mayor"</p>

Fuente: Elaboración Propia.

4.1 Sector Telecomunicaciones

El Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, no realiza mención al caso fortuito o fuerza mayor, lo cual es preocupante, puesto que siendo la ley que regula el sector debería incorporar a dichas figuras jurídicas al ser eximentes de responsabilidad ante la falta de continuidad o calidad del servicio.

Y es en el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el cual establece en su artículo 130° inciso 3 la obligación del concesionario de “Prestar el servicio en forma ininterrumpida, salvo caso fortuito o fuerza mayor, en la que se dará preferencia a comunicaciones de emergencia.”

Sin embargo, ni la Ley ni el Reglamento en el sector de telecomunicaciones establece una definición de lo que se entenderá por caso fortuito o fuerza mayor. Añadido, a esta falta de regulación, el ente competente para calificar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor que, de acuerdo a los contratos de concesión, es el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones “OSIPTTEL” no ha hecho uso de su potestad normativa para establecer alguna Directiva que ayude a solucionar el problema, detectándose así una amplia discrecionalidad de OSIPTTEL para calificar dichos eventos.

Sin embargo, dicha discrecionalidad no es absoluta, pues para calificar dichos eventos se realiza referencia al artículo 1315 del Código Civil que se establece dentro de los contratos de concesión para brindar el servicio público de telecomunicaciones. Así, por ejemplo, el contrato de concesión entre Vittel Perú y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones señala lo siguiente:

“6.6 Suspensión del Plazo de la Concesión:

El plazo de vigencia de la Concesión se podrá suspender a petición de cualquiera de las Partes, en caso ocurran uno o más de los eventos que se detallan a continuación:

- a) Guerra externa o guerra civil, que impidan la ejecución de las obras necesarias para implementar el Proyecto Técnico o la prestación del Servicio.
- b) **Fuerza mayor o caso fortuito, conforme se definen en el Artículo 1315° del Código Civil del Perú.** (Las negritas son nuestras).

En esta misma línea, la jurisprudencia de OSIPTTEL a través de sus resoluciones cita al artículo 1315° del CC y señala que para la evaluación se tendrá en cuenta la diligencia que hubiere adoptado el concesionario, expresando lo siguiente:

“(…) el caso fortuito o fuerza mayor es el impedimento que sobreviene para cumplir una obligación debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor; aludiendo a una circunstancia imprevista e insuperable. En efecto, **el artículo 1315 del Código Civil** señala

que: “(...) 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.”

Bajo ese contexto, tal como ha reconocido la Doctrina, el deudor solo queda exonerado cuando rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor, lo cual no priva al deudor de su deber de diligencia en orden al cumplimiento, ni de los deberes de previsión y seguridad, sino al contrario: **solo el deudor diligente podrá exonerarse porque si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o forzoso ni, consecuentemente, liberación o exoneración.**” (Osiptel 2020: 1) (Las negritas son nuestras).

De esta manera, de la jurisprudencia en este sector, se destaca que la diligencia de la empresa es importante para evaluación de la fuerza mayor o caso fortuito antes de la ocurrencia del hecho, ya que en caso del que el hecho hubiera podido ser evitado bajo una actividad diligente no habría caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, ello debilita el elemento de imprevisibilidad que exige el CC. Por lo que, la evaluación de la diligencia antes de la ocurrencia del evento solo tomaría más sentido si se evitará el análisis de lo imprevisible, ya que este como se explicará más adelante puede ser muy subjetivo.

Por su parte, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 138-2010-CD-OSIPTTEL y sus modificatorias, señala que “en caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida.” Así, pasado el caso fortuito o fuerza mayor, la empresa operadora deberá actuar con la mayor diligencia debida, con el fin de reponer o dar continuidad con el servicio de telecomunicaciones.

Pero esta forma de evaluar la fuerza mayor deja una carta abierta a la Administración de evaluar la diligencia, lo cual puede ser peligroso sino se tiene un catálogo de hechos que podrían ser causas de configuración de caso fortuito o fuerza mayor, y en base a ello evaluar la diligencia que debió tener la empresa operadora antes y después del suceso a calificar como caso fortuito o fuerza mayor.

Además, que se debilita el elemento de imprevisibilidad que exige el CC. Por qué, entonces, el evento era previsible (y no imprevisible) al evaluar la diligencia del concesionario antes de la ocurrencia del evento, por lo que un concepto de caso fortuito o fuerza mayor solo tomaría más sentido si se evitará el análisis de lo imprevisible, ya que este como se explicará más adelante puede ser muy subjetivo.

De otro lado, el TUO de las Condiciones de Uso también señala en su artículo 49° establece los requisitos de forma para presentar una solicitud de calificación de caso fortuito o fuerza mayor:

“(i) Comunicar y acreditar tales eventos a OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.

(ii) Presentar un cronograma y plan de trabajo a OSIPTEL para reparar y reponer el servicio, cuando la interrupción supere las setenta y dos (72) horas. Dicho cronograma deberá ser presentado dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa, debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

Anuado a ello, se establece que en el caso de no cumplirse con los plazos señalados o que no sea aceptado el plan de trabajo presentado por la empresa operadora para reponer el servicio, los eventos serán considerados como interrupciones del servicio no atribuibles al abonado; y, por ende, generan una devolución o compensación en moneda al abonado de acuerdo a la modalidad de servicio que haya contratado y su respectiva tarifa.

Pero, la empresa es inimputable cuando por caso fortuito o fuerza mayor no cumple con la obligación de brindar el servicio de telecomunicaciones de manera continua e ininterrumpida. Además, será inimputable cuando por causas de mejora tecnológica o mantenimiento se incumpla con dicha obligación u otras circunstancias fuera del control de la empresa.

En esto último, “u otras circunstancias fuera del control de la empresa” ¿estaríamos hablando entonces de circunstancias que no califican como caso fortuito o fuerza mayor, pero que al salir del control de la empresa la hace inimputable? La respuesta sería no, ya que los eventos considerados como fuera del control de la empresa deberían ser considerados como supuestos

de caso fortuito o fuerza mayor, antes que, como un supuesto aparte, ya que la esencia de estas figuras descansa en la máxima de que “Nadie esta obligado a lo imposible”

Además, la fuerza mayor o caso fortuito también excluye de responsabilidad ante un evento crítico de acuerdo al artículo 8.2 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución del Consejo Directivo No. 123-2014-CD-OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante “RGC”).

Los eventos críticos son únicamente calificados por OSIPTEL y ocurren cuando existe una interrupción masiva del servicio (más de 90 minutos en Lima y Callao y más de 180 en el resto del país) y tienen otras formalidades a cumplirse que no son las mismas que señalamos líneas arriba para el caso fortuito o fuerza mayor.

Y en el caso de zonas de rurales y lugares de preferente interés social el artículo 3-D del Reglamento General de Calidad, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL, señala que “Corresponde a la empresa operadora acreditar que el tiempo sin disponibilidad del servicio se debió a una causa no imputable a aquélla, como una situación de caso fortuito, fuerza mayor, o una circunstancia fuera de su control y que actuaron con diligencia antes, durante y después del evento.”

Por lo expuesto en este sector, podemos concluir que la evaluación de la diligencia adoptada por la empresa operadora antes, durante y después de un evento pasible de calificar como caso fortuito o fuerza mayor, será evaluado de manera ampliamente discrecional por la autoridad administrativa (Osiptel) al no existir alguna norma que identifique los supuestos en que se puede incurrir en caso fortuito o fuerza mayor. Y que el elemento de imprevisibilidad del CC pierde relevancia al exigir a las empresas operadoras ser diligentes antes de la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

4.2 Sector Saneamiento

La Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, aprobado por Decreto Legislativo N° 1280, a través de su artículo 24.2 señala que “en caso fortuito o de fuerza mayor, el prestador de los servicios puede variar la continuidad de la prestación del

servicio y la calidad del mismo, mediante interrupciones, restricciones o racionamiento, lo que debe ser comunicado a los usuarios y a la municipalidad competente, de ser el caso. El Reglamento establece la calificación de dichas situaciones.”

Así, a diferencia de lo que ocurre en el sector de telecomunicaciones, aquí la ley si hace referencia a la fuerza mayor y el caso fortuito como causas de interrupción del servicio de saneamiento, obligando a que dichos sucesos sean comunicados tanto a los usuarios como a la municipalidad pertinente.

Pero pese a que el artículo citado ordena que los casos de caso fortuito y fuerza mayor deben ser calificados por el Reglamento, este último, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2017-VIVIENDA, termina remitiendo a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante “SUNASS”) dicha calificación.

“ Artículo 35.- Condiciones de la prestación (...)

35.2. De conformidad con el párrafo 24.2 del artículo 24 de la Ley Marco, la continuidad y la calidad de la prestación del servicio puede ser variada por caso fortuito o de fuerza mayor. La calificación del evento como caso fortuito o de fuerza mayor está a cargo de la Sunass, quien reglamenta el procedimiento para tal caso.”

Y el Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 011-2007-SUNASS-CD, en su artículo 70 repite lo estipulado por el Reglamento de la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento.

“ Artículo 70.- Aspectos Generales

Las empresas prestadoras deben: (...)

c) Cumplir con los niveles de continuidad y presión establecidos en las metas de gestión, aprobadas por la SUNASS, salvo en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. La calificación del evento como caso fortuito o de fuerza mayor está a cargo de la SUNASS.”

De esta manera, la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que afecte la continuidad y calidad del servicio esta únicamente a cargo de la SUNASS. Sin embargo, al igual que en el sector de telecomunicaciones no se cuenta con una norma que identifique que hechos que puedan ser considerados o no como fuerza mayor. Por lo que, también no encontramos ante

un escenario de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad de la manera en la que evaluará la Administración.

Debemos destacar que una de las finalidades de la acción de fiscalización es el de prevenir las infracciones. En ese sentido, contar con la señalada norma ayudaría a prevenir que las empresas incurran en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, así como las acciones preventivas que señala la normativa de SUNASS que debe tomar la EPS para evitar supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Y es entonces, SUNASS, que no sólo establece a la fuerza mayor o caso fortuito como un eximente de responsabilidad administrativa de la EPS, según el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y sus modificatorias, sino también una causal para acudir al Fondo de Inversiones.

En esta línea, SUNASS ha estipulado en sus “Lineamientos para la Conformación y Gestión del Fondo de Inversiones”, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 004-2012-SUNASS-CD y sus modificatorias que ante un caso de fuerza mayor el Plan de Inversiones podrá ser modificado o reprogramado, siempre que no implique la modificación de las metas de gestión.

La misma norma señala en el Anexo 12, numeral 15 que “ante situaciones de caso fortuito o de fuerza mayor, las EPS (empresa de saneamiento) podrán solicitar de manera sustentada a la SUNASS, el uso excepcional de los recursos del Fondo de Inversiones”. Así, ante situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, la EPS podrá acudir al Fondo de Inversiones para continuar con su proyecto en el sector saneamiento.

En cuanto a los aspectos formales, el Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento establece en su artículo 74.1 que la EPS tiene 24 horas para comunicar a SUNASS y a los usuarios afectados sobre la ocurrencia de una caso fortuito o fuerza mayor.

Y la misma norma en su artículo 77° señala lo siguiente respecto a las interrupciones imprevistas del servicio:

“Artículo 77.- Comunicación sobre interrupciones

La empresa prestadora deberá proveer información relevante y oportuna a los usuarios en caso de ocurrencia de interrupciones de los servicios de agua potable o alcantarillado, así como de las precauciones que tomará en los casos de desastres, caso fortuito o fuerza mayor. La información se difundirá a través de los medios de comunicación idóneos para cada localidad.

b) Interrupciones imprevistas:

Las empresas prestadoras informarán a los afectados tan pronto como tengan conocimiento del hecho, por los medios disponibles, en cuanto a la magnitud del problema, las razones que motivaron la interrupción y el momento del restablecimiento del servicio. La comunicación a la SUNASS deberá realizarse tan pronto como la empresa prestadora tenga conocimiento del hecho al correo electrónico gsf@sunass.gob.pe o al que indique la SUNASS.

La empresa prestadora podrá contar con medios de comunicación como líneas de emergencia para informar a los usuarios de los hechos ocurridos.”

Así la empresa operadora no sólo debe informar sobre la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor sino también debe tomar precauciones para prevenir que ello ocurra. De esta manera, el elemento que de imprevisibilidad que señala el Código Civil pierde relevancia, ya que si es posible tomar precauciones entonces ya no estaríamos ante un evento de caso fortuito o fuerza mayor tal como lo entiende el CC.

Por lo que es necesario una regulación que defina como debe entenderse y calificarse los eventos de caso fortuito y fuerza mayor, que deje de lado el elemento de imprevisibilidad, ya que lo que busca es prever que siga existiendo la sostenibilidad del servicio de saneamiento ante situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, otorgando inclusive a la empresa la posibilidad de contar con recursos económicos en caso que ocurrencia de dichas situaciones y eximiéndola de responsabilidad en caso de interrupción o falta del servicio.

Por otro lado, la jurisprudencia generada por SUNASS, en esta materia, se limita a desarrollar lo estipulado en el artículo 1315 del CC y la doctrina civil como lo expresa la siguiente cita de la Resolución de Consejo Directivo N° 022-2014-SUNASS-CD:

“A efectos de un mejor análisis conviene precisar las características del caso fortuito y el caso de fuerza mayor señaladas por el legislador peruano:

- El acontecimiento debe ser extraordinario, por consiguiente, se trata de un hecho no común, o que no es usual. Lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales.
- Respecto al carácter de imprevisible, OSTERLING sostiene que "el acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización, configuran el caso fortuito o de fuerza mayor. Cabe agregar que lo previsible del hecho, debe de considerarse al tiempo de contraerse la obligación.
- La tercera característica del caso fortuito o caso de fuerza mayor establecida por el Código Civil, es que el acontecimiento debe ser irresistible, es decir la causa no imputable debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada o como señala DE TRAZEGNIES "supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil, se requiere que haya sido imposible."

En conclusión, en el sector de saneamiento se presenta el mismo criterio usado en lo civil para identificar y calificar la fuerza mayor o el caso fortuito, dejando un amplio criterio de discrecionalidad a SUNASS para identificarlos, al no existir ninguna Directiva que ayude a limitar la discrecionalidad para calificar dichos eventos ni menos un entendimiento propio de dichas figuras jurídicas.

4.3 Sector de Infraestructura de Transporte

La Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, aprobado por la Ley N° 27181 y su modificatorias, así como su respectivo reglamento no hacen referencia a la fuerza mayor o el caso fortuito. La regulación del caso fortuito y fuerza mayor se remite entonces a lo regulado en el Nuevo Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, aprobada por Resolución N° 035-2017-CD-OSITRAN, como causal de eximente de responsabilidad y causa de suspensión del servicio.

“Artículo 7. (...) I. Al libre uso de las ITUP

Los Usuarios tienen derecho a que no se les impida el uso de los servicios derivados de la explotación de las ITUP, siempre que estos cumplan con las normas vigentes, las disposiciones establecidas en cada contrato de Concesión, aquellas relativas al uso de dichos servicios, incluyendo, en el caso de Usuarios Intermedios, las previstas en los respectivos contratos de

acceso o mandatos de acceso y, de ser el caso, al pago de la Tarifa, precio o cargo correspondiente.

Las Entidades Prestadoras solo podrán restringir el libre uso de la ITUP en los siguientes casos:

*** Existencia de causa justificada, caso fortuito o fuerza mayor.**

* Cuando los Usuarios pongan en inminente y cierto peligro a los demás Usuarios, sus propiedades o a la ITUP.

* Cuando pueda provocarse inminente y cierto daño ambiental.

* Cuando los Usuarios no cumplan con la obligación de observar la conducta debida, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 8 del presente Reglamento.

* Decisión de una autoridad competente.

* Realización de alguna obra o mantenimiento programada o necesaria, cuando corresponda.

* Aquellos contemplados en los respectivos contratos de Concesión.

En los casos en los que el Usuario presente un Reclamo vinculado a facturación o pagos, se dejará sin efecto la negativa a entrar o la prestación del servicio hasta la emisión de la resolución que agote la vía administrativa.

La Entidad Prestadora no podrá condicionar la prestación del servicio a la aceptación por el Usuario de otro servicio o pago adicional, salvo en aquellos casos en los que el servicio o pago adicional resulten indispensables para la prestación del servicio principal, por razones técnicas u operativas.”

Artículo 26.- Causas de suspensión de servicios

Los servicios que brindan las Entidades Prestadoras sólo podrán suspenderse por:

a. Decisión de una autoridad competente.

b. Caso fortuito o fuerza mayor.

c. Realización de alguna obra o mantenimiento programada o necesaria, cuando corresponda.

d. Aquellos contemplados en los respectivos contratos de Concesión.” (Las negritas son nuestras).

Sin embargo, al igual que en los sectores anteriores, se observa una falta de regulación para establecer límites a la discrecionalidad administrativa para calificar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor al no existir alguna Directiva o Norma que regule ello.

Y en los contratos de concesión de infraestructura de transporte, se estipula que será el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, es

decir, el regulador, la autoridad administrativa para calificar los eventos de caso fortuito o fuerza mayor. Calificación que tomará en cuenta los elementos del artículo 1315 del Código Civil al estar ellos establecidos dentro de los contratos de concesión.

“CAPÍTULO IX: EL PEAJE Y LA TARIFA EL PEAJE Y LA TARIFA. 9.1 (...) el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17 .1. Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.

TERMINACIÓN POR FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO. 16.12 El CONCESIONARIO tendrá la opción de resolver el Contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando se verifique que se trata de alguno(s) de los eventos mencionados en el Literal a) de la Cláusula 17.1, siempre que haya vencido el plazo máximo de suspensión, el (los) cual (es) deberá(n) haber producido un daño cierto y actual, debidamente fundado y acreditado, originado en un suceso insuperable por estar fuera del control razonable del CONCESIONARIO, ***el cual, a pesar de todos los esfuerzos que pueda realizar para prevenir o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento, como consecuencia directa y necesaria de dicho suceso.***

CAPÍTULO XVII: SUSPENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL ,,,, ,:PRESENTE CONTRATO. 17. 2 El incumplimiento de las obligaciones de cualquiera de las Partes contempladas en este Contrato, no será considerada como causa imputable de incumplimiento a alguna de ellas durante el tiempo y en la medida que tal incumplimiento sea causado por alguna de las siguientes causales e impida la ejecución de las Obras o la prestación del Servicio: a) ***Fuerza mayor o caso fortuito, entendidos como eventos, condiciones o circunstancias no imputables a las Partes, de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible, que impidan a alguna de ellas cumplir con las obligaciones a su cargo o causen su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El suceso deberá estar fuera del control razonable de la Parte que invoque la causal, la cual, a pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento. Entre otros eventos se encuentran, las siguientes situaciones:***

i) Cualquier acto de guerra externa, interna o civil (declarada o no declarada), invasión, conflicto armado, bloqueo, revolución, motín, insurrección, conmoción civil o actos de terrorismo.

ii) Aquellos paros o huelgas generales de trabajadores, protestas, actos de violencia o de fuerza realizadas por organizaciones comunales, sociales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente al CONCESIONARIO por causas ajenas a su voluntad que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable.

iii) La eventual confiscación, requisa, o destrucción total o parcial de la infraestructura de la Concesión y su imposibilidad de recuperación, ocasionados por orden de cualquier autoridad pública, por causas no imputables al CONCESIONARIO, que afecten gravemente la ejecución del Contrato impidiendo al CONCESIONARIO cumplir con las obligaciones a su cargo.

iv) Aquellos descubrimientos de restos arqueológicos que sean de una magnitud tal que impidan al CONCESIONARIO cumplir en forma definitiva con las obligaciones a su cargo.” (las negritas y el subrayado es nuestro)

De esta manera, el caso fortuito o fuerza mayor, más allá de ser entendido como imprevisible o extraordinario, se reduce al elemento de la inevitabilidad, puesto que como se señala en el contrato de concesión citado, en la fuerza mayor **“pesar de todos los esfuerzos razonables para prevenirlos o mitigar sus efectos, no puede evitar que se configure la situación de incumplimiento”**. Sin embargo, ello no calcaría con la concurrencia de elementos que exige el CC para calificar dichos eventos: extraordinariedad, impresivilidad e inevitabilidad

Por otro lado, aunque no se tenga una Directiva que los ordene o establezca requerimientos que deberían cumplirse en caso de encontrarse en alguno de dichos supuestos, los contratos señalan los posibles casos o supuestos que podrían configurar un caso fortuito o fuerza mayor, y se advierte del artículo 18 del Nuevo Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público que en caso de encontrarse en dicho supuesto es vital que se señalicen los desvíos a tomar hasta que se normalice el uso de la ITUP.

“Artículo 18.- Señalización en casos de obras, interrupciones o desastres

En el caso de obras en las ITUP, las Entidades Prestadoras están obligadas a señalar, en forma previa y concurrente a la obra, durante la interrupción o después de un desastre, los desvíos que resulten necesarios y adecuados para poder seguir utilizando dicha ITUP, sin generar riesgos o daños a los Usuarios.

En caso de interrupciones originadas por fuerza mayor, caso fortuito o hecho determinante de un tercero, tales como accidentes de tránsito, desastres naturales, entre otros, **las Entidades Prestadoras están obligadas a señalar los desvíos que se habiliten tan pronto como las**

circunstancias lo permitan, sin generar riesgos o daños a los Usuarios.” (Las negritas son nuestras).

Además, se señala que, en el supuesto de un caso fortuito o fuerza mayor, el restablecimiento de las condiciones señaladas en el Contrato de Concesión debe realizarse lo más pronto posible.

“Artículo 29.- Garantía de prestación mínima

Las Entidades Prestadoras deberán garantizar la utilización de las ITUP, de acuerdo con el contrato de Concesión o, en defecto de estipulación, con lo determinado por el OSITRAN. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor o la ejecución de alguna obra o mantenimiento, el restablecimiento a las condiciones señaladas en el contrato de Concesión **deberá realizarse en el plazo más breve posible, atendiendo a las situaciones particulares de cada caso y a lo previsto en cada contrato de Concesión, en la normativa vigente o de acuerdo a lo dispuesto por el OSITRAN.”** (Las negritas son nuestras).

Añadido a ello, la misma norma antes citada, establece que se debe anunciar la suspensión del servicio por caso fortuito o fuerza mayor a todos los usuarios por todos los medios. Y si el uso de la ITUP se ve afectado más de 48 horas, se debe comunicar al día siguiente hábil, excepcionalmente hasta 2 días después en caso de cierre de edición de diarios, así como publicar la reapertura del servicio.

“Artículo 28.- Plazos para anunciar la suspensión de los servicios.

Sin perjuicio de los avisos que, de acuerdo al marco normativo vigente, se deban presentar a las autoridades competentes, en caso sea necesario suspender uno o más servicios indispensables para completar la cadena logística del transporte, de modo tal que los Usuarios Finales se vean afectados por más de 48 horas continuas, las Entidades Prestadoras deberán anunciar esta situación a los Usuarios a través de avisos en un diario de mayor circulación nacional y/o en un diario de circulación del área geográfica afectada con la suspensión, según corresponda, de la siguiente manera:

a. En caso fortuito o fuerza mayor, al día siguiente de haber sido adoptada la medida. En casos justificados, por el cierre de edición de los diarios, se permitirá la publicación hasta dos (02) días después de la adopción de la medida. Tan pronto como se tenga una fecha cierta de reapertura del o los servicios, se deberá publicar un nuevo aviso, dando cuenta de ello y explicando las obras efectuadas.

(...)

Adicionalmente, deberán dar cuenta de esta situación a los Usuarios por todos los medios correspondientes, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento.”

Además, está la comunicación que el concesionario debe realizar al concedente, lo cual no está regulado en una norma específica, sino que dependerá de lo estipulado en cada contrato de concesión. Un ejemplo es el Contrato de Concesión de la autopista de sol tramo Trujillo – Sullana.

“CAPÍTULO IX: EL PEAJE Y LA TARIFA EL PEAJE Y LA TARIFA. 9.1 (...) *el CONCESIONARIO se vea imposibilitado de explotar las unidades de peaje, debido a actos de protestas sociales que impidan el funcionamiento de las mismas, comunicará por escrito al CONCEDENTE esta situación para que sea considerada como un evento de fuerza mayor, de conformidad con lo establecido en el Literal a) de la Cláusula 17 .1.* Asimismo, por esta misma causal, el CONCEDENTE con opinión del REGULADOR podrá modificar la ubicación de la unidad de peaje, para cuyo efecto el CONCEDENTE asumirá el costo que demande tal modificación.

Finalmente, si bien al igual que en los anteriores sectores aún falta una norma dictada por OSITRAN que identifique casos de fuerza mayor o caso fortuito, los contratos de concesión son lo primordial en este sector, pues en ellos se regula de manera específica lo que se entiende por fuerza mayor o caso fortuito. Y pese a que aún se cuenta con los elementos del artículo 1315 del CC, se entiende que se está ante un evento irresistible en casos de fuerza mayor o caso fortuito lo cual es de destacar.

4.4 Sector de energía

La Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Ley N° 25844 (en adelante “LCE”) a diferencia de los demás sectores hasta aquí analizados, solo hace mención a la fuerza mayor – obviando el caso fortuito, al establecer en su artículo 87° la posibilidad de que el servicio de electricidad pueda ser interrumpido por causa de fuerza mayor.

Sin embargo, de una lectura sistemática de la LCE y los Contratos de Concesión podemos afirmar que la referencia a la fuerza mayor, también incluye implícitamente el caso fortuito; aunque no se le otorgue a este último ni una mención.

CLAUSULA DÉCIMO SEXTA: El cumplimiento de todas las condiciones señaladas en el presente contrato es obligatorio, salvo caso fortuito o de fuerza mayor conforme a los artículos 1315 y 1317 del Código Civil, debidamente acreditados y calificados por la Dirección o la Entidad que ella determine.¹

Tal afirmación debería estar plasmada en una norma en aras de generar seguridad jurídica a los administrados, para no dejar duda de que ambas figuras jurídicas están reguladas en la misma mención de “fuerza mayor”.

El artículo 69° del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM (en adelante “RLCE”) designó al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante “OSINERGMIN”) como el responsable de comprobar y calificar la fuerza mayor.

En este sentido, el OSINERGMIN emitió la Resolución N° 010-2004-OS-CD titulada “Aprueban directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución” (en adelante “Directiva”). La Directiva, en un inicio estableció lo siguiente en referencia a los principios aplicables para la calificación de fuerza mayor:

Título Primero. 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. (El subrayado es nuestro)

Así, la consideración de un evento como fuerza mayor debía cumplir de manera conjunta el ser imprevisible, irresistible, extraordinario, ajeno y como criterio calificador la frecuencia (el número de veces en que el evento ocurrió). Este último requisito, era algo no contemplado en

¹ Contrato de Concesión entre la Empresa Regional de Servicio Público y el Ministerio de Energía y Minas del 04 de abril de 1995.

el CC, por lo que causó una polémica jurídica en los administrados, sobre todo para calificar el caso de hurto de conductores eléctricos.²

Tan criticable resultó el uso de la frecuencia, a la hora de calificar la extraordinariedad e imprevisibilidad de un evento, que la propia Corte Superior de Justicia, en el caso de la Empresa Edelnor S.A.A contra el OSINERGMIN, realizó este fatal pronunciamiento:

(...) razón de ello conforme a los alcances de la directiva, podrá presentar la solicitud de calificación con las formalidades previstas en la misma, cumpliendo los supuestos de fuerza mayor, esto es que sean hechos imprevisibles, extraordinarios e irresistibles, supuestos que no se presentan en el caso de autos, pues al respecto de la interrupción del servicio eléctrico los actos vandálicos y robos de líneas eléctricas, tiene señalado la instancia de mérito (fundamento décimo de la apelada) que la demandante conoce de la frecuencia de estos, y que colocó dispositivos anti hurtos; por lo que no califican como extraordinarios sino frecuentes, y al poder prever que acaecerán no supera la exigencia de imprevisibilidad, tampoco califica como irresistible al no tratarse de actos inevitables; determinando la infracción normativa [Poder Judicial 2017: 5]. (El subrayado es nuestro)

Por lo que, en caso una empresa eléctrica tomaba la decisión de colocar dispositivos anti hurtos a sus redes, se presuponía de por sí, que el evento del hurto no era algo extraordinario, ni imprevisible para la empresa; y, por ende, el evento no era extraordinario ni mucho menos imprevisible.

La Directiva fue modificada como consecuencia de la emisión del Decreto Supremo N° 057-2010-EM, que modificó el inciso a) de la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos de la siguiente manera:

Tercera. - Los casos a los que se refiere el inciso d) del numeral 3.1 [deber de compensar al usuario ante la falta del servicio], serán tratados conforme lo siguiente: a) Cuando un Suministrador considere que el deterioro de la calidad del servicio eléctrico en un período ha sido producto de un caso de fuerza mayor, debe informar a la Autoridad dentro de los dos (02) días hábiles siguientes de ocurrido el hecho. Dentro de un plazo máximo de quince (15) días calendario de ocurrido el evento, el Suministrador presentará ante la Autoridad la solicitud de calificación del evento como fuerza mayor acompañando la documentación probatoria. Copia del cargo de la solicitud presentada se remite a/ COES, a fin que al aplicar el numeral 3.5, aplase su

² Véase: Expediente Administrativo N° FM-2007-2147 y Expediente Judicial EXP. 1504-2008.

decisión de asignación de responsabilidades hasta que la Autoridad se pronuncie sobre la solicitud de calificación de fuerza mayor. Para efectos de la calificación de fuerza mayor, se entiende por ésta a la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la adecuada prestación del servicio eléctrico, o que habiendo sido prevista no pudiera ser evitada. (El subrayado es nuestro).

Así, el citado Decreto Supremo estableció un significado de fuerza mayor. Por lo que, mediante la Resolución N° 265-2010-OS-CD, el OSINERGMIN modificó su Directiva, principalmente, en lo referido a los principios aplicables para calificar un evento como fuerza mayor.

“Título Primero. 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, o que habiendo sido previsto no pudiera ser evitado.

En tal sentido, al evaluar la calificación de un hecho como causa de fuerza mayor se analizará la duración de la variación o interrupción del suministro eléctrico y si el caso lo amerita, se podrá diferenciar el motivo de la interrupción o variación de las condiciones del suministro, del motivo de la duración.” (El subrayado es nuestro).

La definición de fuerza mayor, por tanto, es una combinación de lo estipulado en el artículo 1315 del CC y lo que realmente vendría a ser la fuerza mayor como tal (evento irresistible). Por lo que, finalmente se dejaría mucha una discrecionalidad amplia a la Administración para usar cualquiera de ellas en determinados casos en concretos.

Pese al mix, la norma citada no deja de ser innovadora en cuanto a la regulación de la fuerza mayor en comparación con los anteriores sectores estudiados. Debido a que en ella se halla la fuerza mayor identificada solo con el elemento de irresistibilidad. Y aunque la norma, menciona inevitable en lugar de irresistible, ambos términos devienen en sinónimos.

En esta línea, Ruiz señala que “La irresistibilidad alude a la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarlo a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo- pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea en sí mismo irresistible” (2016: s/n)

El criterio de imprevisibilidad, entonces, pierde su fuerza como requisito exigible o determinante en la actual Directiva, en tanto se asume que podrían existir eventos que aun siendo previsible sean imposibles de evitar o resistir como sería el caso del hurto. En consecuencia, bastara con que el evento califique como irresistible para ser calificado como fuerza mayor.

Además, la Directiva también sufrió un cambio, al eliminar el principio de frecuencia de los criterios a tomar en cuenta para la calificación en del hurto de conductores.

“Artículo 2. 2.1 Tipificación de los Motivos de Fuerza Mayor

La presente tipificación tiene carácter enunciativo y es efectuada con fines de un mejor agrupamiento y su sola invocación no constituye, por sí, la aceptación del evento como fuerza mayor. (...)

- Hurto de conductores y/o equipos eléctricos.”

Por lo que el hurto de conductores sería un posible motivo de fuerza mayor, más no en sí mismo un evento que constituya como fuerza mayor. Es decir, que la sola ocurrencia del hecho, no calificaría como fuerza mayor. En esta línea, es deber del OSINERGMIN verificar el hurto y calificarlo o no calificarlo como fuerza mayor. Y para realizar este análisis tomará en cuenta lo siguiente:

“Artículo 2. (...) 2.6 Hurto de conductores y/o equipos eléctricos

Deberá ser comprobado mediante la documentación del Parte Policial en el que se precise la constatación del hecho por parte del efectivo Policial. Asimismo, se tomará en cuenta la ubicación de la instalación y las medidas preventivas adoptadas por la concesionaria." **(El subrayado es nuestro).**

De esta manera, no todo hurto de conductores eléctricos por sí mismo califica como un caso de fuerza mayor, sino que, el análisis de la calificación de fuerza mayor en este tipo de hurto, por un lado, estará comprobado a través del Parte Policial; y, por otro lado, tomará en cuenta el lugar o zona donde ocurrió el hurto y *las medidas preventivas adoptadas* por la concesionaria, encontrándonos ante una responsabilidad subjetiva de la empresa en este caso específico.

Finalmente, si bien el sector eléctrico presenta un mayor desarrollo de la fuerza mayor, otorgando seguridad jurídica a los administrados y predictibilidad de las decisiones que tome la Administración, hace falta una guía que ayude a calificar la idoneidad de las medidas preventivas que debe adoptar la empresa operadora para evitar una situación de fuerza mayor.

5. REDEFINIENDO LA FUERZA MAYOR

La fuerza mayor en el derecho administrativo no debe ser entendida en los términos del artículo 1315 del CC. La exigencia de los elementos de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad empleados de manera conjunta no es lo más adecuado para calificar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor.

No solo por las razones expuestas en líneas anteriores acerca de las diferencias que existen entre contrato administrativo y el público, sino que el exigir el cumplimiento en conjunto de los tres elementos del caso fortuito y fuerza mayor deviene en algo sumamente utópico en nuestros tiempos. Para explicar mejor la idea, analizaremos cada uno de los elementos exigidos: lo extraordinario, lo imprevisible y lo irresistible.

Extraordinario es entendido como todo aquello que es fuera de lo ordinario. Es decir, algo fuera de lo común, de lo regular o cotidiano; no obstante, su análisis, debe darse en función a la materia o giro en que este envuelto el cumplimiento de la obligación, así como de la evolución social que surja en el tiempo y el espacio.

Beltrán señala que “[...] el carácter extraordinario (no cotidiano, raro o poco común) si bien resulta aplicables a ambos [caso fortuito y fuerza mayor] (en teoría) en la práctica, con el avance de la tecnología y las ciencias naturales, es posible considerar como ordinario o habitual un hecho natural, así también, por su frecuencia (temporal y espacial) se puede afirmar que un hecho del hombre (del príncipe) es común.” [2020: 34]

En esta línea, es importante resaltar que hechos como los desastres naturales que antes era considerados como casos fortuitos o casos de fuerza mayor como la expropiación autoritaria de las inversiones, hoy en día no los son.

Ello debido a que, por un lado, el avance de la tecnología, no solo logra prever (aunque no con exactitud total) la ocurrencia de algún desastre natural, sino que dota de medios para prevenirlo y resistirlo, así se exige la implementación de medidas de seguridad como antirrayos, antirrobo, locales antisísmicos, etc. Y, por otro lado, la normativa internacional a

través de los Tratado de Libre Comercio o los Tratados Bilaterales de inversión protegen las inversiones de los privados frente al actuar incorrecto del Estado.

En este sentido, la fuerza vinculante de lo extraordinario en la figura del caso fortuito o fuerza mayor se va perdiendo, dado que cada vez más van quedando sucesos que se colocan fuera del ámbito de lo ordinario debido al avance de la tecnología y de la sociedad, lo cual puede estar sujeto a interpretaciones subjetivas, dependiendo de quien sea la parte que lo invoque.

Por lo que, la exigencia de determinar la extraordinariedad de un hecho para que este puede ser calificado como caso fortuito o fuerza mayor, resulta incongruente con la realidad actual, más aún si se exige la concurrencia de los otros dos elementos: lo imprevisible y lo irresistible.

En relación a lo imprevisible Osterling señala que “El acontecimiento es imprevisible cuando los contratantes no tienen motivos atendibles para presumir que éste vaya a su ceder. La noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación” [1985: 139].

No obstante, la imprevisibilidad no debe ser entendida como un evento imposible de prever a la hora de realizar un contrato; si así fuera, no existiría ningún caso fortuito ni fuerza mayor. Ya que, en teoría incluso es posible prever que en algún momento pueda ocurrir un terremoto, una guerra, una pandemia, o una expropiación autoritaria.

La imprevisibilidad debe ser analizada de manera objetiva atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, así como al avance de las tecnologías y de la evolución social, otra vez, en tiempo y espacio.

Por ejemplo, antes era imprevisible saber que lugares eran más propensos para la ocurrencia de un fenómeno natural como el huayco. En cambio, hoy no solo es posible determinar qué zonas son más propensas a sufrir este fenómeno, sino que también existe normativa para evitar que las personas vivan en zonas donde ocurre este fenómeno.

Dado a ello, hoy el concepto de imprevisibilidad se torna cada vez más en un debate. Ya que, como consecuencia del avance de la ciencia, es difícil determinar con certeza que es un acontecimiento previsible y cuál no lo es. Y más aún cuando en la normativa administrativas-analizada en las anteriores secciones, se exige la diligencia antes de la ocurrencia del caso fortuito o fuerza mayor.

Por ello, el elemento de lo imprevisible es siempre objeto de discusión en los casos de calificación de caso fortuito o fuerza mayor. Ya que ello, dependerá en buena parte de la evaluación que realice cada una de las partes, en un caso desde su propio punto de vista siendo finalmente también parte de una evaluación subjetiva como en el caso del hurto de conductores eléctricos que se comento en el sector de energía.

En consecuencia, exigir la imprevisibilidad del hecho y que a la vez este sea concurrente con los otros elementos señalados en su artículo 1315° es tener una mirada apartada de la realidad actual, puesto que puede ocurrir sucesos como el hurto que sean cotidianos en nuestro país – es decir previsible- y no por ello dejan de ser un posible caso de fuerza mayor.

Por último, en función a lo irresistible, Osterling señala que esto “supone la imposibilidad de cumplimiento. La dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor; la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria” [1985: 139].

Así, la irresistibilidad de un evento es aquella ‘fuerza’ que impide cumplir con una obligación. Por ejemplo, aunque la obligación se vuelva más onerosa, ello no impide realizarla; pero, si aun asumiendo los sobregastos o medios (que no fueron pactados), el deudor se ve impedido de ejecutar la prestación, entonces, el evento será irresistible.

En este aspecto, el análisis de lo irresistible no solo debe ser considerado en el tiempo y espacio, sino, también con los medios. De tal manera, que, incluso habiéndose usado todos los medios posibles, dentro de la diligencia ordinaria que el deudor debe ejercer, el evento es irresistible de contrarrestar.

Por ejemplo, en el caso elaboración de carreteras si bien se crean con los estándares de seguridad y mantenimiento para conservarlas en buen estado, dichas medidas serían inútiles ante la ocurrencia de un socavón (agujero redondo que se abre de manera inesperada en la tierra, con mucha profundidad).

El análisis de lo irresistible se basa más en un acto o hecho en concreto, de “si se cumplió o no se cumplió con la obligación”; así en caso de no cumplirse, habrá que fijarse si dicho hecho califica como fuerza mayor o caso fortuito siguiendo la máxima “nadie esta obligado a lo imposible”.

Por lo expuesto, es posible concluir que la exigencia impuesta por el CC de cumplir de manera concurrente las tres características en un solo evento (extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad) es inadecuado dentro de una sociedad moderna, donde lo extraordinario e imprevisible puede ser calificados de manera subjetiva, mientras que lo irresistible tiene un análisis más objetivo dentro de un determinado tiempo y espacio.

En cambio, el Código Civil Colombiano en su artículo 64 señala que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera”. La definición otorgada por la legislación colombiana, relaciona al hecho imprevisto o irresistible como causas al incumplimiento de la obligación.

Finalmente, en base al modo correcto en que, considero, hemos de analizar las características del caso fortuito o fuerza mayor en estos tiempos de modernidad, es analizar el caso fortuito o fuerza mayor como un acontecimiento irresistible que pudo haber sido previsto o no.

6. CONCLUSIONES

- No existe un desarrollo de la fuerza mayor o caso fortuito en los sectores analizados, salvo en el sector energía donde no solo se cuenta con una Directiva para analizar la fuerza mayor, sino que también posee una regulación innovadora de la fuerza mayor.

- En el caso fortuito o fuerza mayor en los servicios de telecomunicaciones, saneamiento, infraestructura de transporte y energía, básicamente hacen referencia artículo 1315° del CC y se evalúa la diligencia o precauciones del concesionario, lo que debilita el elemento de previsibilidad y a su vez extraordinariedad que exige el CC.
- En aras de brindar seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones de las Administración, así como delimitar su discrecionalidad, cada sector analizado debe contar con una Directiva de calificación de caso fortuito o fuerza mayor.
- La fuerza mayor en el derecho administrativo no debe ser entendida en los términos del artículo 1315 del CC. La exigencia de los elementos de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad de manera conjunta no es lo más correcto para calificar un hecho como caso fortuito o fuerza mayor.
- El caso fortuito o fuerza mayor deber ser analizado como un acontecimiento irresistible no (que están fuera del control del concesionario) que pudieron o no ser previstos, en cuanto la esencia de estas figuras jurídicas es que “nadie este obligado a lo imposible”.

7. RECOMENDACIONES

Los entes reguladores (SUNASS, OSIPTEL, OSITRAN y OSINERGMIN) de los servicios públicos deben de poseer su propia Directiva de calificación de fuerza mayor o caso fortuito, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a los administrados y obtener mayor objetividad en sus decisiones. Del análisis de este estudio, se recomienda tener en cuenta la definición de fuerza mayor o caso fortuito que aquí se presenta, como un acontecimiento irresistible no (que están fuera del control del concesionario) que pudieron o no ser previstos, para sus respectivos sectores.

8. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ, Carlos y ARIAS, Max

1988 Estudios jurídicos en honor de los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias Schreiber Pezet. Lima: Cultural Cuzco.

ESPINOZA, Juan

2013 Derecho de la responsabilidad civil. 7° Edición. Lima: Rodhas

OSTERLING, Parodi

1985 “Inejecución de Obligaciones”. Las Obligaciones, 8° Octava Edición, Lima: Editora Jurídica Grijley. Consulta: 24 de mayo del 2020.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Inejecucion%20obligaciones%201985.pdf>

RUIZ, Wilson

2016 Responsabilidad del Estado y su Regímenes. 3° Tercera Edición, Bogotá: Ecoe Ediciones Ltda. Consulta: 24 de mayo del 2020.

<https://books.google.com.pe/books?id=t6UwDgAAQBAJ&pg=PT595&lpg=PT595&dq=inevitable+es+lo+mismo+que+irresistible&source=bl&ots=YBFBjgatmu&sig=ACfU3U2V8rmjSIMITp0ZGE98UCTznFyB6rg&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiroZSa-NzpAhX0HLkGHYYIAk4Q6AEwAnoECAoQAQ#v=onepage&q=inevitable%20&f=false>

Revistas

CASTRO, Marcela

2015 “Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula?”. Derecho PUCP. Lima, N°74, pp. 441.484. Consulta: 24 de mayo del 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/13605>

HUAPAYA, Ramón

2013 “Una propuesta de formación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura” Revista Ius et Veritas PUCP. N° 46, pp. 294. Consulta: 24 de mayo del 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11973/12541>

REYNA, Luis y VENTURA, Karen.

2013 “Los Servicios Públicos en el Perú: Una Visión Preliminar.” Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. pp. 589-600. Consulta: 24 de mayo de 2020.
<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>.

Ponencia

MEDINA, Mariano, María MEDINA y Luis MADINA

s/f La fuerza mayor y condicionada virtualidad exoneradora en sede de responsabilidad civil. Ponencia presentada en la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. s/l:s/e Consulta: 24 de mayo de 2020.
<https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Mariano%20Medina%20Crespo%20parte1.pdf>

Expediente y Resoluciones

PODER JUDICIAL

2016 Casación N° 1693-2014-LIMA, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia: 8 de marzo del 2016. Consulta 25 mayo del 2020.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/02/Casaci%C3%B3n-1693-2014-Lima-Corte-Suprema-establece-diferencia-entre-caso-fortuito-y-fuerza-mayor.pdf>

PODER JUDICIAL

2017 Casación N° 1764-2015, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sentencia: 8 de marzo del 2016. Consulta 25 mayo del 2020
https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Casacion-1764-2015-LimaLegis.pe_.pdf

OSINERGMIN

2007 Expediente Administrativo N° FM-2007-2147 y Expediente Judicial EXP. 1504-2008.

SUNASS

2015 Resolución de la Gerencia General N° 029-2015-SUNASS-CD del 16 de julio del 2015.

https://www.sunass.gob.pe/doc/normas%20legales/2015/re29_2015cd.pdf

OSIPTEL

2020 Resolución de la Gerencia General N° 0142-2007-CG/OSIPTEL del 25 de abril del 2007.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/declaran-infundado-recurso-de-apelacion-interpuesto-por-viet-resolucion-n-18-2020-cdosiptel-1855403-1/>

OSIPTEL

2007 Resolución de Consejo Directivo N° 18-2020-CD/OSIPTEL del 6 de febrero del 2020.

<https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Norma/MarcoNormatInterconex/res1422007GOSIPTEL.pdf>

OSIPTEL

2014 Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD-OSIPTEL del 10 de octubre del 2014.

<https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/reglamento-calidad-servicios-publicos-telecom/Res123-2014-CD-OSIPTEL-II.pdf>

OSITRAN

2003 Resolución de la Gerencia General N° 015-2003-GG-OSITRAN del 10 de junio del 2003.

<https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/74e21bb2037ee73c972b94268a8b48341cbfdb65.pdf>

OSITRAN

2013 Resolución de la Gerencia General N° 004-2013-CG/OSITRAN del 03 de enero del 2013.

<https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/944a095cb183a7155d63b3483bb5dd65dccee2d.pdf>

OSITRAN

2003 Informe N° 023-03-GRE-OSITRAN del 18 de mayo del 2003.

<https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2017/12/Inf-023-03-GRE-OSITRAN1.pdf>

Páginas Web

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA

Diccionario Español. Consulta: 24 de mayo de 2020

<https://dle.rae.es/ordinario>.

OSINERGMIN.

“I Foro de Regional Electricidad Ancash 2011. Problemática de hurto de conductores.”

Consulta: 24 de mayo del 2020.

http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Publico/I_Foro_Regional_Electricidad_Ancash_2011/1B%20Problematica%20del%20Hurto%20de%20Conductores-%20Ing.%20Nilton%20Garcia-Hidrandina.pdf

OSINERGMIN.

“Sección de Resoluciones sobre fuerza mayor en el sector de energía.” Consulta: 28 de mayo del 2020

[https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/resoluciones/resoluciones-sobre-fuerza-mayor/#Default=%7B%22k%22%3A%22%22%2C%22r%22%3A%5B%7B%22n%22%3A%22owstaxIdGerencia%22%2C%22t%22%3A%5B%22string\(%5C%22L0%7C%230416ff9a1-2df5-4d96-bdf8-f427dd9d0f4d%7CGerencia%20de%20Fiscalizaci%C3%B3n%20El%C3%A9ctrica%5C%22\)%22%5D%2C%22o%22%3A%22and%22%2C%22k%22%3Afalse%2C%22m%22%3Anull%7D%5D%7](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/institucional/resoluciones/resoluciones-sobre-fuerza-mayor/#Default=%7B%22k%22%3A%22%22%2C%22r%22%3A%5B%7B%22n%22%3A%22owstaxIdGerencia%22%2C%22t%22%3A%5B%22string(%5C%22L0%7C%230416ff9a1-2df5-4d96-bdf8-f427dd9d0f4d%7CGerencia%20de%20Fiscalizaci%C3%B3n%20El%C3%A9ctrica%5C%22)%22%5D%2C%22o%22%3A%22and%22%2C%22k%22%3Afalse%2C%22m%22%3Anull%7D%5D%7)

OSINERGMIN

“Energías Renovables. Experiencia y perspectivas en la ruta del Perú hacia la Transición Energética” Año: 2019. Consulta: 28 de mayo del 2020

https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Energias-Renovables-Experiencia-Perspectivas.pdf

Normas:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Civil Peruano de 1984.
- Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley N° 25844, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de noviembre de 1992.
- Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Supremo 009-93-EM, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 25 de febrero de 1993.
- Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía- OSINERG, Ley N° 26734, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de diciembre de 1993; y sus posteriores modificatorias.
- Directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución - Resolución N° 010-2004-OS/CD publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 26 de enero del 2004; y sus posteriores modificatorias
- Ley Marco de los Organismos Reguladores, Ley No. 27838, publicada en el Diario “El Peruano” el 29 de julio de 2000.
- Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERG, Ley No. 27699, publicada en el Diario “El Peruano” el 16 abril del 2002.
- Resolución que establece las instancias competentes en los Procedimientos Administrativos Sancionadores y otros Procedimientos Administrativos a cargo de OSINERGMIN, Resolución No. 218-2016- OS/CD, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 06 de setiembre de 2016, y su modificatoria, Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

OSINERGMIN No. 10- 2017-OS-CD, publicada en el Diario “El Peruano” el 17 de enero de 2017.

- Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento, Decreto Legislativo N° 1280, publicada en el Diario “El Peruano” el 29 de diciembre de 2016.
- Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y sus modificatorias, publicada en el Diario “El Peruano” el 18 de enero de 2007.
- Anexo 12 del Reglamento General de tarifas denominado “Lineamientos para la conformación y gestión del fondo de inversiones”, aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° 004-2010-SUNASS-CD y sus modificatorias, publicada en el Diario “El Peruano” el 16 de enero de 2010.
- Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS), aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y sus modificatorias, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de agosto de 2010.
- Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC y sus modificatorias, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de setiembre de 2012.
- Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución del Consejo Directivo No. 138-2012-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de setiembre de 2012.
- Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución del Consejo Directivo No. 123-2014-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 11 de octubre de 2014.
- Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, Resolución del Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 16 de octubre de 2017.

- Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo No. 006-2017-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 21 de diciembre de 2016.

