

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

El caso fortuito y fuerza mayor en el sector eléctrico peruano:
calificación de las demoras de la autoridad gubernamental

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Mauricio Adolfo Checa Oliva

Asesor:

David Enrique Serafin Mendiola Florez

Lima, 2023

Informe de Similitud


Yo, DAVID ENRIQUE SERAFÍN MENDIOLA FLÓREZ, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "El caso fortuito y fuerza mayor en el sector eléctrico peruano: calificación de las demoras de la autoridad gubernamental", del autor(a) MAURICIO ADOLFO CHECA OLIVA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 26%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

<u>MENDIOLA FLÓREZ, DAVID ENRIQUE SERAFÍN</u>	
DNI: 41875591	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6365-9545	

RESUMEN

En el sector eléctrico se ha vuelto recurrente que los concesionarios de proyectos eléctricos acudan al Ministerio de Energía y Minas para alegar la ocurrencia de eventos que a su criterio califican como caso fortuito o fuerza mayor, a fin de liberarse de toda responsabilidad y ver prorrogado el plazo de su proyecto mitigando así los riesgos y las consecuencias de no lograr la operación comercial del proyecto en la fecha prevista, incurrir en algún incumplimiento contractual o legal e incluso estar frente al inicio de un procedimiento de caducidad de su concesión definitiva.

De esta manera, los concesionarios con mucha frecuencia buscan encausar cualquier acontecimiento que impacte en el desarrollo de su proyecto bajo el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor sin haber realizado previamente el análisis jurídico para determinar si se encuentran frente a un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. A propósito de esta práctica cotidiana que el autor ha identificado en su ejercicio profesional surge el presente artículo académico, el mismo que busca analizar la figura jurídica del caso fortuito y fuerza mayor aplicado en el sector eléctrico, así como evaluar si las demoras atribuibles al propio Estado califican dentro de dicha figura jurídica.

Palabras clave

Sector eléctrico, caso fortuito, fuerza mayor y demoras de la autoridad administrativa.

ABSTRACT

In the electricity sector, it has become recurrent for electricity project concessionaires to turn to the Ministry of Energy and Mines to allege the occurrence of events that in their opinion qualify as a fortuitous event or force majeure, in order to free themselves from any liability and see the term of their project extended, thus mitigating the risks and consequences of not achieving the commercial operation of the project on the scheduled date, incurring in any contractual or legal breach and even being faced with the start of a procedure for the expiry of their definitive concession.

In this way, concessionaires very often seek to channel any event that impacts the development of their project under the assumption of fortuitous event or force majeure without having previously carried out the legal analysis to determine whether they are facing an extraordinary, unforeseeable and irresistible event. This academic article arises from this daily practice that the author has identified in his professional practice and seeks to analyse the legal concept of fortuitous events and force majeure applied in the electricity sector, as well as to evaluate whether the delays attributable to the State itself qualify within this legal concept.

Keywords

Electricity sector, acts of God, force majeure and delays by the administrative authority.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: BREVE APROXIMACIÓN AL SECTOR ELÉCTRICO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	6
CAPÍTULO 2: SOBRE EL CASO FORTUITO Y/O LA FUERZA MAYOR	12
CAPÍTULO 3: ANÁLISIS DE LAS DEMORAS DEL ESTADO COMO CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR	19
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	25
BIBLIOGRAFÍA	27



INTRODUCCIÓN

El caso fortuito o fuerza mayor se ha convertido en una herramienta o figura jurídica comúnmente utilizado por los concesionarios de proyectos eléctricos para eximirse de asumir responsabilidad en el caso que sus proyectos incurran en demoras u otras situaciones que tengan un impacto en su desarrollo o ejecución. Lamentablemente, su uso excesivo ha llevado a una distorsión de su significado y propósito original. Como consecuencia de ello, los concesionarios suelen recurrir con mucha frecuencia a esta figura para evadir las consecuencias legales que podrían serle imputables por no haber sido diligentes en sus actuaciones internas, las cuales podrían haber sido prevenidas o gestionadas de manera más efectiva por los mismos.

Es crucial recordar que el propósito fundamental de esta figura jurídica es eximir a las partes afectadas de responsabilidad cuando se enfrentan a eventos verdaderamente extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, que están más allá de su control razonable. Sin embargo, en el sector eléctrico peruano actual, cualquier demora que afecte un proyecto eléctrico suele asociarse a la figura de caso fortuito o fuerza mayor, dado que las normas sectoriales en materia de electricidad reconocen esta figura jurídica como el único remedio que permite que el concesionario no asuma responsabilidad en tanto el evento sea calificado por el Ministerio de Energía y Minas.

Por consiguiente, se ha convertido en una práctica habitual y recurrente que los concesionarios soliciten la calificación de cualquier situación o evento como caso fortuito o fuerza mayor al punto que, inclusive, en varios casos los concesionarios han requerido que se califique como caso fortuito o fuerza mayor las demoras de las diferentes autoridades gubernamentales en el otorgamiento de algún título habilitante en el marco de un procedimiento administrativo. Esto último plantea como pregunta de investigación si las demoras gubernamentales califican o no como caso fortuito o fuerza mayor y, en caso no tengan esta calificación, cómo podría garantizarse que estas demoras no perjudiquen a los concesionarios, considerando que son demoras que no les son atribuibles a estos, tomando en consideración que los contratos de concesión -salvo algunas excepciones como

los contratos de concesión que se derivan de un procedimiento de promoción de la inversión privada- no prevén una alternativa al caso fortuito o fuerza mayor.

De esta manera, el presente artículo académico busca plantear algunas reflexiones en torno al caso fortuito y fuerza mayor, así como, desarrollar las preguntas planteadas a fin de dar pautas para evitar el uso excesivo de dicha figura, dado que esto no solo socava la confianza en el sistema legal, sino que también tiene potencial de distorsionar el correcto uso de dicha figura. Es esencial que se promueva un uso más responsable y riguroso de esta figura jurídica, para garantizar que solo se aplique en situaciones verdaderamente excepcionales.



CAPÍTULO 1:

BREVE APROXIMACIÓN AL SECTOR ELÉCTRICO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos treinta años, el mercado eléctrico peruano ha sufrido importantes cambios en su estructura, convirtiéndose en un sector atractivo y propicio para el desarrollo de inversiones privadas. Estos cambios se sustentan en un marco regulatorio estable, basado principalmente en la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Ley N° 25844¹, la cual ha desempeñado un papel promotor de la inversión privada en la industria eléctrica, la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la generación eléctrica, aprobada por la Ley N° 28832² y la Ley de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1002³.

Por su parte, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería⁴ para la regulación de aspectos legales y técnicos del sector eléctrico; el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional⁵ para la operación y administración del sistema eléctrico interconectado; y, el Ministerio de Energía y Minas⁶ para la promoción del sector privado y el otorgamiento de concesiones y autorizaciones para la operación de los proyectos eléctricos.

En el marco del diseño normativo, actualmente existen diferentes técnicas regulatorias para desarrollar y adjudicar proyectos eléctricos en el sector tales como (i) el régimen general de concesiones sectoriales previsto en la LCE y el Reglamento⁷ de la LCE, (ii) a través de licitaciones bajo el régimen de Asociaciones Público Privadas⁸, previsto en el Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y

¹ En adelante, LCE.

² En adelante, LGE.

³ En adelante, DLRER.

⁴ En adelante, OSINERGMIN.

⁵ En adelante, COES.

⁶ En adelante, MINEM.

⁷ En adelante, RLCE.

⁸ En adelante, APP.

Proyectos en Activos, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1362⁹; y, (iii) el régimen para el desarrollo de proyectos de generación con recursos energéticos renovables previsto en el DLRER.

Respecto al régimen general de concesiones sectoriales es importante destacar que tanto la LCE como el RLCE constituyen el marco normativo elemental para que los generadores, transmisores y distribuidores puedan obtener los derechos eléctricos necesarios para llevar a cabo los distintos proyectos en el sector con la limitación de no poder poseer más de un derecho eléctrico ni ejercer control directo o indirecto sobre otro derecho eléctrico, a menos que la LCE prevea lo contrario. En este caso, es importante mencionar, como primera idea, que la concesión definitiva va a adquirir carácter contractual cuando se suscriba el contrato de concesión sectorial respectivo y, como segunda idea, que el titular de un proyecto podría suscribir además un contrato sujeto a otro régimen distinto como el derivado de APP y la concesión sectorial seguiría la suerte de este.

En cuanto a las licitaciones bajo el régimen de APP, este régimen consiste en transferir al ámbito privado aquellas funciones que no pueden ser ejecutadas directamente por el Estado a partir de la asignación eficiente de los riesgos. (AGUIRRE 2019:58). En este caso, lo ideal es asignar el riesgo a la parte que se encuentra en la mejor posición para asumirlo incurriendo en el menor costo posible. Por ejemplo, en algunos contratos del sistema garantizado de transmisión, el Estado asume el riesgo respecto al otorgamiento de las tierras para desarrollar el proyecto adjudicado, toda vez que esta en mejor posición para encargarse de asegurar los derechos superficiales requeridos para la ejecución del proyecto.

En cuanto al régimen de proyectos de generación con recursos energéticos renovables, se aprobó el DLRER y su Reglamento con el fin de impulsar e incentivar el desarrollo de dichos proyectos y, con ello, iniciar el proceso de diversificación de la matriz energética, más aun considerando los compromisos ambientales de los Estados de reducir el porcentaje de sus emisiones de dióxido

⁹ En adelante, DLAPP.

de carbono. Cabe precisar que, mediante las normas antes referidas, se promovió las subastas a efectos de licitar proyectos de generación eléctrica con recursos energéticos renovables, los cuales serían adjudicados a ciertos postores con los cuales se suscribiría contratos de concesión para el suministro de electricidad o PPA *-Power Purchase Agreement-*.

Cabe precisar que, a la fecha se han realizado cuatro (4) subastas para adjudicar proyectos que usan recursos energéticos renovables, siendo la última convocada en el año 2016. Estas subastas han adjudicado en total 1,280 MW. No obstante, a la fecha, no se viene recurriendo a este mecanismo de promoción, por lo tanto, la penetración de la generación renovable en la matriz energética, particularmente la eólica y solar, ha alcanzado el 5.3% según datos del COES.

En el marco del desarrollo del proyecto y según la técnica regulatoria a la cual estén acogidos los titulares, estos últimos deben cumplir diferentes plazos para realizar el diseño, financiamiento, construcción y operación comercial de sus proyectos eléctrico. En el supuesto que el titular no cumpla con ejecutar las actividades previstas para el proyecto en dichos plazos podrá utilizar la figura jurídica de caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra (considerada en el contrato), en la medida que se cumplan con los respectivos requisitos legales para prorrogar los hitos afectados del cronograma y se demuestre la afectación a la ruta crítica del proyecto.

En el caso del régimen general de concesiones sectoriales, el artículo 25° de la LCE indica que el Cronograma de Ejecución de Obras¹⁰ del proyecto eléctrico debe indicar como mínimo la fecha de inicio y fin del proyecto; no obstante, en la práctica jurídica, los concesionarios suelen detallar en su cronograma los hitos principales como intermedios.

En ese sentido, el Cronograma que presenta el titular del proyecto debe ser cumplido en los plazos previstos dado que, de lo contrario, el titular contaría con un cronograma desfazado, lo cual sería un límite para obtener financiamiento de

¹⁰ En adelante, Cronograma.

los bancos y podría dar lugar al inicio de un procedimiento de caducidad de la concesión definitiva. En la misma línea, el Contrato de concesión definitiva (sectorial) suscrito entre el titular y el MINEM considera como un remedio jurídico al caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual se suele remitir a los artículos pertinentes del Código Civil.

A mayor abundamiento, para la calificación de un evento como caso fortuito o fuerza mayor, el concesionario deberá presentar el sustento que pueda demostrar la ocurrencia de dicho evento; y el MINEM evaluará: (i) las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad del evento, (ii) la existencia del nexo causal entre los hechos invocados como fuerza mayor y la inejecución del proyecto y, (iii) la afectación de la ruta crítica del proyecto a consecuencia del evento de fuerza mayor.

Es así como, si se presenta un evento con estas características, que obstaculice la realización de obligaciones o resulte en un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las mismas, y que sea debidamente calificado por el MINEM, el concesionario quedaría exonerado de responsabilidad en lo que respecta al incumplimiento del Cronograma del proyecto.

Por su parte, en el caso de las licitaciones bajo el régimen de APP y bajo el régimen de suministro de electricidad con recursos energéticos renovables, el contrato de concesión contiene un cronograma en calidad de anexo que agrupa principalmente los hitos de (i) obtención del instrumento de gestión ambiental; (ii) cierre financiero; (iii) llegada de equipos al sitio de obra; y, (iv) puesta en operación comercial, los cuales deben ser cumplidos por el titular del proyecto en un número de meses contado a partir de la fecha de suscripción del Contrato. Adicionalmente, en este tipo de Contrato suele indicarse que el titular debe presentar un cronograma más detallado que contenga los hitos antes señalados en un periodo de un (1) año aproximadamente.

Cabe indicar que, los contratos que resultan de las licitaciones bajo el régimen de APP suelen especificar dos remedios jurídicos para afrontar el incumplimiento de cualquiera de los hitos considerados en el Cronograma. Los remedios

jurídicos son el caso fortuito o fuerza mayor y la acción indebida u omisión de la autoridad competente en el otorgamiento de títulos habilitantes.

En lo que respecta al caso fortuito o fuerza mayor, estos contratos establecen que se trata de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución total o parcial de las obligaciones contractuales y/o legales por parte del concesionario. Además, suelen especificar situaciones que se consideran como casos fortuitos o de fuerza mayor; sin embargo, cualquier evento no incluido en dicha lista puede ser justificado como tal, siempre y cuando cumpla con los criterios de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad antes indicados.

Adicionalmente, estos contratos de concesión prevén un procedimiento que deberá seguir todo concesionario para solicitar la calificación de un evento como caso fortuito o fuerza mayor entre la fecha de suscripción del contrato hasta la puesta en operación comercial del proyecto.

En relación con lo mencionado anteriormente, el concesionario tiene la obligación de notificar al MINEM en un plazo de setenta y dos (72) horas después de que haya ocurrido o tenga conocimiento del evento que califica como caso fortuito o fuerza mayor. En esta comunicación, el concesionario debe detallar los hechos que constituyen dicho evento, el periodo estimado de restricción total o parcial de sus actividades, así como el grado de impacto previsto. Además, el concesionario debe mantener al concedente informado sobre el desarrollo del evento y realizar los mejores esfuerzos para reiniciar las actividades de construcción en el menor tiempo posible después de que haya tenido lugar el evento. Por último, una vez que haya concluido el evento que se pretende clasificar como caso fortuito o fuerza mayor, el concesionario dispone generalmente de diez (10) días hábiles para presentar la solicitud de suspensión de plazos debido a la ocurrencia del evento, adjuntando un informe técnico y legal.

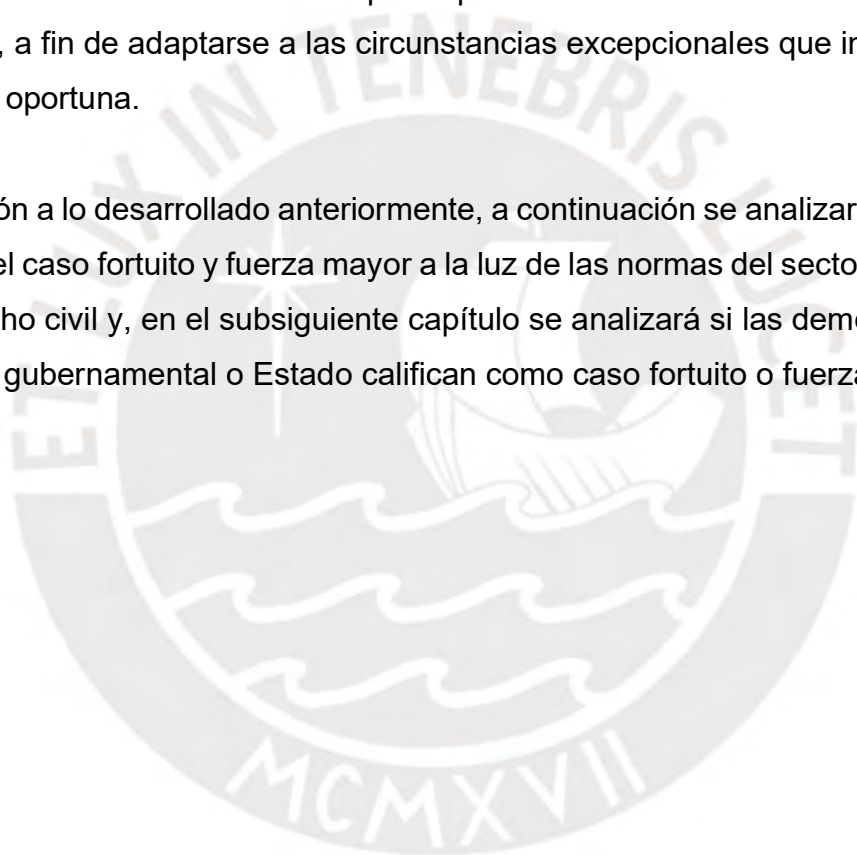
Finalmente, los contratos de suministro de electricidad con recursos energéticos renovables incluyen una cláusula de caso fortuito o fuerza mayor que sigue el

mismo esquema desarrollado para los contratos de suministro que se derivan de licitaciones bajo la normativa de APP.

Cabe resaltar que, en todos los casos indicados, la solicitud de ampliación de plazo debido a la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor debe estar debidamente respaldado y documentado para ser evaluada por el MINEM.

Es importante destacar que, el caso fortuito o la fuerza mayor no exonera a los concesionarios que la invocan de las obligaciones contractuales; sin embargo, puede justificar una extensión del plazo para la finalización de sus proyectos eléctricos, a fin de adaptarse a las circunstancias excepcionales que impiden su ejecución oportuna.

En atención a lo desarrollado anteriormente, a continuación se analizará la figura jurídica del caso fortuito y fuerza mayor a la luz de las normas del sector eléctrico y el derecho civil y, en el subsiguiente capítulo se analizará si las demoras de la autoridad gubernamental o Estado califican como caso fortuito o fuerza mayor.



CAPÍTULO 2:

SOBRE EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

La norma sectorial de electricidad, específicamente la LCE y el RLCE, indica que por causa de fuerza mayor o caso fortuito aprobado por el MINEM, se puede suspender la ejecución de las obras de un proyecto y modificar el Calendario. A mayor abundamiento, la norma sectorial no hace mayor referencia a la fuerza mayor o caso fortuito, dado que, aplica supletoriamente lo establecido en los artículos 1315° y 1317° del Código Civil, de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo.

Al respecto, el Código Civil es aplicable supletoriamente a las situaciones jurídicas concretas e instrumentos jurídicos regulados por la normativa sectorial de la materia como es el caso de las normas de electricidad. Por consiguiente, el Código Civil es aplicable supletoriamente a los contratos de concesión, en lo referente a la regulación de la fuerza mayor y caso fortuito, dado que, dicha regulación es perfectamente compatible con la norma sectorial.

Ahora bien, a nivel sectorial tenemos la Resolución Ministerial N° 518-2007-MINEM/DM del 15 de noviembre de 2007, a través de la cual el MINEM, sobre la base del caso fortuito y fuerza mayor, definió el alcance de las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad como sigue:

b.1) La imprevisibilidad: Está referida al conocimiento de las partes de algún elemento que haga imposible la ejecución de la prestación debida, al momento de celebrado el contrato, aludiendo a un criterio de predictibilidad media en base a los conocimientos normales que se tiene a dicha fecha, de tal modo que no era posible percatarse de su futura ocurrencia, por lo que el deudor sólo está obligado a tener una aptitud normal y diligente de previsión en función a la relación obligatoria, pudiendo entonces el acreedor sólo exigir un nivel mínimo de previsión.

b.2) La extraordinariedad : Está referida a que la ocurrencia de dicho hecho es una variable inconstante y aleatoria, que carece de una pauta de control y medición a la fecha, por el propio carácter anormal del evento o las remotas posibilidades de su surgimiento.

b.3) La irresistibilidad : Se refiere a que la prestación deviene imposible, a pesar de la diligencia debida que el deudor tenga en procurar el cumplimiento de la prestación, de tal modo que la normal acción humana no puede contrarrestar sus efectos.

Remontándonos hacia atrás, encontramos también que Osinergmin aprobó en el 2004, a través de la Resolución de Osinergmin N° 010-2004-OS/CD, la directiva para evaluar las solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución. Considerando que la actividad de transmisión y distribución de electricidad se trata de un servicio público con un alto componente de interés general, dicha directiva buscó establecer criterios objetivos y estandarizados que sirvieran de base para mejorar el procedimiento de evaluación y calificación de los eventos como fuerza mayor o caso fortuito. Es preciso notar que, la relevancia de contar con dicha directiva se sustenta en el impacto de los cortes de suministro por cuestiones de fuerza mayor o caso fortuito en los usuarios afectados, es decir, los miembros de la sociedad.

Finalmente, situándonos en el presente año, puntualmente en el mes de junio, OSINERGMIN aprobó el “Procedimiento para la calificación de solicitudes de exclusión de interrupciones del servicio eléctrico para el cálculo de compensaciones”, a través del cual se aborda el procedimiento para calificar la fuerza mayor en el caso de interrupciones del servicio eléctrico no programado.

Luego de referirnos a las principales normas o resoluciones que hacen alusión a la fuerza mayor o caso fortuito en la normativa sectorial, corresponde ahora abordar estas figuras considerando lo establecido en el Código Civil y cualquier otra norma en materia civil que resulte aplicable.

En atención a lo establecido en el Código Civil, el caso fortuito y fuerza mayor es una especie de la causa no imputable, entendida como la categoría general de las eximentes de responsabilidad civil recogidas en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe resaltar que, el caso fortuito y fuerza mayor tienen la capacidad de liberar al deudor afectado del deber de cumplimiento, dado que, la legislación nacional se acoge al concepto genérico de causa no-imputable. Como dato adicional, la causa no imputable sería tan amplia que subsumiría al caso fortuito y la fuerza mayor (además del hecho del acreedor y el hecho de tercero)¹¹.

¹¹ En parte, estas excepciones se encuentran en los artículos 1326° y 1327° del Código Civil, además de que se complementan con el contenido de lo afirmado en el artículo 1972° del Código Civil. Si bien la

Para complementar lo anterior, el artículo 1315° del Código Civil regula el caso fortuito y fuerza mayor, que son consideradas como causas no-imputables en las que concurren las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Al respecto, ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, los mismos deben impedir parcial o totalmente que el sujeto obligado o deudor cumpla con sus obligaciones.

Por su parte, el artículo 1314° del Código Civil dispone que el sujeto afectado o el deudor requiere actuar con la diligencia ordinaria para no ser responsable por la inejecución de sus obligaciones o por su cumplimiento irregular o defectuoso. Nótese que, el artículo 1314° no se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad civil sino también a la diligencia ordinaria en la actuación de la persona afectada.

Ahora bien, no cualquier evento puede ser calificado como una causa no imputable, dado que, para ello, se exige que el evento cuya materialización impide que el deudor cumpla con lo comprometido sea extraordinario, imprevisible e irresistible según el artículo 1315° del Código Civil.

Sobre la base del punto anterior, la extraneidad o ajenidad de la causa no-imputable significa que el evento es realizado o surge por hechos de la naturaleza (“caso fortuito”) o de la conducta u omisión de un sujeto distinto al incumplidor (“fuerza mayor o hecho de tercero”) o, por lo menos, que no forma parte de la esfera jurídico-patrimonial del deudor (esto es, que no forme parte de su estructura económico-empresarial o que el deudor no se encuentre legalmente obligado a responder contractualmente por sus actos. De esta manera, a diferencia de las posiciones clásicas que consideraban a la causa no-imputable como un evento ajeno a la voluntad del deudor, hoy se presta atención a si el acontecimiento se encuentra fuera del ámbito o esfera de control del deudor (FERNANDEZ Y LEÓN 2003:492).

última norma disciplina la responsabilidad extracontractual, se admite pacíficamente que dicha norma se puede extender sea analógicamente sea por aplicación inmediata a los casos de responsabilidad por incumplimiento.

En síntesis, constituirá una causa no-imputable aquel acontecimiento que no podía (ni debía) ser controlado por el deudor, toda vez que su materialización en la realidad se encuentra atada a hechos de la naturaleza o al comportamiento de sujetos distintos al deudor o de aquellos que se encuentran sometidos a su control. En otras palabras, si el evento que causa el incumplimiento se reconduce a eventos naturales o actos humanos que el deudor no se comprometió a controlar o bien se vinculan a riesgos externos a su estructura jurídico-comercial, entonces el deudor no será responsable de un eventual incumplimiento. Así, el costo del evento que motiva el incumplimiento será soportado por el acreedor, toda vez que no podrá trasladar lícitamente los costos anexos al evento de incumplimiento al deudor.

Bien vistos los presupuestos de hecho y derecho, el requisito de ajenidad es medular para la definición de la causa no imputable pues su acreditación explica la liberación de responsabilidad del deudor, dado que puede reprochársele (jurídica o económicamente) la existencia de hechos, actos u omisiones de terceros.

Por consiguiente, respecto a la calificación y diferenciación del caso fortuito de la fuerza mayor, es preciso señalar que típicamente los fenómenos naturales y los actos de Gobierno reúnen como notas características la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, siendo que la discusión en la doctrina ha sido etiquetar a los primeros bajo la nomenclatura de casos fortuitos y a los segundos bajo la nomenclatura de eventos de fuerza mayor.

Ahora bien, en una primera aproximación, CASTRO RUIZ (2015:482) señala:

Una práctica común en el ámbito internacional actual es introducir cláusulas de fuerza mayor, desde las más sencillas hasta las más complejas, cuya utilidad aumenta cuando se trata de operaciones delicadas que pueden verse gravemente perturbadas por accidentes naturales, actos del príncipe o hechos de terceros. La *lex mercatoria* como derecho profesional emanado de los empresarios reconoce estas prácticas; los instrumentos internacionales —como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional y los Principios UNIDROIT— avalan la eficacia de la voluntad de las partes y esta se hace efectiva, principalmente en sede arbitral.

A mayor abundamiento, OSTERLING y CASTILLO (2003:612-613), citando a LAFAILLE, mencionan que:

Héctor Lafaille,⁵³⁰ admitiendo la equiparidad, sostiene que a partir del *Digesto* se estableció una distinción, designando bajo el nombre de caso fortuito «a los hechos de la naturaleza» y bajo la denominación de fuerza mayor «a los procederes de la autoridad». El caso fortuito obedecería, pues, a las fuerzas físicas de la naturaleza o de Dios (*act of God*, según la expresión del Derecho Anglo-americano) y la fuerza mayor al «acto del príncipe», al *factum principis*, incorporándose en este último concepto, además, ciertos hechos de terceros.

Vemos que el caso fortuito y la fuerza mayor, dentro de esta conceptualización, se equiparan en cuanto a la imposibilidad e inimputabilidad, y difieren en la causa determinante de tal imposibilidad de cumplimiento. Así, la fuerza mayor constituye el «acto del príncipe» (según la fórmula clásica), incluyendo en ella ciertos hechos de tercero, los mismos que ciertamente no provienen de la autoridad, pero menos aun de la naturaleza o de Dios.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO sobre los actos de Gobierno o hechos del príncipe sostiene que constituyen eventos de fuerza mayor al verificarse que son extraños a los cálculos de las partes (extraordinario), que el deudor empleó la diligencia ordinaria para preverlos y no tuvo éxito (imprevisible), y que el deudor no pudo superarlos (irresistible).

El término "factum principis" o hechos del príncipe se refiere a los actos de las Administraciones públicas que deben ser respetados y que pueden obstaculizar una obligación a cargo de un administrado. Aunque estos eventos pueden parecer imprevisibles para el deudor, se argumenta que este tiene la responsabilidad de superar cualquier obstáculo mediante acciones diligentes. La falta de utilización de recursos legales disponibles o la adopción de una postura pasiva ante las decisiones administrativas podrían hacer al deudor responsable. Por ejemplo, en caso de denegación de autorización administrativa, el deudor debe agotar recursos habituales para cumplir temporalmente con la obligación

(DIEZ-PICASO 1996:591).

De forma complementaria, OSTERLING (1988) sostiene lo siguiente:

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)–.

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay, necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.

Como se evidencia, resulta difícil tratar el concepto de fuerza mayor sin vincularlo al caso fortuito, ya que la distinción anterior entre los actos de Dios (considerados caso fortuito) y las acciones humanas o gubernamentales (denominadas fuerza mayor) continúa siendo fundamental en la doctrina y jurisprudencia en Perú.

En atención a las consideraciones previas, de lo todo lo desarrollado podemos verificar que las notas características que deben concurrir para que un evento sea calificado como fuerza mayor, está referida a que sea:

- (i) **Extraordinario:** Esta característica hace referencia a que el evento atenta o irrumpe el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Es decir, su configuración no es probable en circunstancias normales, por lo tanto, se encuentra dentro del campo de lo excepcional.
- (ii) **Imprevisible:** Esta característica hace referencia a que el evento supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. Es decir, se exige un nivel mínimo de diligencia ordinaria o cuidado standard al deudor para ingresar a la inimputabilidad.

(iii) **Irresistible:** Esta característica denota que la persona (en este caso el deudor) es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento”.

Por lo tanto, de configurarse un evento con estas características, el deudor de la obligación queda liberado de responsabilidad ya que estos hechos no le resultan imputables. No obstante, lo anterior no quiere decir que el deudor afectado por el evento de caso fortuito o fuerza mayor no hará ningún esfuerzo para reanudar sus actividades. Por el contrario, el mencionado deudor hará sus mejores esfuerzos para reanudar sus actividades en el menor plazo posible y para que el evento de caso fortuito o fuerza mayor concluya anticipadamente.



CAPÍTULO 3:

ANÁLISIS DE LAS DEMORAS DEL ESTADO O AUTORIDAD GUBERNAMENTAL COMO CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

En el marco del régimen general de los contratos sectoriales, los concesionarios mantienen permanente contacto con el MINEM. Esta entidad desempeña un doble papel, por un lado, como promotor del sector y, por el otro lado, como otorgante de los permisos o títulos habilitantes necesarios para que los concesionarios puedan llevar a cabo sus proyectos conforme a los plazos previstos. En este contexto, es frecuente que el MINEM incurra en demoras al conceder las concesiones o autorizaciones, excediendo los plazos legales establecidos. Sin embargo, es importante destacar que el MINEM rara vez reconoce estas demoras como propias, y quienes resultan siendo los afectados son los concesionarios. En numerosas ocasiones, los concesionarios intentan argumentar que estas demoras deberían considerarse como casos fortuitos o de fuerza mayor, pero su solicitud suele ser rechazada de manera consistente.

Este panorama suscita la interrogante de si las demoras concretamente del MINEM pueden ser calificadas o no como caso fortuito o fuerza mayor, considerando que son demoras no imputables a los concesionarios. Nótese que, las normas sectoriales consideran como único remedio legal el caso fortuito y la fuerza mayor; por consiguiente, si las demoras del MINEM no califican como caso fortuito o fuerza mayor, los concesionarios resultaran siendo los más perjudicados incluso por partida doble.

Sumado a lo anterior, la consecuencia más desfavorable de que no se califique la demora de la autoridad gubernamental como caso fortuito o fuerza mayor radica en que los concesionarios, en ausencia de esta calificación, carecen de otros recursos legales disponibles en el marco normativo sectorial para proteger sus intereses. Es decir, los concesionarios se encuentran sujetos a que estas demoras sean consideradas exclusivamente como un evento de caso fortuito o fuerza mayor al amparo de las normas del sector eléctrico.

Por otro lado, en el caso de las licitaciones derivadas del régimen de APP, los concesionarios encuentran mayor protección legal y contractual, dado que dichos contratos de concesión contemplan, además de la figura del caso fortuito y fuerza mayor, un nuevo remedio jurídico denominado la acción indebida u omisión de la autoridad competente en el otorgamiento de títulos habilitantes tales como concesiones, derechos superficiales, autorizaciones, permisos entre otros vinculados a la puesta en operación comercial de los proyectos.

Considerando lo anterior, únicamente nos interesa tener como objeto de estudio en esta sección a la demora del MINEM en el otorgamiento de títulos habilitantes bajo el régimen de contratos de concesión sectoriales, a efectos de evaluar si dicho supuesto de hecho se subsume en un evento de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual se debe cumplir con las características de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad.

Para estos efectos, a continuación analizaremos si la demora del MINEM en el otorgamiento de títulos habilitantes califica o no como caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual analizaremos si reúne las tres notas características para calificar un evento como caso fortuito o fuerza mayor, a saber las siguientes:

(i) **Extraordinario:**

Conforme al marco jurídico desarrollado, lo extraordinario hace referencia a que el acontecimiento o evento atenta o irrumpe el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos. Es decir, no es probable que ello ocurra en circunstancias normales, encontrándose dentro de lo excepcional. Entonces, conviene preguntarnos si en condiciones normales es probable que el MINEM incurra en demoras y la respuesta es afirmativa, con lo cual no es extraordinario que el MINEM demore en evaluar y pronunciarse sobre la solicitud de títulos habilitantes impulsados por un concesionario.

A partir de una investigación general se puede notar que muy pocas concesiones eléctricas son otorgadas por el MINEM respetando el plazo legal previsto en la normativa sectorial y en el Texto Único de Procedimientos Administrativos

(TUPA). Con ello, queda corroborado que la demora del MINEM no califica como un evento extraordinario, con lo cual, podríamos sostener que no se trata de un evento de caso fortuito o fuerza mayor. No obstante lo anterior, se procederá a seguir analizando las demás características.

Antes de pasar a analizar la siguiente característica, notamos que, en realidad, la demora atribuible al MINEM configura el ejercicio no ordinario de sus funciones públicas como autoridad administrativa, toda vez que, en el marco del principio de legalidad, esta entidad debe cumplir con emitir sus actos administrativos dentro de los plazos legales establecidos y ajustándose al procedimiento administrativo que rige sus diferentes actuaciones.

Nótese que, en virtud de los artículos 64, inciso 7 y 140 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo¹², los plazos son entendidos como máximos y obligan tanto al MINEM como a los administrados a respetarlos, siendo derecho de estos últimos exigir a las autoridades el cumplimiento de dichos plazos.

En efecto, el MINEM como autoridad administrativa se encuentra regida por el principio de legalidad, el cual estipula que el MINEM debe actuar en el marco de las facultades que les han sido atribuidas y con sujeción a la Constitución y a las leyes vigentes. Por su parte, el concesionario tiene el legítimo derecho de esperar que el MINEM ejecute sus obligaciones contractuales cumpliendo con las normas que regulan las actividades estatales, incluyendo el pronunciamiento

¹² T.U.O de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

“Artículo 64.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

7. Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades (...). (Énfasis y subrayado agregados)

“Artículo 140.- Obligatoriedad de los plazos y términos

140.1 Los plazos y términos son entendidos como máximos, se computan independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la administración y a los administrados, sin necesidad de apremio, en aquello que respectivamente les concierna. Los plazos para el pronunciamiento de las entidades, en los procedimientos administrativos, se contabilizan a partir del día siguiente de la fecha en la cual el administrado presentó su solicitud, salvo que se haya requerido subsanación en cuyo caso se contabilizan una vez efectuada esta.

140.2 Toda autoridad debe cumplir con los términos y plazos a su cargo, así como supervisar que los subalternos cumplan con los propios de su nivel.

140.3 Es derecho de los administrados exigir el cumplimiento de los plazos y términos establecidos para cada actuación o servicio.” (Énfasis y subrayado agregados)

a través de un acto administrativo. En ese orden de ideas, en el escenario ideal, el MINEM debería cumplir con sus plazos legales; no obstante, no resulta extraordinario que incurra en demoras en la atención de las solicitudes de los administrados excusándose la mayoría de las veces en la cantidad de carga por despachar y el reducido personal de trabajo de cada una de sus direcciones.

Por las consideraciones antes expuestas, la demora del MINEM no debería ser estimado como probable; por consiguiente, deja de ser un actuar extraordinario, en tanto es una práctica repetitiva en la que incurre esta autoridad administrativa, que poco a poco se ha ido normalizando en la práctica jurídica del sector.

(ii) **Imprevisible:**

En virtud del principio de legalidad y de los plazos establecidos por el TUPA del MINEM, la situación que espera el concesionario al presentar su solicitud bajo un procedimiento administrativo es contar con un pronunciamiento expreso y oportuno del MINEM. Es decir, bajo una aptitud normal, el concesionario no puede prever un resultado diferente. No obstante, bajo la casuística y los antecedentes, el concesionario si puede encontrarse en una posición en la que podría prever mejor la ocurrencia de este hecho o hacer sus mejores esfuerzos para mitigarlo, con lo cual la demora del MINEM no configuraría un acontecimiento o evento imprevisible.

No obstante lo anterior, tanto el MINEM como el concesionario tienen el deber de impulsar de oficio el procedimiento para contar con un pronunciamiento formal en el plazo establecido. En ese extremo, vale precisar que el concesionario no debe permanecer inerte, pasivo o desvinculado de las actuaciones del MINEM. Por el contrario, el concesionario siempre debe cumplir con subsanar oportunamente las observaciones formuladas por el MINEM, a efectos de que el pronunciamiento de la autoridad se materialice, a pesar inclusive de que el plazo máximo legal se encuentre expirado. Sin embargo, ni siquiera esa posición activa le alcanza al concesionario para negar que se trata de un evento previsible para este.

Asimismo, en aplicación del 1314° del Código Civil, el concesionario debe contar con la diligencia ordinaria requerida, entendida como una actuación asociada a las obligaciones asumidas contractual y legalmente, y a la particular coyuntura involucrada (FERNÁNDEZ 2004:857). Por su parte, el concesionario debe realizar las acciones oportunas y necesarias (inclusive en exceso) como administrado y parte contractual, para poder obtener un pronunciamiento del MINEM.

(iii) **Irresistible:**

Fluye de los numerales anteriores que, a pesar de la diligencia ordinaria que emplea el concesionario durante el trámite de lo solicitado bajo el TUPA, no es inevitable ni insuperable que se configure la demora imputable al MINEM, dado que dicho acontecimiento tampoco es extraordinario ni imprevisible. Es así como, la demora imputable al MINEM es un evento irresistible.

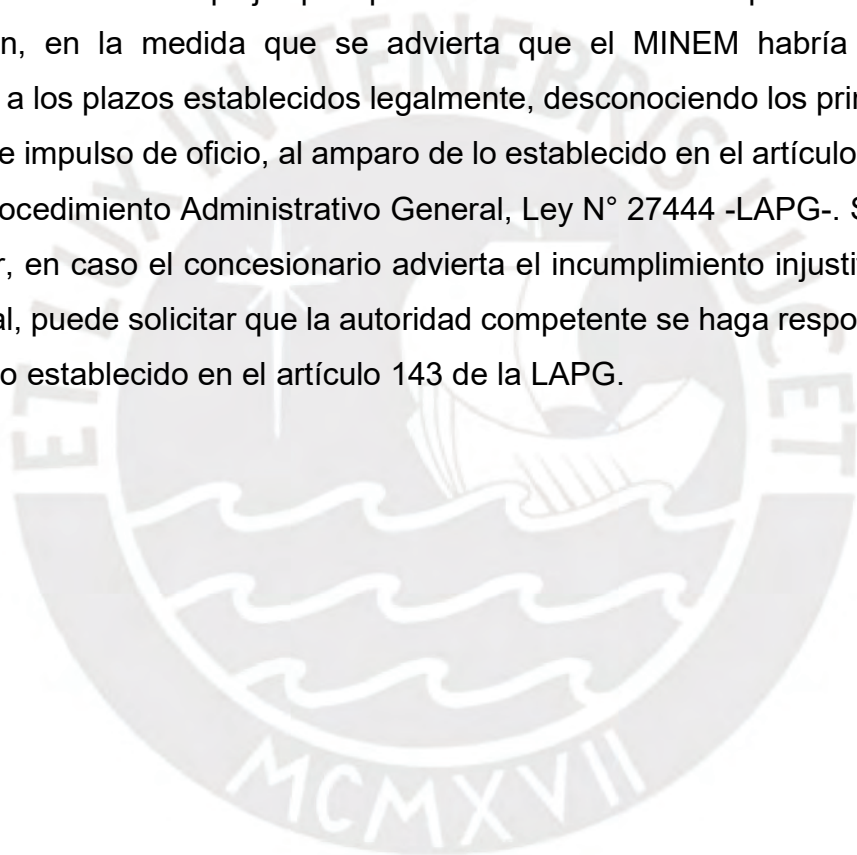
En atención al análisis efectuado, en opinión del autor, la demora del MINEM en la emisión de acto administrativo con el que se otorga el título habilitante requerido por el concesionario no se trata de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, toda vez que, no concurren las características requeridas para estar frente esos supuestos, en la medida que no es un evento extraordinario ni tampoco imprevisible. Siendo ello así, conviene preguntarnos por las alternativas legales con las que contaría el concesionario, a fin de que la demora del MINEM no afecte la ejecución del proyecto de su titularidad y este último no se perjudique por el retraso de los hitos del Calendario del proyecto.

Ahora bien, a criterio del autor existen dos alternativas para que las demoras del MINEM no terminen afectando al concesionario en la ejecución de sus proyectos.

La primera opción es convenir con el concesionario (MINEM) para que se incluya en el contrato de concesión sectorial una cláusula donde se acuerde que, ante la demora del MINEM en el otorgamiento de títulos habilitantes a favor del concesionario, se reconocerá a favor de este último el plazo en exceso para que postergue los hitos de su Calendario.

La segunda opción es una variante a la primera alternativa, dado que se propone la inclusión del remedio contractual de la acción u omisión de la autoridad gubernamental competente en el otorgamiento de los títulos habilitantes. Cabe precisar que, al igual que en régimen de licitaciones bajo APP, la acción u omisión del MINEM estaría condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos tales como la presentación de información sustentatoria, plazos, entre otros.

Finalmente, otras alternativas más formales que de fondo consisten en la presentación de una queja por parte del concesionario por defectos de tramitación, en la medida que se advierta que el MINEM habría cometido infracción a los plazos establecidos legalmente, desconociendo los principios de legalidad e impulso de oficio, al amparo de lo establecido en el artículo 158 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 -LAPG-. Sumado a lo anterior, en caso el concesionario advierta el incumplimiento injustificado del plazo legal, puede solicitar que la autoridad competente se haga responsable en virtud de lo establecido en el artículo 143 de la LAPG.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El caso fortuito y la fuerza mayor en el contexto normativo de electricidad en el Perú destaca su interrelación con el Código Civil y otras normativas sectoriales. El caso fortuito y la fuerza mayor tiene como características medulares la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad para eximir al deudor de responsabilidad. En el caso de estas figuras, la importancia recae en la capacidad de liberar al deudor de responsabilidad siempre que se demuestre la ajenidad del evento a su control. Además, se destaca la diligencia ordinaria requerida del deudor y cómo las normativas permiten ajustes en los calendarios bajo la aprobación del MINEM siempre que se sustenten en un caso de caso fortuito o fuerza mayor.
2. Según el análisis realizado, las demoras del MINEM en el otorgamiento de títulos habilitantes para proyectos eléctricos bajo contratos de concesión sectoriales no califican como caso fortuito o fuerza mayor dado que no cumplen con las características de extraordinariedad e imprevisibilidad.
3. Considerando que las demoras del MINEM no califican como caso fortuito ni fuerza mayor y que el concesionario se ve afectado por la falta de reconocimiento formal de estas demoras, se plantean alternativas como la inclusión de cláusulas contractuales que reconozcan el plazo adicional para ajustar el calendario del proyecto, o la adopción de un remedio contractual específico consistente en la acción u omisión del MINEM en el otorgamiento de títulos habilitantes. Estas opciones buscan mitigar el impacto de las demoras en la ejecución de los proyectos y proteger los intereses de los concesionarios.
4. Dada la recurrencia de las demoras en el otorgamiento de títulos habilitantes por parte de diferentes autoridades gubernamentales, se sugiere a los concesionarios que planteen a tales autoridades la posibilidad de incluir cláusulas contractuales específicas en los contratos de concesión sectoriales que puedan reconocer formalmente la posibilidad de ajustar el

calendario del proyecto en caso de demoras imputables al MINEM, reconozcan plazos adicionales, entre otras alternativas.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE RAMÍREZ, M. (2019). El excesivo uso de la fuerza mayor para la ampliación de plazos en proyectos del sector eléctrico. THEMIS Revista De Derecho, (74), 55-75. <https://doi.org/10.18800/themis.201802.014>.
- CASTRO RUIZ, M. (2015). Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula? En: Revista de Derecho PUCP (74).
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Segundo: Las Relaciones Obligatorias. Madrid: Editorial Civitas.
- FERNÁNDEZ CRUZ, G. y LEÓN HILARIO, L. (2003). Comentarios al artículo 1314° del Código Civil. En: Código Civil Comentado. Tomo VI. Lima.
- FERNÁNDEZ CRUZ, G. (2004). Comentarios al artículo 1314° del Código Civil. En: Código Civil Comentado: por los 100 mejores especialistas. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, p. 857.
- HUAPAYA TAPIA, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). En: Revista Ius Et Veritas (46).
- OSTERLING PARODI, Feli. y CASTILLO FREYRE, M. (2003). Tratado de las Obligaciones. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. XVI.

- OSTERLING PARODI, F. (1988). Las Obligaciones. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, vol. VI.
- OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M. (2003). Tratado de las Obligaciones. Tomo XI. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Resolución Ministerial N° 518-2007-MINEM/DM de fecha 15 de noviembre de 2007, a través de la cual se declara fundada en parte la impugnación interpuesta contra la Resolución Ministerial N° 338-2007-MEM/DM y se aprueba la modificación del Cronograma de Ejecución de Obras de la Central Térmica Chilca.
- Resolución de Osinergmin N° 010-2004-OS/CD, a través de la cual se aprueba la directiva para evaluar las solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución.
- Resolución de Osinergmin N° 124-2023-OS/CD, a través de la cual se aprueba el “Procedimiento para la Calificación de Solicitudes de Exclusión de Interrupciones del Servicio Eléctrico para el Cálculo de Compensaciones”.