

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 10-2019-OS/DSE**

Lima, «osifecha»

Procedimiento: Calificación como Fuerza Mayor 201900024975	SIGED	N°:
Asunto: Recurso de Apelación	EXP N°: FMT-2019-0035	
Recurrente: ELÉCTRICA YANAPAMPA S.A.C.		
Resolución impugnada: 17-2019-OS/DSE/GEN		

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante la Carta N° EYSAC-GG-013-2019, recibida el 13 de febrero de 2019, ELÉCTRICA YANAPAMPA S.A.C. (en adelante, YANAPAMPA) comunicó a Osinergmin sobre el evento ocurrido el 11 de febrero de 2019, que restringió la operación regular de la Central Hidroeléctrica Yanapampa (en adelante, CH Yanapampa) y, por ende, la energía dejada de inyectar al SEIN, conforme al compromiso de inyección anual de energía eléctrica en mérito al Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al SEIN, suscrito con fecha 31 de marzo de 2010. Manifestó que el referido evento se produjo como consecuencia del incremento inusual del caudal del río Pativilca que trajo consigo un huayco originado aguas arriba, compuesto por una gran cantidad de lodo, piedras, troncos, palizada, y otros residuos y material particulado.
- 1.2. Mediante la Carta N° EYSAC-GG-019-2019, recibida el 26 de febrero de 2019, YANAPAMPA solicitó a Osinergmin la calificación como fuerza mayor por el evento ocurrido el 11 de febrero de 2019 en la CH Yanapampa, para la aplicación de la energía dejada de inyectar conforme al Procedimiento Técnico COES N° 38. Asimismo, señaló que el periodo de duración de los efectos de la calificación del evento como fuerza mayor deberá extenderse mientras duren las lluvias inusuales y los huaycos, puesto que, a dicha fecha, aún la CH Yanapampa está en reparación.
- 1.3. Mediante la Carta N° EYSAC-GG-022-2019, recibida el 5 de marzo de 2019, YANAPAMPA complementa el pedido de aprobación de fuerza mayor, precisando que el periodo de duración comprende desde las 23:00 horas del 11 de febrero de 2019 hasta las 14:00 horas del 3 de marzo de 2019.
- 1.4. Mediante la Carta N° EYSAC-GG-028-2019, recibida el 2 de abril de 2019, YANAPAMPA remitió a Osinergmin información complementaria a su solicitud de calificación de fuerza mayor.
- 1.5. A través de la Resolución N° 11-2019-OS/DSE/GEN, emitida y notificada el 7 de mayo de 2019, se declaró infundada la solicitud de calificación de fuerza mayor.
- 1.6. Mediante el documento s/n, recibido el 28 de mayo de 2019, YANAPAMPA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 11-2019-OS/DSE/GEN y solicitó el uso de la palabra.

- 1.7. Con fecha 25 de junio de 2019, se realizó la audiencia de informe oral solicitada por YANAPAMPA, en la que sus representantes expusieron los fundamentos de su solicitud de calificación como fuerza mayor.
- 1.8. Mediante el documento s/n, recibido el 25 de junio de 2019, YANAPAMPA presentó los argumentos expuestos en la audiencia de informe oral.
- 1.9. Mediante el documento s/n, recibido el 5 de julio de 2019, YANAPAMPA remitió a Osinergmin argumentos complementarios al recurso de reconsideración interpuesto.
- 1.10. A través de la Resolución N° 17-2019-OS/DSE/GEN, emitida y notificada el 19 de julio de 2019, se declaró infundado el recurso de reconsideración.
- 1.11. Mediante el documento s/n, recibido el 12 de agosto de 2019, YANAPAMPA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 17-2019-OS/DSE/GEN, manifestando lo siguiente:
 - a) **Sobre los requisitos legales que debe considerarse, según las fuentes del Derecho en el Perú, para atender específicamente toda solicitud de calificación de Fuerza Mayor ante circunstancias ajenas a los Generadores RER que ocasionan una menor inyección de energía en el SEIN por parte de éstos de la totalidad de la energía que se comprometieron los mismos (frente al Estado peruano) a inyectar anualmente en el SEIN en mérito de sus Contratos de Suministro RER suscritos, para efectos de la determinación de la EDI por parte del COES por interrupción o reducción de producción de electricidad de tales Generadores RER**
 - El PR-38 establece que: *"(...) los periodos de interrupción o reducción de la producción de centrales de generación RER a ser considerados para la determinación de la EDI, serán los originados por: (...) c) Causas de fuerza mayor calificadas por el Osinergmin".*
 - En la medida que no existe una normativa especial que regule las consideraciones que debe seguir Osinergmin para atender solicitudes que califiquen como fuerza mayor de Generadores RER que ocasionan una menor inyección de energía en el SEIN, en mérito de sus Contratos de Suministro RER, debe basarse en lo dispuesto en el Código Civil peruano, y en particular, en el artículo 1315 que expresamente establece: *"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".*
 - Toda circunstancia que haya ocasionado una menor inyección de energía en el SEIN por parte de un Generador RER, y que sea alegada ante Osinergmin como fuerza mayor, deberá ser calificada como tal por Osinergmin, en tanto que se verifique que dicha circunstancia es extraordinaria, imprevisible e irresistible, e impidió al Generador RER respectivo la inyección de energía en el SEIN que programó inyectar, en concordancia con su compromiso anual de inyección asumido frente al Estado peruano en mérito de la suscripción de su Contrato de Suministro RER, u ocasionó al Generador RER una inyección de energía en el SEIN parcial, tardía o defectuosa.

- Al no existir mayor desarrollo normativo con respecto al artículo 1315 del Código Civil que permita la precisa y cabal comprensión de su definición, su contenido, el bien jurídico que protege, sus alcances y, por tanto, su aplicación arreglada a Derecho, es la doctrina tanto nacional como internacional a la que debe acudir todo aquél al que le corresponda hacer justicia; entonces corresponde a Osinergmin atender las solicitudes de todo Generador RER, considerando no sólo lo establecido expresamente por el artículo 1315 del Código Civil, sino también lo señalado por la doctrina sobre su definición, su contenido, el bien jurídico que protege, sus alcances y, por tanto, su aplicación arreglada a Derecho.
- Respecto al artículo 1315 del Código Civil, la doctrina, en total armonía y sin discusión alguna, señala que una circunstancia es extraordinaria cuando ésta no es usual o está fuera del orden normal de las cosas o de los sucesos o del pensamiento humano; es imprevisible cuando ésta es imposible de prever o cuando excede la aptitud razonable de prever o cuando no existe razón para pensar que sucederá; y es irresistible cuando ésta no puede o es imposible de evitar, a pesar de haberse podido prever.
- Sobre el particular, hace mención de doctrina publicada por juristas nacionales e internacionales como Felipe Osterling Parodi, Atilio Aníbal Alterini, Diego Espín Canovas y Marcela Castro Ruiz, siendo que, respecto de esta última jurista, cita algunos artículos publicados en la revista de derecho de la PUCP que se señalan a continuación: a) *“Si bien las definiciones de fuerza mayor o caso fortuito-nociones que suelen equipararse en sus efectos liberatorios- son más afortunadas en unos sistemas que en otros, como regla general se califica estos fenómenos como eventos posteriores a la celebración del contrato, que se producen sin mediar culpa del deudor, que no podían ser razonablemente previstos al tiempo de la conclusión del negocio (...)”*; b) *“(...) Lo imprevisto es aquello cuya ocurrencia no es razonable esperar, por su carácter extraordinario o poco usual, requisito que debe juzgarse apreciando el tiempo en el que nació la obligación, pues al momento de contratar es cuando el deudor debe hacer una evaluación franca de los riesgos que en concreto puede enfrentar (...)”*; y, c) lo extraordinario y previsible deben considerarse al tiempo de contraerse la obligación *“(...) a diferencia de la irresistibilidad que se presenta al momento de cumplirla (...)”*.
- Conforme lo establecido en el artículo 1315 del Código Civil y la doctrina, la aplicación a todo pedido por parte de un Generador RER de incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de su compromiso de inyección en el SEIN debe implicar, obligatoriamente, que se analice desde un punto de vista formal: a) si la circunstancia invocada como fuerza mayor por el Generador RER puede considerarse (o no) como extraordinaria e imprevisible por parte del referido Generador RER, a la luz de si la misma era (o no) extraordinaria e imprevisible para éste al momento de la suscripción de su correspondiente contrato, e irresistible al momento de verificarse la ocurrencia de dicha circunstancia; y, b) si esa circunstancia invocada como fuerza mayor es la que ha ocasionado o no que el Generador RER incumpla parcial, tardío o defectuosamente su compromiso de inyección en el SEIN; y desde un punto de vista material, si el Generador RER que ha invocado la circunstancia como fuerza

mayor influyó o no en el hecho que su prestación (en este caso, su compromiso de inyección en el SEIN de acorde a su Contrato) se haya vuelto irrealizable.

- Por tanto, todo pronunciamiento con respecto a una solicitud de fuerza mayor, en ausencia del análisis de irrealizabilidad referido, de un lado, no supondría la aplicación al caso concreto de toda la regulación de fuerza mayor contenida en las fuentes del Derecho aplicables precisamente a los casos de fuerza mayor EDI (en este caso, en las Leyes: el artículo 1315 del Código Civil y la doctrina), contraviniéndose así el Derecho; y de otro lado, no sólo negaría la protección del principio fundamental del Derecho Universal que pregona que *"nadie está obligado a lo imposible"*, en el que precisamente descansa el instituto jurídico de la fuerza mayor, por ser precisamente ese principio el bien jurídico protegido por el referido instituto, sino además que el propio instituto de la fuerza mayor contenido en el artículo 1315 del Código Civil quedaría vacío de contenido, al no cumplir con su rol protector de un bien jurídico y, no cabe interpretación de norma alguna válida en el Derecho peruano, tal como ha señalado sendas veces el Tribunal Constitucional, que la vacíe de contenido.
- De la propia práctica y antecedentes de resoluciones de solicitudes de calificación de fuerza mayor, se desprende la claridad conceptual que ha venido teniendo Osinergmin (hasta este caso) sobre lo que constituye una correcta aplicación de las Leyes a los casos de fuerza mayor EDI, precisando como ejemplo, el caso materia de la solicitud de calificación de fuerza mayor de febrero de 2016, presentada con ocasión de la verificación del forado ocurrido en el piso del primer escalón del canal de demasía de la CH Yanapampa a raíz de la caída de material particulado.
- Osinergmin debió calificar, sí o sí como fuerza mayor, la circunstancia alegada por YANAPAMPA, para evitar la contravención del Derecho y la negación tanto de la protección de principios fundamentales del Derecho Universal, así como del seguimiento armonioso de la práctica y los antecedentes y, no incurrir en una incorrección legal o ilegalidad manifiesta, toda vez que la referida circunstancia alegada (que YANAPAMPA habría podido conocer al tiempo o momento de suscribir el Contrato de Suministro RER), resulta inusual o está fuera de lo común o fuera del orden normal de las cosas o de los sucesos o del pensamiento humano y, por tanto, resultaba imposible de prever o excedía la aptitud razonable de ser prevista o no había razón para pensar que sucedería; era imposible ser evitada, al momento de verificarse, incluso, a pesar de haberse podido prever, y; ocasionó la imposibilidad de inyectar energía al SEIN, según lo programado de acorde con su compromiso anual de inyección materia de su Contrato de Suministro RER.

b) Sobre la circunstancia cuya calificación como Fuerza Mayor solicitó ELÉCTRICA YANAPAMPA a la Jefatura, y la cual debió ser considerada por ésta para resolver

- La circunstancia cuya calificación como fuerza mayor solicitó a Osinergmin es la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre por el mismo, de bloques de rocas de inmensas dimensiones, grandes árboles y troncos, y piedras, lodo, palizada, residuos y demás material particulado, ocurrida a las 23:45 horas del 11 de febrero de 2019. La causa de la caída y arrastre del referido material podría haber estado constituida por la verificación de un huayco en general, asociado a lluvias (en

general), o cualquier otra causa, como lo podría ser la verificación de un terremoto o la caída de un meteorito, o la caída de un ovni, o la verificación de acciones de vandalismo en las inmediaciones de la CH Yanapampa; sin embargo, la casusa de la calificación de fuerza mayor solicitada, no es la caída y arrastre por el canal de la CH Yanapampa del agresivo material particulado, sino por la destrucción de aproximadamente 60 metros del referido canal a raíz de la caída y arrastre por ese agresivo material particulado.

- Lo que se esperaba, es que Osinergmin, lejos de proceder a evaluar la extraordinariedad e imprevisibilidad de los huaycos asociados a lluvias que se presentan en la zona de influencia de la CH Yanapampa, y si dichos huaycos causaron la menor inyección de energía en el SEIN, hubiese evaluado si la extraordinariedad e imprevisibilidad de la circunstancia invocada, esto es, la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre del agresivo material particulado, constituía una situación usual (o lo que es lo mismo, una situación ordinaria, o común, o una situación posible de prever o no). En ambos casos, al momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER (y por tanto, según la información de la que disponía YANAPAMPA en aquella oportunidad) se evaluase si la circunstancia invocada ocasionó o no, que YANAPAMPA no pudiese inyectar en el SEIN la energía proyectada; situación que está en relación directa a su compromiso anual de inyección asumido con el Estado peruano y el asumir penalizaciones de cualquier tipo asociadas al incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la inyección del caso, cuando la empresa no es responsable del incumplimiento. Todo ello, bajo el entendido que Osinergmin, al hacer justicia, debe respetar el artículo 1315 del Código Civil y la doctrina, en el marco del principio fundamental del Derecho Universal y bien jurídico protegido por las Leyes referidas (esto es, que *"nadie está obligado a lo imposible"*).
- Sin embargo, ni en la resolución de primera instancia ni en la resolución impugnada, Osinergmin, al resolver la solicitud, fue congruente con las expectativas razonables que tenía YANAPAMPA a la luz de las leyes, la práctica y los antecedentes.

c) Sobre lo realizado por la Jefatura en mérito de la solicitud de ELÉCTRICA YANAPAMPA para que se calificase como Fuerza Mayor la Circunstancia Invocada

- Como fundamento de la resolución de primera instancia con respecto a la extraordinariedad, se señaló que la ocurrencia de huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa, no es una situación extraordinaria para YANAPAMPA sino más bien ordinaria (o lo que es lo mismo, usual o dentro de lo común o dentro del orden normal de las cosas o de los sucesos o del pensamiento humano), lo que se probaría con la existencia de las tres (3) solicitudes de calificación de fuerza mayor presentadas por YANAPAMPA en los meses de febrero y marzo de 2016, y en el mes de marzo de 2017, basadas en la ocurrencia de iguales circunstancias. Con relación a la imprevisibilidad, la resolución argumentó que la ocurrencia de huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa, no es una situación imprevisible para YANAPAMPA sino más bien previsible, lo que se probaría considerando que: a) con una vigilancia del río y con un pedido de información a la CH Cahua (aguas arriba), YANAPAMPA podría haber realizado las maniobras necesarias en la

bocatoma de la CH Yanapampa para impedir el ingreso de material particulado propio de los huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa; b) YANAPAMPA debió haber previsto, al diseñar la bocatoma de la CH Yanapampa, la recurrencia de huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa; c) los niveles de los caudales verificados en la oportunidad en la que ocurrió el huayco materia del caso, son menores que los verificados en tiempos pasados, incluso, en los momentos que ocurrieron las circunstancias que motivaron las solicitudes de fuerza mayor anteriores de YANAPAMPA, por lo que la crecida del río como consecuencia de las lluvias verificadas en esta oportunidad era previsible.

- Asimismo, la resolución impugnada señaló que, si bien es cierto que la ocurrencia de huaycos (en general) es una situación irresistible, YANAPAMPA debió haber tenido en cuenta lo normal (o cotidiano) que resulta su verificación, y comprometer así con la suscripción de su Contrato de Suministro RER una menor inyección de energía al SEIN.
- Por otro lado, la resolución contiene errores jurídicos conceptuales que hacen que la misma no se ajuste a Derecho, por lo siguiente:
 - No evaluó la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la circunstancia invocada, esto es, la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre por el mismo del agresivo material particulado. En lugar de ello, evaluó la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la ocurrencia de huaycos (en general) asociados a lluvias (en general), en la zona de influencia de la CH Yanapampa.
 - No consideró que su evaluación, en aplicación de la regulación de fuerza mayor respectiva antes aludida (artículo 1315 del Código Civil y la doctrina), la práctica y los antecedentes, debía importar necesariamente el análisis de la extraordinariedad de la circunstancia respectiva, en función de lo que era usual para YANAPAMPA, al momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER en el año 2010, es decir, con la información con la que podía contar en aquella oportunidad.
 - En el hipotético y negado caso que se considere que lo debía analizarse en el presente caso era la extraordinariedad de la ocurrencia de huaycos (en general) asociados a lluvias (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa (y no de la circunstancia invocada), se debió haber analizado si para YANAPAMPA, al momento de suscribir su Contrato de Suministro RER en el 2010, era común (o no) la ocurrencia de huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa.
 - Si bien es cierto que YANAPAMPA podía conocer y conocía la data sobre los caudales históricos en el río Pativilca desde el año 1965 hasta el 2010, también es cierto que dicha data contenía información sobre los crecimientos mensuales de los caudales del río Pativilca, más no información sobre la ocurrencia de huaycos (en general), ni sobre la intervención de tales huaycos verificados, máxime si la referida data estaba constituida específicamente por información sobre los promedios

mensuales de los caudales del aludido río, y sin indicación ni discriminación alguna sobre los caudales máximos instantáneos en éste (segundo a segundo, ni minuto a minuto, ni hora a hora, ni día a día).

- Si lo que se pretendía era analizar la extraordinariedad (o no) de la circunstancia invocada, era la ocurrencia de huaycos asociados a lluvias, a la luz de tres (3) casos previos que también ocurrieron en la CH Yanapampa, entonces Osinergmin debió declarar la supuesta circunstancia invocada en este caso (huayco) como extraordinaria, ya que, en esos casos previos, basados en las mismas circunstancias alegadas, se declaró como extraordinarias.
- Ello, bajo el entendido que: (i) lo ordinario (o no) y lo previsible (o no) de una circunstancia se mide al momento de contraerse la obligación del caso, o lo que es lo mismo, al suscribirse el correspondiente contrato que comprende dicha obligación; (ii) las circunstancias materia de los tres (3) casos previos fueron calificadas como fuerza mayor tras considerar que al momento de contraerse las obligaciones correspondientes, o lo que es lo mismo, al momento de suscribirse el referido contrato, dichas circunstancias no eran ordinarias ni previsible; y, (iii) en el hipotético y negado caso que las circunstancias materia de los tres (3) casos aludidos fueron constituidas por huaycos y que la circunstancia invocada en el presente caso también fuese un huayco en la zona de influencia de la CH Yanapampa, no es razonable que se haya determinado que los tres (3) huaycos previos son fuerza mayor, a la luz de lo que conocía YANAPAMPA al momento de suscribir el Contrato de Suministro RER, y no acepte que esta nueva circunstancia califique como fuerza mayor a la luz de lo que conocía YANAPAMPA también al momento de suscribir el mismo Contrato de Suministro RER.
- Osinergmin, al evaluar específicamente la imprevisibilidad de la ocurrencia de huaycos (en general) asociados a lluvias (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa (y no de la ocurrencia de la circunstancia invocada, como debía ser), ni siquiera consideró, en aplicación de la regulación de fuerza mayor antes aludida, que su análisis debía importar necesariamente la imprevisibilidad de la circunstancia respectiva, en función de lo que era previsible (o lo que es lo mismo, posible de prever o dentro de la aptitud razonable de prever), o no, para YANAPAMPA, al momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER.
- Debió tenerse en cuenta si con la información que contaba al momento de suscribir el Contrato, era previsible o no, que a las 23:45 horas del 11 de febrero de 2019 se verificaría un huayco producto de lluvias en la zona de influencia de la CH Yanapampa con suficiente material particulado, que dejaría destruido aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa.
- Al momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER, YANAPAMPA sólo conocía los caudales promedios mensuales (y anuales) históricos del río Pativilca (razón por la cual, inclusive, con un sentido perfecto de

previsión, diseñó la CH Yanapampa para soportar más caudal que el máximo histórico); no puede alegarse con validez, ni siquiera en el hipotético y negado caso que la circunstancia bajo análisis en el presente caso fuese un huayco y, que dicho huayco podría haber sido previsto por YANAPAMPA.

- No resiste análisis el argumento contenido en la resolución, respecto que el diseño de la CH Yanapampa debió haber sido hecho por YANAPAMPA, suponiendo todos los supuestos de huaycos habidos y por haber, para soportarlos todos sin estrago, debido a que se sabe que en el Perú se presentan huaycos, y que el hecho que no se haya actuado así, hace responsable a YANAPAMPA, por falta de previsión, por cualquier incidencia de un huayco en las inmediaciones de la central. Se pretende cargar a la empresa con una obligación impracticable, como diseñar una central para soportar cualquier tipo de huayco y, de otro lado, negar la utilidad práctica y aplicación efectiva del instituto jurídico de la fuerza mayor en el Derecho, y el principio del Derecho que precisamente protege éste. Si el análisis estaría en torno a terremotos y no a huaycos, el sin sentido sería el mismo, ya que supondría que concluir que como en el Perú los terremotos son ordinarios (ya que se verifica aproximadamente 1 terremoto cada 3 años desde hace 464 años hasta la fecha); cualquier daño ocasionado a una infraestructura de un Generador RER como correlato de un terremoto no podría ser declarada jamás como fuerza mayor; ya que; supuestamente, ésta debe estar diseñada para soportar cualquier terremoto sin estrago o daño alguno.
- El único argumento en el que Osinergmin sustentó su análisis y determinación sobre el particular, fue que: a) con una vigilancia del río y con un pedido de información a la CH Cahua (aguas arriba) YANAPAMPA podría haber realizado las maniobras necesarias en la bocatoma de la CH Yanapampa para impedir el ingreso de material particulado propio de los huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa; b) YANAPAMPA debió haber previsto, al diseñar la bocatoma de la CH Yanapampa, la recurrencia de huaycos (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa; y, c) los niveles de los caudales verificados en la oportunidad en la que ocurrió el huayco materia del caso, son menores que los verificados en tiempos pasados, incluso, en los momentos que ocurrieron las circunstancias que motivaron las solicitudes de fuerza mayor anteriores de YANAPAMPA, por lo que la crecida del río como consecuencia de las lluvias verificadas en esta oportunidad era previsible.
- No era posible prever que ese día a las 23:45 horas se verificaría un huayco con la cantidad, calidad, y fortaleza de material particulado, que determinaría la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa, que entre que la CH Cahua se entera acerca de la ocurrencia de un huayco en su zona de influencia y llega éste a las inmediaciones de la CH Yanapampa, sólo transcurren 5 minutos. Así, YANAPAMPA hubiese sido avisada por la CH Cahua de la ocurrencia del huayco aguas arriba antes que éste hubiese llegado a la zona de influencia de la CH Yanapampa, ninguna maniobra en su bocatoma hubiese evitado la presencia de un huayco, ni menos los efectos en la CH Yanapampa del material particulado que habría traído éste (de importante en cantidad, calidad y fortaleza).

- No pueden considerarse para el diseño de una central todos los posibles huaycos que pueden suceder (sin que importe la cantidad, calidad y magnitud de éstos), porque ello es impracticable. Uno diseña a la luz del caudal histórico y para soportar más allá de la máxima cantidad de agua verificada en el río históricamente (lo cual hizo YANAPAMPA), siendo indiferente para la atención del presente caso (y sobre todo para la determinación de la previsibilidad o no de la circunstancia constituida por la destrucción del canal de la CH Yanapampa), que los niveles de los caudales verificados en la oportunidad en la que se verificó la destrucción del canal, hayan sido menores que los verificados en tiempos pasados (incluso, en los momentos que ocurrieron las circunstancias que motivaron las solicitudes de fuerza mayor anteriores de YANAPAMPA), ya que, tal como se ha señalado, la CH Yanapampa fue diseñada para soportar mucho más allá del máximo caudal histórico del río Pativilca.
- Aún en el caso que se hubiese considerado correctamente, que lo que se debía analizar era la extraordinariedad de la circunstancia invocada, pero considerando erradamente que debía analizar si está fue extraordinaria al momento de su ocurrencia (y no al momento de su suscripción), la conclusión debió haber sido la misma, esto es, que la circunstancia invocada sí es imprevisible, por cuanto, el 11 de febrero de 2019, YANAPAMPA no tenía como conocer que a las 23:45 horas de ese día, se destruiría aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa, a raíz de la caída y arrastre por el mismo del agresivo material particulado.

d) Sobre el Recurso de Reconsideración

- La resolución de primera instancia: i) contravino las Leyes (en este caso, particularmente, tanto el artículo 1315 del Código Civil y la doctrina sobre la aplicación de dicha disposición normativa), así como la Ley del Procedimiento Administrativo General y sus principios recogidos en su Artículo IV (legalidad por actuar con irrespeto a las Leyes, razonabilidad por no mantenerse dentro de los límites de las facultades atribuidas y por no mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelar, y predictibilidad por actuar de forma incongruente con la expectativas legítimas de nuestra empresa a la luz de la Leyes, la práctica y los antecedentes); y, (ii) presentó vicios insubsanables en cuanto a sus requisitos de validez, como lo son, su objeto (por no ajustarse al ordenamiento jurídico: las Leyes, y no comprender las cuestiones surgidas de la motivación), finalidad pública (por desvirtuar la finalidad pública o de interés público contenida en las Leyes: en este caso, en el artículo 1315 del Código Civil, y la doctrina sobre la aplicación de dicha disposición normativa), y motivación (por presentar motivación aparente o insuficiente, y motivación defectuosa en sentido estricto).
- Asimismo, en el recurso de reconsideración se presentó como nueva prueba el informe de la compañía de seguros, en el que ésta concluyó la procedencia de la cobertura del siniestro, es decir, la cobertura de la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa ocasionada a raíz de la caída y arrastre por el mismo del agresivo material particulado. ELÉCTRICA YANAPAMPA consideró importante poner en consideración de Osinergmin el referido informe, toda vez que: (i) usualmente, las compañías de seguro, ante cada siniestro declarado por un cliente suyo ocasionado por una alegada

circunstancia de fuerza mayor, son muy rigurosas en su análisis (cada aceptación que hacen de una circunstancia como fuerza mayor les impacta económicamente, debido a la consecuente aceptación de la cobertura respectiva); y, (ii) para la compañía de seguros, que desde un punto de vista económico tiene un razonable incentivo e interés en no aceptar la fuerza mayor invocada por nuestra empresa, era clara la existencia de una fuerza mayor a la luz de la circunstancia invocada.

e) Sobre la Resolución Impugnada

- La resolución impugnada incurre en los mismos errores que la resolución de primera instancia y consigna textualmente lo señalado en el ítem precedente.
- No se ha evaluado la extraordinariedad e imprevisibilidad de la circunstancia invocada en el presente recurso administrativo, sino la extraordinariedad e imprevisibilidad de la ocurrencia de huaycos (en general) asociados a lluvias (en general) en la zona de influencia de la CH Yanapampa, al momento de la ocurrencia de la referida circunstancia, y no al momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER, como correspondería sea evaluada toda circunstancia de fuerza mayor alegada.
- Osinergmin confunde o equipara lluvias con huaycos, al punto que en algunos casos desprende que la circunstancia que analiza son las lluvias (en general), y otros casos los huaycos (en general), cuando es muy claro, de un lado, que mientras las lluvias son precipitaciones acuosas en formas de gotas, los huaycos son masas enormes de material particulado producto de las lluvias torrenciales que se desprenden de las laderas de los Andes y que, al caer a los ríos, ocasionan desbordamientos en las aguas de éstos; y de otro lado, que la circunstancia que debía analizar en el presente caso era la circunstancia invocada en este recurso administrativo.
- La resolución impugnada sustenta la extraordinariedad u ordinariedad en el enunciado *"lo que en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional, podría no serlo en otro contexto"*, cuando señaló que se verificó la ocurrencia en el pasado de las otras circunstancias similares declaradas como fuerza mayor. Si bien se trata de una certeza de la doctrina nacional, dicho enunciado de ningún modo sustenta lo resuelto en la resolución Impugnada, ya que lo que únicamente advierte tal enunciado es que una circunstancia que en un momento determinado, por ejemplo, al momento de suscribirse un contrato, fue extraordinaria, puede no serlo después (en el futuro), por ejemplo, al suscribirse otro contrato, ya que algo extraordinario puede convertirse en ordinario, pero de ninguna manera avala la corrección de que ante la misma o similar circunstancia ocurrida 2 veces consecutivas o más, con posterioridad a la contracción de la misma obligación (o a la suscripción del mismo contrato), en un primer caso sea extraordinaria, y en los siguientes no tenga tal calidad, máxime si lo que fue extraordinario al momento de suscribir un contrato, lo será siempre durante la ejecución del mismo. El referido enunciado no sustenta de forma alguna la ordinariedad de la circunstancia invocada, porque ésta no es

igual ni similar a las circunstancias ocurridas en la CH Yanapampa con antelación.

- Por otro lado, ante el hipotético y negado caso que si fuese igual o similar a las circunstancias ocurridas en la CH Yanapampa con antelación, la ordinariedad de una circunstancia para efectos del análisis de su calificación como fuerza mayor en casos de fuerza mayor EDI, se mide al momento de la asunción de la obligación correspondiente, que en el presente caso es indubitadamente el momento de la suscripción del Contrato de Suministro RER, y en este caso definitivamente no está ocurriendo que la misma circunstancia que se alegó ante el incumplimiento de obligaciones asumidas en mérito de un Contrato de Suministro RER, hoy esté siendo alegada ante el incumplimiento de las mismas obligaciones asumidas en mérito de otro Contrato de Suministro RER, sino del mismo.
- En cuanto al enunciado *“hay riesgo típico y atípico”*, si bien es cierto que la fuerza mayor solo protege el riesgo atípico o extraordinario, la ordinariedad o extraordinariedad de la circunstancia bajo análisis debe ser evaluada al momento de la suscripción del Contrato RER (esto es, cuando se asumieron las obligaciones contractuales), por lo que resulta incorrecto evaluar la ordinariedad o extraordinariedad de la circunstancia invocada a la luz de sucesos posteriores.
- De hecho, y no obstante que las anteriores circunstancias ocurridas con antelación al presente caso durante la ejecución del Contrato de Suministro RER, que fueron alegadas y declaradas como fuerza mayor por Osinergmin en el pasado, no son iguales ni similares a la circunstancia invocada en el presente recurso administrativo. En el hipotético y negado caso que así lo fueran, resulta bastante confuso y contradictorio que ahora Osinergmin, por la presencia de dichas circunstancias en el pasado, asevere que la circunstancia actualmente invocada como fuerza mayor ya no es extraordinaria, ya que supondría que mientras las mencionadas circunstancias pasadas se evaluaron en función de qué era ordinario o extraordinario al momento de suscribirse el contrato, la circunstancia actualmente invocada debe ser evaluada en función de lo que es ordinario o extraordinario mucho tiempo después de suscrito el referido Contrato de Suministro RER y asumidas las obligaciones contractuales materia de éste.
- Con relación al enunciado *“un evento extraordinario debe tener carácter notorio y de alcance general”*, de manera tal que la circunstancia invocada como fuerza mayor en el presente caso no es extraordinaria, dado que no habría afectado a todos los que están en la misma situación (es decir, en las inmediaciones de la CH Yanapampa), máxime si que según el SENAMHI ocurrieron fuertes lluvias en zonas distintas a la zona de influencia de la CH Yanapampa y diferentes días al de la fecha en la que ocurrió la circunstancia invocada como fuerza mayor en el presente caso, precisa lo siguiente:
 - La circunstancia invocada no son las lluvias (en general), sino la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre por el mismo del agresivo material particulado, ocurrida a las 23:45 horas del 11 de febrero de 2019, y no existe ninguna infraestructura como la de la CH Yanapampa ubicada en las inmediaciones

de la misma que pudiese haber sido afectada con la destrucción de su canal.

- La ocurrencia de fuertes lluvias (en general) en zonas distintas a las inmediaciones de la CH Yanapampa y en días diferentes al correspondiente a la circunstancia invocada, según lo declarado por SENAMHI, nada tiene que hacer en el análisis del caso, ya que: i) como ha señalado varias veces, la circunstancia a analizarse en el presente caso no son las lluvias, sino la destrucción del canal de la CH Yanapampa; y, ii) en el hipotético y negado caso que la circunstancia a analizarse en el presente caso hubiese sido las lluvias, ello, de un lado, denotaría más bien a la perfección la extraordinariedad de las lluvias y huayco (específicas en las inmediaciones de la CH Yanapampa) que destruyeron parte de la infraestructura de la CH Yanapampa, tras considerar que a pesar de no haber sido tan fuertes las lluvias a partir del 11 de febrero de 2019, según SENAMHI, éstas igual ocasionaron la destrucción en la infraestructura de la CH Yanapampa, y de otro lado, denotaría nuevamente el mismo error jurídico conceptual cometido en la resolución de primera instancia, esto es, obviar que la extraordinariedad u ordinariedad de una circunstancia se debe medir al momento de asumir las obligaciones del caso, o lo que es lo mismo, al momento de suscribirse el Contrato de Suministro RER.
- Respecto al análisis de la imprevisibilidad o previsibilidad, la resolución impugnada se sustenta en el documento denominado "Creación del Servicio de Protección y Control de Inundaciones en el río Pativilca, sector Las Vírgenes, Distrito de Cochas, Provincia de Ocros, Región de Ancash" (en adelante, el Documento MEF), en el que se señala, en términos generales, que en el río Pativilca hay permanentes desbordes en ambos márgenes, erosión y destrucción de hectáreas en términos de cantidad y calidad, continuas crecidas que afectan zonas de cultivo, e infraestructura hidráulica y de servicios públicos, y alto riesgo contra unidades productoras de bienes y servicios, la vida, la integridad física de los pobladores, y el deterioro de la salud urbana; para colegir de ello que para nuestra empresa, a partir del Documento MEF, era previsible verificar desbordes y crecidas del río Pativilca.
- Sobre el Documento MEF, sostiene que nada tiene que hacer con la previsibilidad de la circunstancia invocada específica (destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre por el mismo del agresivo material particulado), sino con la previsibilidad de las lluvias (en general) y las consecuencias de éstas (en general) en el río Pativilca; lo cual denota la incorrección en sustentar la falta de previsibilidad de la circunstancia invocada en el conocimiento que debió tenerse con respecto a la presencia de lluvias (en general) y de las consecuencias de éstas (en general) en el río Pativilca.
- Por otro lado, en el hipotético y negado supuesto que lo que debía evaluarse era la previsibilidad o imprevisibilidad de las lluvias (en general) y consecuencias de éstas (en general) en el río Pativilca, el Documento MEF no serviría en lo absoluto de sustento, ya que la previsibilidad o imprevisibilidad de toda circunstancia debe evaluarse al momento de contraerse las obligaciones contractuales del caso, cosa que en nuestro caso ocurrió en el año 2010, con la

suscripción del Contrato de Suministro RER, siendo que el Documento MEF fue producido en el año 2017 y colgado por el MEF en su página web en el año 2018.

- Asimismo, en la página web del COES se muestran interrupciones y restricciones desde el año 2001 hasta el año 2009, en la producción de electricidad de la CH Cahua, que aprovecha también el recurso hídrico del río Pativilca, y que fueron ocasionadas por la alta concentración de sólidos en el río Pativilca, por lo que, a partir de dicha información, que desde las experiencias de interrupciones y restricciones en la producción de electricidad de la CH Cahua (tanto anteriores como posteriores a la suscripción el Contrato de Suministro RER), eran previsibles interrupciones y restricciones en la producción de electricidad en la CH Yanapampa por alta concentración de sólidos en el río Pativilca.
- En el presente caso, la interrupción o restricción en la generación de electricidad en la CH Yanapampa tuvo como motivo la destrucción de aproximadamente 60 metros de su canal, y no la alta concentración de sólidos (en general) y, que Osinergmin en los otros tres (3) casos previos de interrupción o restricción de la operación de la CH Yanapampa, ocasionados por la destrucción de otros componentes de la misma (como por ejemplo, la destrucción del primer escalón de la infraestructura del canal de demasía ocurrida en el año 2016), consideró a ésta como una situación imprevisible y, por tanto, la calificó como fuerza mayor.
- Ante el hipotético y negado caso que el análisis de la previsibilidad pudiese darse en función de situaciones posteriores a la suscripción del Contrato de Suministro RER, si bien dichas situaciones posteriores podrían sustentar la previsibilidad de la ocurrencia de lluvias, huaycos, inundaciones y transporte de sedimentos en las inmediaciones de la CH Yanapampa, no podrían sustentar de forma alguna la previsibilidad de la circunstancia invocada: esto es, la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa.
- Asimismo, ante el hipotético y negado caso que válidamente el correspondiente análisis de previsibilidad pudiese darse en función de situaciones posteriores a la suscripción del Contrato de Suministro RER (y no antes), mal se haría en señalar la previsibilidad de la circunstancia invocada a la luz de la supuesta ordinariedad de la misma, ya que se estaría confundiendo la ordinariedad con la previsibilidad.
- La resolución impugnada incurre en error, al citar el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, y la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos, toda vez que dichas disposiciones normativas son claramente inaplicables al presente caso, pues que el artículo 169 del citado Reglamento señala que corresponde a Osinergmin la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que regula la obligación de dar aviso de los concesionarios del servicio público de electricidad (es decir, de los Distribuidores) con respecto a la variación transitoria de sus condiciones de suministro por causa de fuerza mayor, y la empresa no es concesionaria de servicio público de electricidad alguno.
- El referido artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctrica está contenido en el Título VI de dicho cuerpo normativo (Prestación del Servicio de Electricidad), en

el que se regula específicamente el actuar de concesionarios que prestan el servicio público de electricidad, y de otro lado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas sólo constituye servicio público de electricidad la distribución y transmisión de electricidad.

- Respecto a la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de Servicios Eléctricos, ésta regula los casos referidos en el inciso d) del numeral 3.1 de dicho cuerpo normativo, es decir, los casos en los que el COES deba determinar compensaciones de concesionarios por incumplimiento en la calidad del servicio eléctrico, y exceptuar de éstas en las situaciones de fuerza mayor declaradas por Osinergmin y, en nuestro caso, lo que está bajo análisis es otra cosa totalmente distinta: la calificación de una circunstancia como fuerza mayor para efectos de que el COES pueda considerar las interrupciones o reducciones de la producción de electricidad con la CH Yanapampa para la determinación de las EDI.

f) Sobre errores de la Resolución Impugnada

- Reitera que la resolución impugnada contiene vicios y errores descritos en los ítems precedentes, por lo que, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, debe declararse la nulidad de la resolución impugnada y emitirse la correspondiente resolución arreglada a derecho, para que la circunstancia invocada sea calificada como fuerza mayor.
- Adjunta como anexo al recurso copia del documento emitido recientemente por la Fiscalía Provincial Penal de Ochos, a propósito de la denuncia penal formulada por una persona natural contra su empresa con ocasión de los daños ocasionados a los terrenos agrícolas de dicha persona a la luz de la ruptura del canal de la CH Yanapampa, y que finalmente declara no haber lugar a la formalización de la referida denuncia, y del cual se desprende a la perfección que para el equipo profesional investigador de la Policía Nacional del Perú y la Fiscalía peruana, la circunstancia invocada sí constituye una fuerza mayor.

2. ANÁLISIS

- 2.1 De conformidad con el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobado por Decreto Supremo N° 009-93-EM, corresponde a Osinergmin la comprobación y calificación de la causa de fuerza mayor a que se refiere el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que establece que los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor, con la obligación de dar aviso de ello a los usuarios y al organismo fiscalizador, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la alteración.
- 2.2 Asimismo, en virtud del artículo 3 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2019-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos, el Gerente de Supervisión Electricidad es competente para emitir pronunciamiento, en segunda y última instancia administrativa, con relación a las solicitudes de calificación de fuerza mayor referidas al Procedimiento Técnico del Comité de Operación Económica del SEIN

N° 38 “Determinación de energía dejada de inyectar por causas ajenas al Generador con RER”.

- 2.3 El artículo 207 de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, establece que el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios, y el artículo 209 de la referida Ley señala que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.
- 2.4 En el caso bajo análisis, se advierte que YANAPAMPA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 17-2019-OS/DSE/GEN dentro del plazo establecido en la normativa vigente, cumpliendo con los requisitos previstos en la misma norma, motivo por el cual se procederá a evaluar los argumentos del referido recurso de apelación.

Respecto de las normas invocadas por Osinergmin al presente caso

- 2.5 En su recurso de apelación, YANAPAMPA manifestó que no resultaba aplicable al presente caso lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas y en el artículo 169 de su Reglamento, así como en la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos. Al respecto, resulta importante precisar que el término “*suministro de energía eléctrica*” debe entenderse como el conjunto de elementos y medios que permiten la generación, la transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica en un determinado espacio geográfico, y bajo esta conceptualización debe entenderse y aplicarse lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Concesiones Eléctricas.
- 2.6 El elemento generación eléctrica no está desligado o exento como pretende denotar YANAPAMPA en la interpretación sesgada que hace del acotado artículo, constituyendo, por tanto, el servicio público de electricidad, toda la cadena de actividades que permite el suministro de la energía eléctrica. En ese sentido, las disposiciones contenidas en la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento abarcan en su totalidad a las distintas actividades que encierra todo el sistema de energía eléctrica en el Perú, y así lo señala expresamente el artículo 1 de la Ley de Concesiones Eléctricas:

“Artículo 1.- Las disposiciones de la presente Ley norman lo referente a las actividades relacionadas con la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.

(...)”

- 2.7 El artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, que regula la figura de la fuerza mayor como causal para variar transitoriamente las condiciones de suministro, condiciona su aplicabilidad a las concesionarias; es decir, a aquellas que, en el marco de la acotada ley, su reglamento y demás normas sobre la materia, cuenten con una concesión vigente. En ese sentido, siendo YANAPAMPA una concesionaria (conforme el Contrato de Concesión RER suscrito el 31 de marzo de 2010), resulta procedente analizar su pedido de fuerza mayor en el marco de la acotada disposición y el artículo 169 de su Reglamento, en lo que le es aplicable.
- 2.8 Por otro lado, cabe precisar que, el numeral 1.2 de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos, señala expresamente que “*Se entiende por Suministrador a la entidad que provee un servicio o un suministro de energía a otra entidad o a un usuario*

final del mercado libre o regulado; y se entiende por Cliente a todo usuario o entidad que recibe un servicio o un suministro de energía para consumo propio o para la venta a terceros. Se entiende por Terceros a todos aquéllos que, sin participar directamente de un acto particular de compraventa de un servicio eléctrico, están conectados al sistema, participan en las transferencias de energía o influyen en la calidad de ésta”.

- 2.9 En ese sentido, cuando la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos hace referencia a “Suministrador”, se aplica el concepto señalado en su numeral 1.2 citado en el párrafo precedente, dentro del cual se encuentran las empresas que se dedican a actividades de generación, transmisión y distribución.
- 2.10 Independientemente de la precisión señalada en los párrafos precedentes, en el caso bajo análisis solamente se citó la Tercera Disposición Final de la Norma Técnica de Calidad de los Servicios Eléctricos para hacer referencia a la definición de fuerza mayor, tal como se puede advertir del numeral 2.8 de la Resolución N° 17-2019-OS/DSE/GEN.
- 2.11 En consecuencia, sí resulta aplicable al caso materia de análisis lo dispuesto por las disposiciones normativas citadas precedentemente, además de lo establecido por el artículo 1315 del Código Civil.

Respecto a la circunstancia o evento cuya calificación como fuerza mayor solicita YANAPAMPA

- 2.12 En su recurso de apelación, YANAPAMPA argumentó que, al no existir normatividad especial que regule las solicitudes de calificación de fuerza mayor en temas de Generadores RER, Osinergmin debe aplicar el artículo 1315 del Código Civil y declarar fundada su solicitud de calificación como fuerza mayor, en la medida que el evento o circunstancia que alega cumpla con las características de extraordinario, imprevisible e irresistible.
- 2.13 Lo expuesto en el párrafo precedente permite determinar que YANAPAMPA reconoce expresamente que se trata de un procedimiento administrativo de evaluación previa y, por tanto, Osinergmin debe evaluar cada caso que se presenta, en forma independiente en función a los hechos y documentación probatoria, que permita de manera objetiva determinar que son eventos que revisten características de fuerza mayor. Por tanto, se presenta una contradicción ante lo alegado por YANAPAMPA, al manifestar que, ante la existencia de anteriores solicitudes de fuerza mayor declaradas favorablemente, Osinergmin tiene la obligación de declarar fundada la presente solicitud, a fin de “no incurrir en una incorrección legal o ilegalidad manifiesta”. No obstante, en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración de YANAPAMPA se explicó, además, el motivo por el cual no se había vulnerado el Principio de Predictibilidad o confianza legítima, recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 2.14 Por otro lado, con relación al evento o circunstancia que originó que se restrinja la operación regular en la CH Yanapampa, durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, YANAPAMPA siempre alegó que el evento materia de calificación de fuerza mayor fue la ocurrencia de un huayco producto del incremento inusual del caudal del río Pativilca, tal como se aprecia en las cartas presentadas con fechas 13 de febrero, 26 de febrero, 5 de marzo, 2 de abril, 28 de mayo, e incluso en la audiencia de informe oral solicitada por YANAPAMPA y llevada a cabo el 25 de junio de 2019:

- Carta N° EYSAC-GG-013-2019, del 13 de febrero de 2019 (comunicación al Osinergmin sobre el evento ocurrido el 11 de febrero de 2019):

“Por medio de la presente, nos dirigimos a ustedes, con el objeto de comunicarles que, según hemos tomado conocimiento el día martes 12 de febrero del presente año, aproximadamente a las 23:45 horas del día lunes 11 de febrero del mismo año, el personal de nuestra empresa que labora en las inmediaciones del fundo Yanapampa, donde se ubica y opera regularmente nuestra central hidroeléctrica Yanapampa (en adelante, la CH), verificó en el río Pativilca una incontrolable e imprevisible crecida del río Pativilca, que trajo huayco (compuesto por una gran cantidad de lodo, piedras, troncos, palizada y otros residuos y material particulado), originado aguas arriba del mencionado río, según entendemos, como consecuencia de fuertes lluvias en la sierra, y la correspondiente descarga de flujos a través de las quebradas y torrenteras que desembocan en el río Pativilca puestas en actividad precisamente por las mencionadas lluvias”.

- Carta N° EYSAC-GG-019-2019, del 26 de febrero de 2019 (solicitud de calificación como fuerza mayor):

“I. Hechos que generan el Evento de Fuerza Mayor

(...)

Asimismo, el día 11 de febrero en horas de la noche se observa una crecida intempestiva e inusual en el río Pativilca, esta crecida es acompañada por un fuerte huayco el cual trae arrastre de palizada, troncos y lodo en el cauce del río.

Debido a este huayco del 11 de febrero, sumado a esta crecida intempestiva e instantánea del río Pativilca ocurrida el 11 de febrero aproximadamente a las 22:30 hrs produce un nivel en el cauce del río insólito. Es en esta crecida intempestiva e instantánea del río Pativilca que se obstruyen las compuertas e ingresa el huayco al canal de conducción de la CH Yanapampa, con un fuerte caudal y arrastrando palizada y lodo. El gran caudal y el material del huayco ingresado al canal de conducción ocasionan que el agua del canal se rebose y active una quebrada en una zona del canal. Esta quebrada ahora activa destruyó aproximadamente 60 metros de canal de la central hidroeléctrica y afectó también algunas de las áreas agrícolas y caminos internos del fundo Yanapampa.

En virtud de lo anterior, solicitamos al OSINERGMIN se sirva aprobar la Solicitud debido a que el evento descrito cumple con las características de imprevisibilidad, irresistibilidad, extraordinariedad y externalidad adscritas al concepto de Fuerza Mayor conforme el marco legal.

(...)”

- Carta N° EYSAC-GG-028-2019, del 2 de abril de 2019 (información complementaria a la solicitud de fuerza mayor):

“(…)

YANAPAMPA actuó y adoptó las medidas de prevención necesarias para afrontar este tipo de acontecimientos de la naturaleza y actuó con la debida diligencia (...), el huayco ocurrido fue de tales características (...) y el río Pativilca alcanzó niveles de caudal sin antecedentes que aún con las previsiones tomadas y los refuerzos implementados no se pudo prever y menos aún resistir el evento y los daños ocasionados a la CH. (...).”

“(…)

Osinerghmin deberá saber evaluar que todos los huaycos son diferentes, algunos vienen con lluvias que activan quebradas, otros con arrastre de piedras que dañan infraestructura, otros con mucha agua que inundan y rebalsan la infraestructura, es decir, no todos los huaycos pueden ser catalogados como algo que se pudo prevenir porque estos pueden y de hecho, se presentan de forma muy diferente, lo que los hace imprevisibles y, por tanto irresistibles aun cuando se adopten de manera diligente todas las previsiones necesarias”.

- Escrito remitido a Osinerghmin el 28 de mayo de 2019 (recurso de reconsideración):

“HECHOS QUE AMERITAN LA CALIFICACIÓN DE LA FUERZA MAYOR
(…)

Tal como se mencionó en el informe técnico presentado oportunamente a la autoridad regulatoria y que fue debidamente acreditado mediante reportes periodísticos y fotográficos, durante la primera quincena de febrero, se observaron lluvias intensas inusuales en la zona, que, originando deslizamientos, produjeron una crecida intempestiva del río Pativilca que trajo consigo rocas, palazos, animales y demás elementos (lo que comúnmente se denomina un huayco) y que terminaron por afectar y dejar fuera de operación a la CH Yanapampa. Así, el 11 de febrero del presente año, el huayco ocasionó que se obstruyeran las compuertas de la central, afectando a la bocatoma de la CH Yanapampa e ingresando el huayco al canal de conducción de la referida central hidroeléctrica.

Producto de estos acontecimientos, se genera la inoperatividad de la central hidroeléctrica Yanapampa entre las 23:30 horas del 11 de febrero de 2019 y las 14:00 del 3 de marzo de 2019.

Es respecto a dichos eventos que se presentó, de conformidad con la normativa aplicable, la solicitud de calificación de fuerza mayor al OSINERGMIN, organismo competente para dichos fines, con miras a la aplicación del Procedimiento Técnico N° 38 del COES. (...).”

- Power Point de la audiencia de informe oral solicitada por YANAPAMPA y llevada a cabo el 25 de junio de 2019:

Entre otros argumentos que refieren que la causa de fuerza mayor se debió a los efectos de un huayco, en la diapositiva N° 9 consignan que la nueva prueba, que es un informe de “Herrera – DKP Ajustadores y Peritos de Seguros”, señala lo siguiente:

“Los daños causados a la Central Hidroeléctrica Yanapampa fueron originados por avenida de agua extraordinaria que trajo palizada, lodo y rocas. La crecida del río fue generada por las fuertes precipitaciones pluviales de carácter extraordinario, que cayeron en la zona alta de la costa Peruana, las cuales activaron varias quebradas por donde pasa el trazo del canal aductor. Asimismo, la crecida del río Pativilca rebasó la altura de la bocatoma causando su total inundación”.

- 2.15 Como se aprecia a lo largo de la documentación obrante en el presente expediente, el evento expuesto y materia de evaluación para calificar como fuerza mayor fue la ocurrencia de un huayco como consecuencia del incremento del caudal del río Pativilca.
- 2.16 Sin embargo, en su recurso de apelación, YANAPAMPA aduce expresamente que el evento o circunstancia invocada como fuerza mayor no es la ocurrencia de un huayco como consecuencia del incremento del caudal del río Pativilca, sino la destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa a raíz de la caída y arrastre, por el huayco, de bloques de rocas de inmensas dimensiones, grandes árboles y troncos, y piedras, lodo, palizada, residuos y demás material particulado. Además, señaló que la causa de la caída y arrastre de todo ese material particulado podría haber estado constituida por la verificación de un huayco en general, asociado a lluvias (en general), o cualquier otra causa, como lo podría ser, la verificación de un terremoto o la caída de un meteorito, o la caída de un ovni, o la verificación de acciones de vandalismo en las inmediaciones de la CH Yanapampa.
- 2.17 En la nueva argumentación presentada por YANAPAMPA en su recurso de apelación, se advierte que los daños ocasionados por el huayco (destrucción de aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa) se han convertido en la circunstancia invocada como fuerza mayor y ya no el mismo huayco como consecuencia del incremento del caudal del río Pativilca, lo cual siempre fue la causal invocada por la referida concesionaria.
- 2.18 Respecto al recurso de apelación, el autor Richard Martin Tirado, en un artículo publicado en la Revista Gaceta Jurídica sobre “*Los Recursos Administrativos y el Control Difuso en la Administración Pública*”, cita al doctor en leyes Juan Carlos Morón Urbina, señalando lo siguiente:

“Según MORÓN URBINA, el recurso de apelación tiene la finalidad de que el órgano jerárquicamente superior al que emitió la decisión impugnada controle, revise y modifique la resolución de la autoridad subordinada a éste.

El criterio por el cual, este recurso no se basa en nueva prueba, tal como sucede en el recurso de reconsideración, se debe a que se busca obtener un segundo parecer jurídico de la Administración, sobre los mismos hechos del procedimiento previo. Por ello entonces, no requiere nueva prueba, dado que, la controversia se tratará

exclusivamente de una revisión integral del procedimiento sobre la base de fundamentos exclusivamente de derecho¹”.

- 2.19 Asimismo, el catedrático Eloy Espinosa-Saldaña Barrera², con relación al recurso de apelación, manifiesta lo siguiente:

“Como todos bien sabemos, el recurso de apelación tiene por finalidad exigir al superior jerárquico una revisión de lo hecho y lo resuelto por su subordinado. Ello supone la existencia de una estructura administrativa jerárquica a la cual se recurre buscando un nuevo análisis del acto que reputamos nulo, o por lo menos, producido con un error en la interpretación de las pruebas o en la comprensión de asuntos de puro derecho”.

- 2.20 Por tanto, lo que se pretende con la interposición del referido recurso es obtener un segundo parecer u opinión jurídica por parte de la Administración Pública ante una instancia jerárquicamente superior, pero con relación a los mismos hechos y evidencias. En efecto, la finalidad del recurso de apelación es que el superior jerárquico realice un control de legalidad más eficiente que en relación con lo resuelto por la primera instancia; por ello, se afirma que el recurso de apelación le permite al administrado que el objeto de la controversia (lo cual lo plantea desde su solicitud, reclamo, denuncia, entre otros) sea conocido por un nuevo órgano que eventualmente pueda manifestar una opinión distinta a aquella expuesta por el órgano de primera instancia.
- 2.21 Sin embargo, como se ha señalado precedentemente, YANAPAMPA fundamenta su recurso de apelación en hechos no antes invocados durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, sustentándose en el supuesto error jurídico conceptual incurrido por Osinergmin, al evaluar la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la ocurrencia del huayco asociado a lluvias, en la zona de influencia de la CH Yanapampa, y no de la circunstancia invocada en el recurso de apelación (destrucción de 60 metros aproximadamente del canal de la CH Yanapampa); la misma que como se ha constatado de los actuados, no ha sido materia del petitorio de la solicitud de calificación de fuerza mayor, ni de ningún escrito presentado durante la tramitación del presente procedimiento.
- 2.22 Resulta conveniente precisar en este extremo que, si bien no existe un procedimiento administrativo específico que regule la tramitación de las solicitudes de calificación como fuerza mayor en actividades de generación RER, se debe aplicar las normas comunes para las actuaciones de las entidades de la administración pública, como es la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual se encuentra compilada en su Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, siendo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 124 del referido Texto Único Ordenado, todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener, entre otros: *“La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho”*, lo cual se ha verificado en la solicitud y demás escritos, incluido el recurso de reconsideración, presentados por YANAPAMPA, no siendo posible, como se explicó anteriormente, cambiar el fondo del petitorio de la solicitud de calificación de fuerza mayor en el recurso de apelación.

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los Recursos en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en los procedimientos sectoriales. Lima: Gaceta Jurídica. 2009. p.48.

² ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Recursos administrativos: algunas consideraciones básicas y el análisis del tratamiento que les ha sido otorgado en la ley N° 27444. Lima: Derecho & Sociedad 20.p.114.

- 2.23 Adicionalmente, cabe señalar que el motivo del cambio de petitorio efectuado en el recurso de apelación, que conllevaría a una reevaluación de la solicitud inicialmente planteada (como si fuese una nueva solicitud), no se encuentra inmerso en un error u omisión de YANAPAMPA que pueda ser encauzado de oficio por la Administración, puesto que, el deber de encauzamiento de oficio, recogido en el numeral 3 del artículo 86 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, el cual se debe concordar con el Principio de Impulso de Oficio y con el artículo 156 del citado Texto Único Ordenado, se encuentra referido a que la autoridad competente *“debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida”*; es decir, se encauza de oficio errores u omisiones formales cometidos por los administrados, pero de ningún modo se encauza aspectos de fondo como el petitorio y sustento de una solicitud, reclamo, queja, denuncia, entre otros, en tanto ello se enmarca dentro del derecho de petición administrativa, establecido en el artículo 117 del citado Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.
- 2.24 Con relación a lo anterior, resulta importante citar un artículo del “Manual del Procedimiento Administrativo General, del autor Christian Guzmán Napurí³:

“3.4.1. Contenido del principio de impulso de oficio

En consecuencia, la autoridad administrativa a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento, y para la averiguación de los hechos reales, sin necesidad de acción directa de los particulares más allá de la presentación de la solicitud inicial y el cumplimiento de las obligaciones propias del procedimiento (...).

(...).

Finalmente es preciso tener en cuenta que existen ciertas actuaciones que dependen de la acción directa del administrado – como podrían ser los supuestos de abandono del procedimiento – y, a su vez, ciertas situaciones en las cuales la Administración no puede actuar de oficio, en especial si la iniciación del procedimiento opera por interés únicamente del administrado en el caso de los procedimientos iniciados a pedido de parte”.

- 2.25 Por todo lo expuesto, y a fin de no contravenir principios esenciales del procedimiento administrativo, como los principios de Legalidad y Debido Procedimiento, solo se procederá a evaluar los argumentos expuestos que guarden relación con el hecho materia del petitorio de la solicitud de la calificación de fuerza mayor y materia del pronunciamiento de la resolución impugnada.

Respecto a la evaluación de solicitudes de fuerza mayor

³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.2013.p.45-46.

- 2.26 Con relación al argumento esbozado por YANAPAMPA, referido a que la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad de la ocurrencia de huaycos se debió haber analizado si era común para la empresa al momento de contraer su obligación con el Estado peruano; es decir, cuando suscribió el Contrato de Suministro RER en el año 2010, y no sobre la base de hechos sobrevinientes; cabe señalar que este argumento carece de sustento lógico y jurídico por los motivos que se expondrán a continuación.
- 2.27 En la oportunidad que YANAPAMPA asumió obligaciones en mérito de lo establecido en el Contrato de Suministro RER, suscrito con el Ministerio de Energía y Minas el 31 de marzo de 2010, efectivamente, tal como lo manifiesta la referida concesionaria, era imprevisible y extraordinario que un huayco les afecte porque recién estaban ejecutando sus obligaciones estipuladas en el citado contrato; por tal motivo, ante la ocurrencia de un primer evento como el huayco que afectó sus instalaciones eléctricas del 4 de febrero al 11 de marzo de 2016, dicho evento sí ameritaba ser declarado como fuerza mayor. Lo mismo sucedió con el evento del 10 de marzo al 4 de abril de 2017, al comprobarse que este evento se desarrolló durante la presencia del fenómeno del Niño Costero y, por tanto, con características de fuerza mayor.
- 2.28 En efecto, el argumento de YANAPAMPA resultaría válido si se tratara de un primer evento huayco que hubiese sufrido la CH Yanapampa; sin embargo, el presente evento es el tercero, por lo que su evaluación no se debe sustentar en lo que era de conocimiento para YANAPAMPA en el año 2010, sino lo que era de conocimiento a la fecha del nuevo evento, y a la luz de las medidas preventivas adoptadas para que hechos de común ocurrencia y frecuencia en la zona no perjudiquen la operación regular de la CH Yanapampa y, por ende, la energía dejada de inyectar al SEIN, conforme al compromiso de inyección anual de energía eléctrica en marco de su Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable.
- 2.29 Cuando la doctrina refiere que lo imprevisto *“debe juzgarse apreciando el tiempo en el que nació la obligación”*, ese término se refiere para la evaluación de casos de fuerza mayor que ocurren por primera vez después de asumida una obligación, no para casos sobrevinientes después de ocurrido un primer evento.
- 2.30 Cabe precisar que, citando a la jurista Marcela Castro Ruiz⁴, ante un hecho sobreviniente de asumida una obligación contractual, de todas maneras, se evalúa que dicho hecho u evento cumpla con las características para ser declarado como fuerza mayor:

“Tal como se evidencia en la jurisprudencia colombiana previamente citada, los tribunales se han pronunciado en múltiples oportunidades sobre la procedencia de la fuerza mayor o caso fortuito, con fundamento en la definición del artículo 64 del CCC, exigiendo en materia contractual que el hecho sobreviniente cumpla, de forma concurrente, los requisitos de ser imprevisto, irresistible y ajeno al deudor. En cada caso, el juez entra a valorar los hechos que deben haber sido alegados y probados por el deudor, para determinar si reúnen las condiciones para liberarlo de sus obligaciones”.

⁴ CASTRO RUIZ, Marcela. Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula? Derecho PUCP, núm. 74, diciembre-junio, Lima, 2015, pp. 441-484.

2.31 Lo señalado en el comentario anterior, también permite determinar, contrariamente a lo afirmado por YANAPAMPA, que cada circunstancia o evento que suceda luego de asumida una obligación, se evalúa de manera independiente, caso por caso, a fin de que cada uno cumpla con las condiciones para ser declarado como fuerza mayor. Por tal motivo, no resulta lógico, tal como lo ha afirmado YANAPAMPA, que los casos de fuerza mayor, específicamente la característica de imprevisibilidad, se evalúan siempre, así se hayan presentado varias veces, desde el momento que se asume la obligación, pues ello conllevaría a determinar que todas las solicitudes de fuerza mayor sean automáticamente aprobadas sin mayor análisis técnico ni legal de las características de fuerza mayor; es decir, como si fuese un procedimiento de aprobación automática y no un procedimiento de evaluación previa, lo cual, desnaturalizaría la naturaleza jurídica de este tipo de procedimientos, que, de acuerdo con la normativa y la doctrina en general, concuerdan que es un procedimiento administrativo de evaluación previa.

2.32 Asimismo, resulta conveniente citar un extracto de un artículo publicado por la catedrática y jurista Myanna F. Dellinger⁵, denominado “Reflexiones Sobre el Concepto de Fuerza Mayor en un Mundo de Cambio Climático Antropogénico”, que justamente trata el tema de fuerza mayor asociado a eventos provocados por el impacto de la naturaleza:

“Actualmente, la fuerza mayor como causal de exoneración generalmente involucra los siguientes requisitos: la imprevisibilidad por parte de la inteligencia humana razonable, y la ausencia de una acción humana que causa el supuesto daño. Por tanto, si un evento similar ha ocurrido antes, podría haberse previsto o evitado utilizando técnicas modernas o, de lo contrario, hubiese sido razonablemente previsible, aunque no probable, por lo que alegar en estos casos la fuerza mayor no serviría satisfactoriamente como medio de defensa.
(...)

En cuanto a los eventos del clima, la Corte Suprema de Alabama ha explicado el estándar de esta manera: «En su sentido legal, un ‘acto de Dios’ se aplica solo a eventos relacionados con la naturaleza que son tan extraordinarios que la historia de las variaciones climáticas y otras condiciones en la respectiva localidad no ofrecen ninguna advertencia razonable de ellos». «La interpretación que se le otorga a la doctrina del acto de Dios es tan restrictiva hoy en día que el daño debe ocurrir «por la directa, inmediata y exclusiva operación de las fuerzas de la naturaleza, no controlada o no influida por el poder de los hombres y sin intervención humana». Las condiciones climáticas normales no pueden constituir fuerza mayor incluso si el demandado ha juzgado equivocadamente la situación.

(...)

Además de la ya pesada carga impuesta por la responsabilidad objetiva en general, los tribunales han interpretado más a fondo la justificación del «acto de Dios» y de manera aún más estricta en los casos de legislación ambiental. Se aplican cuatro elementos: (1) si el evento fue un fenómeno natural grave de carácter excepcional, inevitable e irresistible, (2) si el evento pudo ser previsto, (3) si el evento fue la única

⁵ DELLINGER, Myanna F. Reflexiones Sobre el Concepto de Fuerza Mayor en un Mundo de Cambio Climático Antropogénico. Lima: Derecho & Sociedad 61.pp.65-68, .

causa de la descarga, y (4) si los efectos del evento podrían haberse prevenido o evitado por el ejercicio de la diligencia debida o deber de previsión.

En primer lugar, la palabra «grave» significa un mayor nivel de severidad. El evento debe ser algo más que simplemente severo, destructivo o, incluso, no antes visto (sin precedentes). Los tribunales han sostenido que esto no se aplica a situaciones donde el evento relacionado con el clima existía un 25% de las veces, donde la lluvia era tan fuerte y pesada como en los huracanes, y tampoco a los huracanes como tales. Dichos fenómenos climáticos no fueron la única causa del daño ambiental, pues las acciones humanas también entraron en juego.

En segundo lugar, el evento debe ser inesperado (imprevisto). Por lo tanto, no puede ser previsible, predecible o habitual. Así, «los desastres naturales graves que no podían preverse en términos de diseño, ubicación o de la operación de la instalación, debido a circunstancias o fenómenos históricos, geográficos o climáticos, estarían fuera del alcance de la responsabilidad del operador o del propietario».

Los jueces han basado sus decisiones para negar o no admitir el medio de defensa, en parte, en el hecho de que el fenómeno debía haber sido previsto. Por ejemplo, cuando el conocimiento o información regional o temporal era tal que las partes hubieran previsto el caso, los jueces no han eximido a las partes de responsabilidad.

De esta manera, cuando las regiones se hayan caracterizado por un mal clima, cuando el fenómeno se produjo en las regiones y en épocas del año en las que se sabe que ocurren dichos acontecimientos, y cuando estos últimos fueron solo eventos comunes u ordinarios relacionados con el clima, el medio de defensa no ha sido admitido judicialmente. (lo resaltado es nuestro).

(...)

Finalmente, en cuarto lugar, los litigantes deben haber ejercido, y actuado con, el debido cuidado y previsión. Si no lo hubiesen hecho, no pueden eximirse de responsabilidad. Por ejemplo, cuando el daño podría haberse evitado mediante el diseño de canales de drenaje adecuados, el medio de defensa no funcionó. Del mismo modo, cuando una empresa de remolcadores simplemente podría haber comprado un remolcador de más alta potencia, entonces no había exención de responsabilidad en ese caso. Este elemento está estrechamente vinculado con el elemento de la «causa única». No hay normas ni reglamentos que estipulen o regulen lo que es «la diligencia debida o la previsión». Se trata de una investigación de los hechos, de carácter fáctico. Por lo tanto, los tribunales tienen discrecionalidad en este sentido, pero todos se han inclinado hacia la responsabilidad objetiva. Ellos han rechazado los medios de defensa sustentados en el «acto de Dios» sobre la base de leyes ambientales federales en situaciones que implican climas fríos, condiciones de desborde de un río relacionadas con la lluvia y el deslizamiento de deshielos, tormentas y lluvias torrenciales y huracanes sobre la base del fundamento de que los fenómenos meteorológicos no satisfacen la doctrina”.

- 2.33 El artículo citado precedentemente permite determinar que, ante eventos que suelen ser ordinarios, como el caso de los huaycos que últimamente se están presentando todos los años y en un mismo periodo de tiempo en la zona donde se encuentra la CH Yanapampa, no resultaría satisfactorio otorgar la calificación de fuerza mayor, más aún si se advierte que no se han adoptado las medidas de prevención necesarias para evitar que este tipo de evento impacte en la operación de la CH Yanapampa.

- 2.34 Por otro lado, con relación a lo argumentado respecto que al momento de suscribir el Contrato de Suministro RER no era previsible que a las 23:45 horas del 11 de febrero de 2019 se verificaría un huayco producto de las lluvias, con suficiente material particulado que dejaría destruido aproximadamente 60 metros del canal de la CH Yanapampa; debe precisarse que, como bien se ha señalado precedentemente, este evento no debe ser evaluado sobre la base de situaciones correspondientes al año 2010, en tanto que la calificación de fuerza mayor de un evento se evalúa en función a las características de extraordinariedad (si a la fecha en que ocurrió el evento ya había sucedido otro evento anterior similar), imprevisibilidad (si luego de ocurrido un evento similar adoptó las medidas preventivas para que en caso vuelva a ocurrir el evento no impacte en su infraestructura eléctrica) e irresistibilidad (si a pesar de haber adoptado todos los medios preventivos, pero por la envergadura del evento, de todos modos no se pudo evitar).
- 2.35 Cabe precisar que es de entera responsabilidad del Titular de la Concesión realizar los estudios pertinentes que garanticen la disponibilidad operativa de sus instalaciones de generación.
- 2.36 Asimismo, YANAPAMPA alegó que, pretender cargar a la empresa con diseñar una central que debe soportar cualquier tipo de huayco y cualquier tipo de estrago, más aún cuando en el Perú es común los huaycos, es una obligación impracticable y, que resulta indiferente para la atención del presente caso que los niveles de los caudales verificados en la oportunidad en la que ocurrió la destrucción del canal, hayan sido menores que los verificados en tiempos pasados, ya que, la CH Yanapampa fue diseñada para soportar mucho más allá del máximo caudal histórico del río Pativilca.
- 2.37 Sobre el particular, debe señalarse que, como se aprecia de los actuados, la ocurrencia de fuertes lluvias y huaycos en época de avenida en el río Pativilca es usual, normal y previsible, lo que implica necesariamente que las centrales de generación que utilizan el recurso hídrico de la mencionada cuenca, deben disponer lo conveniente para que sus instalaciones de captación y conducción de agua no se vean afectadas, es por ello, que algunas centrales hidroeléctricas como Cahua, Chimay, Yanango, Cañon del Pato, que utilizan también recurso hídrico de ríos que presentan frecuentes inundaciones o huaycos, limitan o suspenden temporalmente la generación hasta la finalización del evento, situación que ha sido prevista en el cálculo de la energía anual adjudicada, y que no ha sido tomada en cuenta en forma diligente por YANAPAMPA, que pretende de acuerdo a los argumentos expuestos, que todos los años ante eventos previsible y ordinarios en época de avenida, se le aplique la causal de eximente contenida en el literal c) del numeral 5.2 del PR-38, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 078-2016-OS/CD⁶.

Respecto de las vulneraciones de la resolución impugnada alegadas por YANAPAMPA

- 2.38 Con relación a la supuesta vulneración incurrida en la resolución apelada a lo dispuesto en el artículo 1315 del Código Civil, los Principios Administrativos recogidos en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, como de Legalidad, Razonabilidad y Predictibilidad, así como presentar vicios insubsanables en cuanto a sus requisitos de

⁶ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 14 de abril de 2016.

validez como su objeto, finalidad pública y motivación; es importante precisar que, de la evaluación de los actuados y los argumentos esbozados por YANAPAMPA, se desprende que el presente procedimiento administrativo se ha llevado en el marco de lo dispuesto en el artículo 1315 del Código Civil, norma aplicable frente a las solicitudes de fuerza mayor de las empresas generadoras de energía eléctrica, siendo necesario la concurrencia de forma obligatoria de las condiciones de extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad, no bastando que el evento materia de fuerza mayor solo revista característica de irresistible, sino que debe ser además extraordinario e imprevisible.

- 2.39 En este contexto, la información proporcionada por YANAPAMPA, así como la obtenida por Osinergmin de fuentes oficiales correspondientes a organismos especializados y/o competentes en temas hidrológicos y meteorológicos, ha permitido determinar que se trata de eventos previsibles y, que tienen un nivel de ocurrencia continuo y rutinario, no configurándose la institución jurídica de fuerza mayor de acuerdo a nuestra legislación civil.
- 2.40 Por el contrario, se denota por parte de YANAPAMPA una vulneración en la pretensión de contradicción al plantear los argumentos del recurso de apelación sobre la base de hechos que no han sido materia de la solicitud de calificación de fuerza mayor y, por ende, tampoco materia de evaluación por la autoridad administrativa.
- 2.41 El presente procedimiento administrativo se ha llevado a cabo en el marco de los principios que regulan la actuación administrativa contemplados en la Ley N° 27444, cumpliéndose con el Principio de Legalidad, al enmarcar el presente procedimiento a lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, en el artículo 169 de su Reglamento y en el artículo 1315 del Código Civil.
- 2.42 Respecto al Principio de Razonabilidad, debe señalarse que de la interpretación literal del numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, se infiere que este principio se aplica a decisiones que emite la administración y que creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados; es decir, ante actos de gravamen que son los actos de dar, hacer o no hacer en sede administrativa, como puede ser entre otros, la determinación de un tributo o la exigencia de un requisito en el marco de un procedimiento administrativo⁷.
- 2.43 El jurista Juan Carlos Morón Urbina⁸ respecto a los tipos de actos administrativos según su incidencia en la esfera del administrado, señala como ejemplo de actos administrativos favorables, conformadores o ampliatorios: la admisión, la autorización, la licencia, los permisos, la concesión, etc., y, como actos administrativos de gravamen: las ordenes, los actos extintivos de derechos (revocación, nulidad, confiscación, decomiso, etc.), las sanciones y, en general, todo los actos administrativos que imponen cargas, obligaciones, limita derechos, o contiene declaraciones perjudiciales a los administrados.

⁷ **Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas.** Alfieri Lucchetti Rodríguez. Circulo de Derecho Administrativo PUCP, pag.485.

⁸ **Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General.** Juan Carlos Morón Urbina. Revista Derecho y Sociedad 17. Pag. 250

- 2.44 En ese sentido, no resulta aplicable este principio al presente procedimiento administrativo, que no genera por parte de la administración, un acto administrativo de gravamen.
- 2.45 En relación al principio de Predictibilidad, es necesario precisar que la “*expectativa legítima*” esperada por YANAPAMPA y vulnerada por Osinergmin, de acuerdo a los argumentos expuestos en el recurso, tiene como fundamento la nueva postura o circunstancia invocada por Yanapampa en su recurso de apelación, que como ya se ha señalado, transgrede el derecho de contradicción y el principio de la doble instancia administrativa contenido en el artículo 209 de la Ley N° 27444.
- 2.46 Respecto que la resolución de primera instancia contiene vicios insubsanables en cuanto a sus requisitos de validez como su objeto, finalidad pública y falta de motivación, debe señalarse que dicho argumento no tiene asidero legal, puesto que su sustento también se basa en la circunstancia invocada, por lo que se reitera lo expuesto en el numeral precedente.
- 2.47 Asimismo, YANAPAMPA cuestiona que no se haya considerado como medio probatorio que sustente el supuesto carácter de extraordinariedad de la circunstancia invocada, el documento elaborado por la compañía aseguradora, debiendo manifestar al respecto que, de su revisión, no se aprecia que cuenta con respaldo de alguna fuente especializada y competente en materia de actividades meteorológicas nacional o internacional, por lo que no puede ser considerado como documento idóneo.
- 2.48 De la revisión de la Carpeta Fiscal presentada como Anexo al recurso, debe señalarse que la razón del archivo de la denuncia no se sustenta en que el hecho reviste características de fuerza mayor, sino que, al tratarse de un evento de orden natural, donde no hay voluntad ni conciencia en el acto de dañar, destruir o inutilizar un bien inmueble, el hecho denunciado contra YANAPAMPA no configura como delito; por tanto, no se trata de un medio probatorio idóneo que permita sustentar a YANAPAMA lo alegado.
- 2.49 En consecuencia, de conformidad con lo expuesto precedentemente, corresponde declarar infundado el recurso de apelación presentado por YANAPAMPA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas; el artículo 169 de su Reglamento; el artículo 3 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2019-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos; el Decreto Legislativo N° 1002, Ley de Promoción de la Inversión para la Generación de Electricidad con el uso de Energías Renovables; el Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2011-EM; el Procedimiento para el cálculo de la energía dejada de inyectar por causas ajenas al Generador, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 078-2016-OS/CD; y las disposiciones legales que anteceden;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa ELÉCTRICA YANAPAMPA S.A.C. contra la Resolución N° 17-2019-OS/DSE/GEN y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución.

Artículo 2.- Declarar **AGOTADA** la vía administrativa.

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad