

**RESOLUCIÓN DE DIVISIÓN DE SUPERVISIÓN DE ELECTRICIDAD
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN Nº 37-2018-OS/DSE**

Lima, 17 de octubre del 2018

Procedimiento: Calificación como Fuerza Mayor
Asunto: Recurso de Apelación
Recurrente: ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A.
Resolución impugnada N°: 62-2017-OS/DSE/GEN

SIGED N°: 201700058619
EXP. N°: FM-2017-1117

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Mediante el documento N° CDS-FM-315F-2017, ingresado por mesa de partes el 17 de abril de 2017, ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, ENEL) solicitó a Osinergmin la calificación de fuerza mayor por la interrupción del servicio eléctrico registrada el 01 de abril de 2017, a las 18:23 horas, en el distrito de Oyón, provincia de Oyón, departamento de Lima. Según ENEL, la referida interrupción habría ocurrido por como consecuencia de un huayco que obstruyó la bocatoma de la Central Hidroeléctrica Santo Domingo de Nava, produciendo su paralización.
- 1.2 Mediante la Resolución N° 15-2017-OS/DSE/GEN, emitida el 5 de mayo de 2017 y notificada el 10 de mayo de 2017, se declaró infundada la solicitud de calificación de fuerza mayor.
- 1.3 Mediante la Carta s/n, recibida el 31 de mayo de 2017, ENEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 15-2017-OS/DSE/GEN.
- 1.4 Mediante la Resolución N° 62-2017-OS/DSE/GEN, emitida el 12 de octubre de 2017 y notificada el 13 de octubre de 2017, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por ENEL.
- 1.5 Mediante la Carta s/n, recibida el 6 de noviembre de 2017, ENEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 62-2017-OS/DSE/GEN, manifestando lo siguiente:
 - Cuenta con un grupo electrógeno de óptimas condiciones para casos de emergencias respecto al fluido eléctrico; sin embargo, el problema no fue el equipo con el que cuenta, sino que el camino se encontraba bloqueado debido a los desastres naturales por intensas precipitaciones pluviales, lo que dificultó la labor de su personal para ingresar y arreglar el inconveniente. En consecuencia, el gobierno declaró estado de emergencia en dicha zona y aledaños de acuerdo a los Decretos Supremos siguientes:
 - Decreto Supremo N° 007-2017-PCM, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia por desastres a consecuencia de intensas precipitaciones pluviales, en los distritos de las provincias de Huarochirí, Lima, Cañete, Barranca, Yauyos, Huaral, Huaura, Oyón y Canta, todos ubicados en el departamento de Lima (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de enero de 2017).
 - Decreto Supremo N° 025-2017-PCM, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia en 34 distritos de 6 provincias del departamento de Lima, las cuales son: Huarochirí, Cajatambo, Yauyos, Cañete, Huaura y Canta; todo esto debido a los

desastres a consecuencia de intensas lluvias (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2017).

- Decreto Supremo N° 027-2017-PCM, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia en 15 distritos de la provincia de Lima del departamento de Lima (Lima Metropolitana): San Juan de Lurigancho, El Agustino, Ate, Rímac, Lima, Carabayllo, Puente Piedra, Los Olivos, Comas, San Martín de Porres, Lurín, Pachacamac, Cieneguilla, Punta Hermosa, Pucusana; 3 distritos de la Provincia Constitucional del Callao: Carmen de la Legua, Ventanilla y Callao; y, en 24 distritos de 7 provincias del departamento de Lima (Lima Provincias), como Huaral, Huarochirí, Huaura, Oyón, Yauyos, Barranca y Cañete, a consecuencia de intensas lluvias (publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de marzo de 2017).
- El mantenimiento de las carreteras de Huacho - Nava está a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- De lo señalado en los párrafos precedentes, y de conformidad con el principio de verdad material amparado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, el ente regulador se encuentra en la obligación de analizar todos los medios probatorios que considere necesarios para sustentar su decisión e incluso adoptar todas las medidas probatorias aun cuando no hayan sido aportadas por los administrados; en ese sentido, sin perjuicio de la nueva prueba aportada, y al amparo del artículo 42 y el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del referido texto legal, solicitamos se sirvan evaluar con carácter de declaración jurada lo referido por nuestra área técnica, caso contrario, se constituiría una vulneración al principio del debido procedimiento administrativo, la inaplicación del principio de impulso de oficio y la falta de observancia del principio de verdad material.
- Adjunta el Informe N° CDS-FM-315-2017-10, en el que da respuesta al numeral 2.4 de la resolución impugnada:
 - Considerando que cuenta con un grupo electrógeno para casos de emergencia de 400 kW, en circunstancias normales, estamos en condiciones de afrontar las interrupciones que se puedan dar en dicha zona.
 - El grupo electrógeno está en óptimas condiciones, siendo que el problema fue el acceso a través de las vías (carretera) para el transporte de combustible de Huacho a Nava y, así, pueda operar el referido grupo electrógeno.
 - El camino estaba obstruido o bloqueado durante todo el periodo, por ello, el gobierno declaró el estado de emergencia en dicha zona y aledañas, según Decretos Supremos adjuntos.
 - El grupo electrógeno de 400 kW excede ampliamente el margen de reserva que exige la norma de Osinergmin, por tanto, dicho excedente no está reconocido en la tarifa vigente.

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 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos, el Jefe de Supervisión de Generación Eléctrica y COES es competente para emitir pronunciamiento en primera instancia, con relación a solicitudes de calificación de fuerza mayor referidas a instalaciones de generación eléctrica; y en segunda instancia administrativa, el competente es el Gerente de Supervisión de Electricidad.
- 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 ENEL interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 62-2017-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.
- 2.5 Debe tenerse en cuenta que, conforme lo señala el artículo 1315 del Código Civil, para calificar un hecho como causa de fuerza mayor se requiere que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible. En ese sentido, para considerar un evento como fortuito y eximente de responsabilidad, debe determinarse, en primer lugar, la existencia del evento y, adicionalmente, que éste revista las características de extraordinario, imprevisible e irresistible; en otras palabras, la legislación y así lo señala también la doctrina civil, que para que se constituya el supuesto de fuerza mayor debe coincidir las tres características en forma conjunta.
- 2.6 Respecto a la determinación de si el evento reviste la característica de extraordinario, debemos señalar que lo extraordinario es entendido como aquel riesgo atípico de la actividad o cosa generadora del daño¹; notorio o público y de magnitud²; es decir, no debe ser algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo. Mientras que lo imprevisible e irresistible implica que el presunto causante no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera o no podría prever el acontecimiento y resistir a él.
- 2.7 Con relación a los argumentos expuestos en su recurso de apelación, debemos señalar que el sistema eléctrico aislado de Churín a cargo de ENEL, tiene como fuente de suministro eléctrico permanente la Central Hidroeléctrica de Nava, que consta de dos grupos cuya potencia instalada en conjunto alcanza los 527 kW, que permiten cubrir la máxima demanda, la cual, en los meses comprendidos entre agosto de 2016 y enero de 2017, alcanzó los 271 kW; además, para casos de emergencia de la generación hidráulica, posee un grupo electrógeno de 400 kW de potencia instalada en la parte externa de la sala de máquinas de la mencionada central hidroeléctrica.

¹ DE TRAZEGNIÉS GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 336 -341.

² Siguiendo al autor, "para considerar la notoriedad del hecho como elemento esencial del caso fortuito no se requiere que esta característica (notorio o público o de magnitud) haya sido expresamente señalada en el artículo 1315: está implícitamente en la exigencia de que se trate de un hecho extraordinario". *Ibid.* p. 339.

- 2.8 En el caso bajo análisis, se aprecia que ENEL argumenta que cuenta con un grupo electrógeno de óptimas condiciones para casos de emergencias respecto al fluido eléctrico, pero el problema de no haber podido restablecer el suministro eléctrico en forma oportuna se debió a que no se pudo abastecer de combustible dicho grupo eléctrico, al encontrarse el camino bloqueado durante todo el periodo declarado en emergencia por el Gobierno, hecho que carece de veracidad, puesto que el camino de Huacho a Nava no estuvo interrumpido los 150 días que aproximadamente duró la declaración del estado de emergencia en dicha zona.
- 2.9 De la revisión de los Decretos de Urgencia N° 007-2017-PCM, N° 025-2017-PCM y N° 027-2017-PCM se desprende que efectivamente varios distritos del Departamento de Lima fueron declarados en emergencia por las intensas lluvias; sin embargo, de los argumentos expuestos, se denota que, habiendo tomado conocimiento de los mismos, ENEL no constató o verificó la provisión de combustible suficiente para proceder a atender las probables contingencias que podrían surgir a consecuencia de las intensas lluvias en la central hidroeléctrica.
- 2.10 En tal sentido, si bien el evento reviste característica de extraordinario e imprevisible porque son resultados de fenómenos naturales, no es de naturaleza irresistible, porque pese a disponer de un grupo electrógeno de emergencia con el cual pudo abastecer parte o el total de la demanda afectada por la interrupción, ENEL no puso en operación ningún grupo electrógeno de forma rápida y oportuna, incumpliendo lo establecido en su Plan de Contingencia Operativo (PCO), y mediante el cual pudo haber sustituido total o parcialmente la demanda desabastecida por la paralización de la central hidroeléctrica.
- 2.11 El grupo electrógeno de emergencia de 400 kW que se encuentra instalado en el exterior de la central debe de estar listo para entrar en operación en casos de contingencia, incluso contar con un stock de combustible para operación durante algunas horas, tal como ocurre en centrales hidráulicas de la misma concesionaria: Canta, Ravira-Pacaros, Acos y Yaso; situación que no sucedió y que denota un comportamiento poco diligente por parte de ENEL, más aun cuando el problema de su no operatividad se debió a que no contaba con combustible, tal como expresamente lo han reconocido.
- 2.12 Es importante mencionar que, el artículo 1314 del Código Civil, establece que *“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*. Es decir, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La norma se refiere a la causa no imputable; es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.
- 2.13 Conforme lo señala el Dr. Felipe Osterling Parodi³: *“En caso de ausencia de culpa, el deudor no está obligado a probar el hecho positivo del caso fortuito o fuerza mayor, es decir, la causa del incumplimiento por un evento de origen conocido pero extraordinario, imprevisto e inevitable. En la ausencia de culpa, el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de demostrar el acontecimiento que ocasionó la inejecución de la obligación”*.

³ www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Artículo%201314.pdf

- 2.14 En el caso bajo análisis, no se cumplen las condiciones para ser declarado de fuerza mayor. El evento ocurrido el 1 de abril de 2017 pudo ser evitado si la empresa hubiese actuado con mayor diligencia durante el periodo de intensas lluvias en la zona, al estar bajo su responsabilidad la continuidad en forma eficiente del servicio eléctrico, obligación establecida en el artículo 31 de la Ley de Concesiones Eléctricas y su respectivo contrato de concesión.
- 2.15 Por lo señalado, las causas que han ocasionado el desabastecimiento del suministro eléctrico durante 1 hora con 20 minutos el 1 de abril de 2017, a las localidades del sistema aislado Churín, no califican como evento de fuerza mayor, al no tener la característica de hecho irresistible, por cuanto el evento pudo ser previsto, si la concesionaria hubiese adoptado las medidas preventivas para no dejar sin suministro a la población, en casos de paralización temporal de la Central Hidroeléctrica Nava.
- 2.16 En consecuencia, se advierte que ENEL no ha desvirtuado los fundamentos de la Resolución N° 62-2017-OS/DSE/GEN, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de apelación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Concesiones Eléctricas, el artículo 169 de su Reglamento, así como los artículos 207 y 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y el artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS-CD, que establece las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores y otros procedimientos administrativos;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa ENEL DISTRIBUCIÓN PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 62-2017-OS/DSE/GEN y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución.

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

«image:osifirma»

Gerente de Supervisión de Electricidad