

EL EXCESIVO USO DE LA FUERZA MAYOR PARA LA AMPLIACIÓN DE PLAZOS EN PROYECTOS DEL SECTOR ELÉCTRICO

THE EXCESSIVE USE OF FORCE MAJEURE FOR THE EXTENSION OF DEADLINES IN ELECTRIC SECTOR PROJECTS

Mayra Aguirre Ramírez*
Payet Rey Cauvi Pérez Abogados

During the last decade, the failure to meet public works execution deadlines has been a frequent matter. Particularly among the electricity sector, private companies have loosened established project execution deadlines by resorting to force majeure as a justification for obtaining an extended deadline. However, have these granted extensions really been justified in events of force majeure?

In this article, the author explains the regimes under which electric concessions are granted to further detail the regulation established electric project deadlines and the consequences of its non-compliance. Subsequently, the author reviews the regulation and doctrine on force majeure and lastly, acutely analyzes its use as justification in the deadline extensions granted in recent years.

KEY WORDS: *Force majeure, Electric energy concessions, Public-Private Partnerships, Electric Concessions Law, Commercial Start-up date.*

El incumplimiento de plazos en la ejecución de obras públicas ha sido frecuente en la última década. Particularmente en el sector eléctrico, las empresas privadas han logrado flexibilizar los plazos establecidos para la ejecución de proyectos, recurriendo a la fuerza mayor como justificación para obtener una prórroga. Pero, ¿realmente las prórrogas otorgadas se justifican en eventos de fuerza mayor?

En este artículo, la autora explica los regímenes bajo los que se otorgan las concesiones eléctricas para luego, detallar la regulación de los plazos establecidos para los proyectos y las consecuencias de incumplirlos. Posteriormente, revisa la regulación y doctrina sobre la fuerza mayor y finaliza analizando críticamente su uso como justificación en las prórrogas concedidas en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: *Fuerza mayor, Concesiones eléctricas, Asociaciones Público-Privadas, Ley de Concesiones Eléctricas (LCE), Fecha de Puesta en Operación Comercial (POC).*

* Abogada. Master of Laws (LL.M.) en Derecho y Política Energética por la Universidad de Dundee. Asociada del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Asociados, especializada en Derecho de la Energía, Regulatorio y Administrativo. Contacto: mar@prcp.com.pe.

Nota del editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el 29 de diciembre de 2018, y aceptado por el mismo el 7 de febrero de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo los alcances del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante, "LCE"), y su Reglamento (en adelante, "RLCE"), aprobado mediante Decreto Supremo 9-93-EM, se establecen las condiciones generales que regulan el desarrollo de las actividades en el mercado eléctrico en el Perú. A tales efectos, este ha sido organizado siguiendo los principios de desintegración vertical, liberalización del mercado y privatización de actividades. Como consecuencia de ello, se desarrollan tres actividades en el mercado eléctrico: generación, transmisión y distribución.

Adicionalmente a la LCE y RLCE, se han aprobado otras normas con el objeto de complementar el marco regulatorio vigente y establecer las herramientas necesarias para la promoción de la inversión en proyectos del sector eléctrico. En ese sentido, se crearon regímenes específicos tales como proyectos para la implementación de líneas de transmisión bajo el Sistema Garantizado de Transmisión (en adelante, "SGT")¹, desarrollo de generación con recursos energéticos renovables, desarrollo de grandes centrales hidroeléctricas, proyectos de reserva fría para resguardar la seguridad del sistema, entre otros. En todos estos casos, se otorgó una serie de beneficios tarifarios pagados a través de la demanda o usuarios del sistema, a efectos de hacer más atractiva la inversión en estas instalaciones.

Con el objetivo de hacer factible el desarrollo y adjudicación de estos proyectos, se utilizaron diferentes técnicas regulatorias, incluyendo el desarrollo de licitaciones bajo el régimen de Asociaciones Público-Privadas (en adelante, "APP"). Todo ello contribuyó a que los proyectos sean fácilmente adjudicados a privados debido a su rentabilidad y retorno fijo. Sin perjuicio de ello, para los demás casos, los proyectos se adjudicaron según el régimen general de concesiones definitivas previsto en la LCE y RLCE.

Sin embargo, en el diseño de los referidos proyectos existen ciertos factores que no fueron debidamente atendidos. En estricto, existe un problema

en la identificación de los potenciales riesgos que pueden afectar la ruta crítica de un proyecto. Junto a ello, también se suele asignar dichos riesgos al lado del inversionista, cuando puede que el Estado en ciertas circunstancias esté en mejores condiciones de mitigarlos.

Los problemas que suelen presentarse en el desarrollo de proyectos del sector eléctrico son los siguientes²:

- Retraso en la obtención de las autorizaciones, permisos y concesiones requeridos de manera previa al inicio de los trabajos de construcción.
- Problemas sociales con las comunidades locales.
- Falta de claridad en el desarrollo del procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
- Problemas en la obtención de los derechos superficiales para la ocupación de terrenos o en el acceso a tales terrenos.

Estos problemas ocurren en la etapa pre-operativa del proyecto, generando retrasos no previstos en el desarrollo de los mismos que ponen en riesgo la continuidad de las obras de construcción. Asimismo, también implican un riesgo para el titular del proyecto, quien no puede cumplir con las obligaciones contractuales asumidas. Junto a ello, hay un perjuicio a nivel social, dado que existe un retraso en el inicio de operación comercial del mismo.

A efectos de poder obtener una extensión en los plazos otorgados originalmente, los titulares del proyecto recurren al uso de la figura de la fuerza mayor. En ese sentido, se suele solicitar la ampliación de plazos bajo el sustento de que los retrasos ocurridos constituyen un evento de fuerza mayor que es irresistible, extraordinario e imprevisible. Asimismo, pese a que la aplicación de esta figura requiere verificar que el evento reúna los elementos para que califique como una fuerza mayor, usualmente el análisis que se suele hacer es mucho más flexible a fin de que pueda otorgarse los plazos adicionales solicitados.

¹ El SGT comprende las instalaciones de transmisión eléctrica de alto voltaje que se encuentran incluidas en el Plan de Transmisión que será aprobado por el Ministerio de Energía y Minas. Este tipo de infraestructura se desarrolla y se adjudica al sector privado a través de un proceso de licitaciones, siguiendo un modelo de competencia por el mercado. Tras ello, la empresa que resulte adjudicataria suscribirá un Contrato de Concesión BOOT con el Estado peruano. Técnicamente, las líneas de transmisión que forman parte de este régimen tienen características similares a las líneas de transmisión que conforman el SPT. Sin embargo, las instalaciones del SGT se encuentran sujetas a un régimen tarifario distinto.

² La lista ha sido elaborada en función a un análisis de las resoluciones ministeriales expedidas desde el año 2013 al 2018, mediante la cual el Ministerio de Energía y Minas otorga la ampliación de plazos de los diferentes hitos de un proyecto eléctrico, señalando en todos los casos la existencia de eventos de fuerza mayor. En ese sentido, tras el referido análisis se pudo observar que los eventos que suelen invocarse como fuerza mayor se encuentran relacionados con los retrasos en las autorizaciones y permisos, problemas sociales, demora en el desarrollo de la consulta previa (vinculado a problemas sociales y demora en la obtención de autorizaciones), problemas en el acceso a los terrenos para el desarrollo de la infraestructura.

En ese sentido, en este artículo se describirá brevemente los alcances de los regímenes bajo los cuales se desarrollan las actividades en el sector eléctrico. Asimismo, se detallará lo referido al cumplimiento de los plazos que han sido establecidos en el cronograma de ejecución de obras y la caducidad como consecuencia de los plazos definidos, específicamente el plazo para la puesta en operación de un proyecto. Junto a ello, se desarrollará el procedimiento a seguir para poder obtener la extensión de plazos siempre que exista un evento o causa de fuerza mayor.

El objetivo es analizar críticamente si la figura de la fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, es la figura idónea para atender los problemas derivados de los retrasos en el cumplimiento de los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras. En general, este es un problema bastante usual en el desarrollo de cualquier tipo de proyecto en el mercado eléctrico, en el cual se observan retrasos en diferentes momentos de la etapa pre-operativa, lo cual genera una postergación en los plazos previstos para el inicio de operaciones del proyecto del que se trate.

II. LOS REGÍMENES BAJO LOS CUALES SE EJECUTAN LOS PROYECTOS EN EL MERCADO ELÉCTRICO

A. Desarrollo de proyectos eléctricos bajo la LCE

De manera general, los proyectos eléctricos pueden estar vinculados a las actividades de generación, transmisión o distribución eléctrica, las cuales se desarrollan en el marco de lo establecido por la LCE y el RLCE. En ese sentido, para desarrollar actividades en cualquiera de los segmentos de la industria eléctrica es necesario contar con un título habilitante, el cual es otorgado por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, "MINEM") y en determinados supuestos, por gobiernos regionales. Los títulos habilitantes que para tal efecto se otorgan son de dos tipos: (i) concesiones, las cuales pueden ser definitivas o temporales; y (ii) autorizaciones.

a) Concesión definitiva

De acuerdo con la LCE, se requiere contar con una concesión definitiva para el desarrollo de cada una de las siguientes actividades:

- Generación de energía eléctrica que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor a 500 KW;
- Generación de energía eléctrica con recursos energéticos renovables³, con potencia instalada mayor a 500 KW;
- Transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de este; y,
- Distribución de energía eléctrica con carácter de Servicio Público de Electricidad⁴, cuando la demanda supere los 500 KW⁵.

La concesión definitiva es otorgada por plazo indefinido mediante resolución suprema refrendada por el MINEM. Una vez cumplidos los requisitos de admisibilidad, la solicitud será admitida a trámite ordenándose la publicación de un aviso por dos días consecutivos, por cuenta del interesado, en el Diario Oficial "El Peruano" y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar donde se ubicará la concesión⁶.

De acuerdo con la LCE, el MINEM deberá resolver la solicitud de concesión en un plazo máximo de sesenta días hábiles a partir de la fecha de su presentación, estando sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo. Una vez otorgada la concesión definitiva, el titular de la misma deberá suscribir el respectivo contrato de concesión con el Estado.

b) Concesión temporal

El MINEM otorga concesiones temporales mediante resolución ministerial para la realización de estudios de factibilidad relacionados con las actividades de generación y transmisión. Las concesiones temporales no tienen carácter exclusivo, pudiendo otorgarse a la vez concesiones temporales dentro de una misma área a más de un petitionerio.

³ Se califican como recursos energéticos renovables a los recursos energéticos tales como biomasa, eólico, solar, geotérmico y mareomotriz. Tratándose de la energía hidráulica, cuando la capacidad instalada no sobrepasa de los 20 MW.

⁴ Constituyen Servicios Públicos de Electricidad: (i) el suministro regular de energía eléctrica para uso colectivo o destinado al uso colectivo, hasta los límites de potencia fijados por el RLCE; y, (ii) la transmisión y distribución de electricidad.

⁵ Dicha actividad, en una zona determinada, debe ser desarrollada por un solo titular con carácter de exclusividad. La concesión de distribución puede ser reducida o ampliada con la respectiva autorización del MINEM.

⁶ Si dentro del término de quince días hábiles, posteriores a la última publicación del aviso, se presentaran otras solicitudes para la misma concesión, se seleccionará la solicitud que debe continuar con el procedimiento de solicitud de concesión definitiva, de acuerdo con el procedimiento de concurrencia establecido en el RLCE.

El plazo de vigencia de las concesiones temporales es de dos años, pudiendo extenderse hasta por un año adicional en caso el cronograma de estudios no haya sido cumplido por caso fortuito o fuerza mayor. Al vencimiento del plazo, la concesión temporal se extinguirá de pleno derecho⁷.

c) Autorización

De acuerdo con la LCE, se requiere una autorización para el desarrollo de actividades de generación termoeléctrica cuando la potencia instalada sea superior a 500 KW. Las autorizaciones son otorgadas por el MINEM mediante resolución ministerial y confieren a su titular el derecho de llevar a cabo la actividad eléctrica por plazo indefinido.

d) Actividad libre sin concesión o autorización

No se requiere contar con una concesión o autorización para el desarrollo de las siguientes actividades:

- Generación de energía eléctrica con potencia instalada menor o igual a 500 KW;
- Transmisión de energía eléctrica que no requiera bienes del Estado ni la imposición de servidumbre por parte de éste; y,
- Distribución de energía eléctrica con demanda menor o igual a 500 kW.

Las actividades de generación, transmisión y distribución que no requieran de concesión ni autorización podrán ser efectuadas libremente, cumpliendo con las normas técnicas y las disposiciones de conservación del medio ambiente y del Patrimonio Cultural de la Nación. Deben informar al MINEM el inicio de la operación y las características técnicas de las obras e instalaciones.

En ese sentido, la concesión definitiva y la autorización constituyen los títulos habilitantes requeridos para operar proyectos en el sector eléctrico. Sin perjuicio de ello, debe considerarse que, independientemente del régimen bajo el cual se desarrolle un proyecto de generación, transmisión o distribución, su titular requerirá obtener la concesión definitiva o autorización correspondiente, quedando sujeto a las reglas de operación que establece la LCE, el RLCE y las normas que resulten aplicables, junto con las reglas contractuales establecidas en el régimen especial que pueda ser aplicable para un determinado proyecto, según se explicará en los siguientes numerales.

Por tanto, para ciertos proyectos, el titular del mismo se encontrará sujeto al contrato que suscriba bajo el régimen que corresponda y también deberá obtener la concesión definitiva o autorización para operar.

B. Desarrollo de proyectos bajo el régimen de Asociaciones Público- Privadas

El régimen de promoción de la inversión mediante las Asociaciones Público - Privadas (en adelante, "APP") se desarrolló bajo lo establecido en el Decreto Supremo 59-96-EM y 60-96-EM, normas que luego fueron derogadas por el Decreto Legislativo 1224 y el Decreto Supremo 410-2015-EF. Actualmente, el régimen de APP se rige por el Decreto Legislativo 1362, el cual regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, "Ley APP") y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 240-2018-EF (en adelante, "Reglamento APP").

El régimen de APP se desarrolló con el propósito de promover la liberalización y privatización de los mercados a través de la participación de la inversión privada para desarrollar, mantener, mejorar y/u operar proyectos de infraestructura pública o prestar servicios públicos. En estricto, bajo este régimen, se delega en el sector privado el desarrollo de proyectos o prestación de servicios de titularidad estatal, ya que el sector privado cuenta con un mayor flujo económico, lo que hace viable la inversión para desarrollar proyectos públicos (Foro Económico Mundial, 2015, p. 12).

El principio que subyace a este régimen es delegar al sector privado aquellas actividades que no pueden ser desarrolladas directamente por el Estado, por lo que el régimen de APP se basa en la asignación óptima de riesgos. En efecto, en un régimen de contratación pública, los riesgos derivados del desarrollo de un proyecto de infraestructura pública o la prestación de un servicio público son asumidos única y directamente por el Estado. Sin embargo, con la participación de los privados, se permite reasignar los riesgos inherentes al desarrollo de proyectos a la parte que se encuentre en una mejor posición de asumirlos al menor costo (Hovy, 2015). En ese sentido, una APP se desarrolla bajo el principio de valor por dinero (Hovy, 2015).

Bajo los alcances del marco regulatorio, una APP puede ejecutarse bajo cualquiera de los siguientes

⁷ De acuerdo al RLCE, el MINEM se encuentra facultado a ejecutar la garantía otorgada por el concesionario al momento de solicitar la concesión temporal, en caso venza el plazo por el que fue otorgada dicha concesión o su renovación, sin que el concesionario hubiera cumplido con las obligaciones contraídas en el respectivo cronograma de estudios.

tipos de acuerdo: contrato de concesión, contrato de operación, contrato de administración, joint venture o cualquier otro tipo de figura contractual, siempre que ello sea permitido bajo la ley que regula la actividad.

Si bien el sector eléctrico tiene un régimen de concesiones definitivas y autorizaciones que constituye el título habilitante requerido para el desarrollo de proyectos dentro de este sector, se han desarrollado proyectos de generación y transmisión eléctrica bajo el régimen de APP. En efecto, con el objeto de promover nueva infraestructura eléctrica se han licitado diversos proyectos a efectos de adjudicar un contrato de concesión que garantice una serie de beneficios a su titular con el objetivo de que este desarrolle un determinado proyecto.

En ese sentido, bajo el régimen de APP se han desarrollado los siguientes tipos de proyectos:

1. Líneas de transmisión SGT

Bajo el régimen SGT se encuentran las instalaciones de transmisión eléctrica de alto voltaje, incluidas en el Plan de Transmisión que será aprobado por el MINEM. El Plan de Transmisión es un documento vinculante que establece cuáles serán las líneas de transmisión que se deberán construir dentro de un periodo de dos años. Este tipo de infraestructura se desarrolla y se adjudica al sector privado a través de un proceso de licitaciones, siguiendo un modelo de competencia por el mercado. Tras lo cual, la empresa que resulte adjudicataria suscribirá un contrato de concesión bajo las características de *build-own-operate-transfer* o BOOT (en consideración a sus siglas en inglés) con el Estado peruano.

Los concesionarios bajo este régimen serán remunerados a través de un concepto denominado base tarifaria, el cual se determina de manera anual por el Organismo Supervisor de la Inversión en Minería y Energía (en adelante, "Osinermin"), el cual reconoce un pago por inversión y otro por operación y mantenimiento.

Los contratos suscritos bajo este régimen suelen tener una vigencia de veinticinco años desde la fecha en que ocurre la operación comercial del proyecto. Asimismo, el contrato de concesión establece una serie de hitos y plazos cuyo incumplimiento puede generar la aplicación de penalidades y la terminación del contrato.

2. Plantas de Reserva Fría

Las plantas de Reserva Fría de Generación son centrales termoeléctricas que permanecen apagadas hasta que se presente una emergencia en el siste-

ma eléctrico en la zona de influencia del proyecto. Sus condiciones de operación le permiten entrar en funcionamiento rápidamente, produciendo electricidad de inmediato ante una eventual interrupción del suministro.

Estos proyectos son adjudicados a través de un procedimiento de licitación encargado a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (en adelante, "ProInversión"), para lo cual se evalúa el cumplimiento de requisitos legales, financieros y técnicos (exigencia de un Operador Calificado).

Se remunera por la potencia o capacidad y su compensación es establecida según la oferta que se presente en la licitación. Su remuneración se efectúa a través de un cargo regulado (Cargo por Seguridad de Suministro) y es determinado anualmente por el Osinermin.

Como consecuencia de la licitación, el adjudicatario suscribe un contrato de concesión con el Estado, el cual regula el régimen tarifario, condiciones técnicas de operación, entre otros aspectos. Actualmente, existen centrales de Reserva Fría en Piura, Pucallpa y Puerto Maldonado.

3. Centrales Hidroeléctricas

Hace algunos años, el MINEM encargó a ProInversión la conducción de procesos de licitación para la construcción de centrales hidroeléctricas a efectos de atender la demanda de suministro eléctrico de usuarios regulados. Como consecuencia de dicha licitación se adjudicaron tres proyectos: Central Hidroeléctrica Cerro del Águila, Central Hidroeléctrica Chaglla y Central Hidroeléctrica Pucará.

El esquema de licitación comprendió la suscripción de los siguientes acuerdos:

- Compromiso de Inversión
- Contrato de Compraventa de Suministro Energético (PPA) entre la adjudicataria y Electroperú para la venta de energía
- Compromiso de Coordinación Empresarial
- Compromiso de Compra de Activos Estatales

Asimismo, bajo el régimen de APP se efectuó la privatización de las empresas del sector eléctrico y se adjudicaron las líneas de transmisión existentes a dicha fecha.

C. Régimen para el desarrollo de proyectos de generación con recursos energéticos renovables

En el año 2008 se promulgó el Decreto Legislativo 1002, Decreto Legislativo de promoción de la

inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables (en adelante, “DL 1002”) mediante el cual se aprobó el marco regulatorio para promover el desarrollo de proyectos de generación con energías renovables. De acuerdo con esta norma, se estableció que serán considerados como recursos energéticos renovables (en adelante, “RER”) los siguientes recursos: biomasa, eólico, solar, geotérmico, mareomotriz y la energía hidráulica (en este último caso, siempre que su capacidad instalada no supere los 20 MW).

En ese sentido, el DL 1002, junto con su Reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 50-2008-EM y luego reemplazado por el Decreto Supremo 12-2011-EM, establecieron una serie de beneficios a favor de los titulares de plantas de generación RER. Tales beneficios son los siguientes:

- a) Prioridad en el despacho diario de energía
- b) Beneficios tarifarios: asignación de una prima tarifaria
- c) Depreciación acelerada
- d) Prioridad en la conexión

Sin embargo, el beneficio más importante es el referido a la adjudicación de un contrato de suministro denominado Contrato de Concesión para el Suministro de Electricidad mediante Recursos Energéticos Renovables (en adelante, “Contrato de Suministro RER”), mediante el cual se garantiza a su titular un ingreso anual por un periodo de veinte años. En efecto, el marco regulatorio vigente ha creado un régimen de subastas convocadas por el Osinergmin cuyo objetivo es adjudicar un contrato de suministro a favor de una determinada empresa, la cual asume la obligación de inyectar o entregar una cantidad de energía anualmente que será vendida en el mercado spot. Asimismo, bajo dicho contrato se otorga un beneficio tarifario, ya que se asigna un ingreso tarifario a favor del titular del contrato como contraprestación por la energía inyectada, el cual es cubierto con el precio del mercado spot y con una prima que permite alcanzar el ingreso tarifario que se garantiza al titular del contrato.

III. EL CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRAS DE UN PROYECTO ELÉCTRICO Y LA CADUCIDAD COMO CONSECUENCIA DE SU INCUMPLIMIENTO

A. Sobre los alcances del cronograma de ejecución de obras

Tal como ha sido señalado, los proyectos eléctricos pueden estar vinculados a las actividades de generación, transmisión o distribución eléctrica y para su desarrollo pueden efectuarse conforme a las re-

glas de la LCE o el RLCE o bajo algún régimen especial. Sin perjuicio de ello, independientemente del régimen bajo el cual se desarrolle el proyecto, debe considerarse que su desarrollo se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas reglas y obligaciones.

Una de las obligaciones más importantes para el desarrollo de cualquier proyecto es el referido a la fecha de Puesta en Operación Comercial (en adelante, “POC”), la cual pone fin a la etapa preoperativa para dar lugar a la operación y prestación del servicio de generación, transmisión o distribución, según corresponda.

Desde una perspectiva económica, la POC de los proyectos del sector eléctrico marcan un hito de gran importancia ya que a partir de dicha fecha se dará inicio a la prestación del servicio. Ello implica que el titular del proyecto percibirá una remuneración por el servicio que preste. En efecto, usualmente durante la etapa preoperativa del proyecto, no existe ningún tipo de pago a favor de su titular, por lo que este se encuentra obligado a asumir los costos de inversión derivados de la implementación del mismo. En ese sentido, es importante para cualquier inversionista poder cumplir con los hitos establecidos para la POC del proyecto, según los plazos considerados para tales efectos.

Por otro lado, para el Estado también es importante que los proyectos inicien operaciones dentro de los plazos previstos puesto que su desarrollo responde a una planificación que efectúa el MINEM, Osinergmin y el Comité de Operación Económica del Sistema (en adelante, “COES”) a efectos de determinar los requerimientos del mercado, considerando la demanda.

1. Cronograma de ejecución de obras bajo el régimen previsto en la LCE

Por tanto, un elemento importante para el desarrollo de proyectos es el cumplimiento de la fecha estimada de ingreso o inicio de operaciones. En ese sentido, bajo los alcances del artículo 31 de la LCE se ha establecido lo siguiente, “[t]anto los titulares de concesión como los titulares de autorización, están obligados a: a. Efectuar los estudios y/o la ejecución de las obras cumpliendo los plazos señalados en el cronograma correspondiente [...]”.

Asimismo, a efectos de solicitar el otorgamiento de una concesión definitiva o de una autorización, los artículos 25 y 38 de la LCE establecen como uno de los requisitos que debe acompañar la solicitud que se presenta ante el MINEM, un calendario de ejecución de obras, que indique el inicio y la puesta en operación comercial de un determinado proyecto.

El referido calendario de ejecución de obras es de obligatorio cumplimiento para los titulares de una concesión definitiva o de una autorización. Asimismo, bajo los alcances del artículo 37-D del RLCE se ha establecido que, para aquellos casos en los cuales el peticionario de una concesión definitiva o de una autorización sean titulares de un contrato bajo algún régimen de promoción de la inversión, la solicitud debe incluir el cronograma de ejecución de obras establecido para dicho proceso. En ese sentido, los plazos previstos en la concesión definitiva o autorización deben coincidir con los plazos previstos bajo otros regímenes contractuales. Ello, a fin de que haya concordancia entre los diferentes contratos que se pueden suscribir para el desarrollo de un determinado proyecto.

Ahora bien, el artículo 36 de la LCE incluye como una de las causales de caducidad de una concesión definitiva, el incumplimiento de los plazos previstos en el referido calendario de ejecución de obras. Así, desde la entrada en vigencia de la LCE, se han establecido los siguientes textos en relación a esta causal de caducidad de la concesión definitiva:

- Versión original

Artículo 36.- La concesión definitiva caduca cuando:

[...]

b) El concesionario no realice los estudios y/o no ejecute las obras e instalaciones en los plazos establecidos en el contrato de concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados; [...]

- Modificación por el artículo 1 de la Ley 28447

Artículo 36.- La concesión definitiva caduca cuando:

[...]

b) El concesionario no realice estudios y/o no ejecute las obras e instalaciones en los plazos establecidos en el contrato de concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor o razones técnico-económicas debidamente acreditadas y aprobadas por el Ministerio de Energía y Minas; [...]

- Modificación por el Artículo Único de la Ley 29178

Artículo 36.- La concesión definitiva caduca cuando:

[...]

b) el concesionario no cumpla con ejecutar las obras conforme el Calendario de Ejecución de Obras, salvo que demuestre que la ejecu-

ción ha sido impedida por la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor calificada como tal por el Ministerio de Energía y Minas; [...]

- Modificación por el Artículo 1 del Decreto Legislativo 1221

Artículo 36.- La concesión definitiva caduca cuando:

[...]

b) El concesionario no cumpla con ejecutar las obras conforme al Calendario de Ejecución de Obras, salvo que demuestre que la ejecución ha sido impedida por la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor calificada como tal por el Ministerio de Energía y Minas o, se apruebe un calendario garantizado de ejecución de obras por única vez, el cual debe acompañarse de una garantía adicional, según las condiciones previstas en el Reglamento; [...]

De acuerdo con los diferentes textos, la concesión definitiva caducará cuando el concesionario no cumpla con ejecutar las obras de acuerdo con los plazos establecidos en el calendario de ejecución de obras del proyecto. Sin embargo, se establece un eximente de responsabilidad vinculado a la existencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor. Bajo los alcances del primer texto del artículo 36, se señaló que solo se requería acreditar la fuerza mayor, pero no se señalaba expresamente que dicho evento debería ser calificado como tal por el MINEM. Posteriormente, con las modificaciones incluidas, se estableció que la calificación del evento de fuerza mayor sería efectuada por el MINEM.

De manera general, se ha previsto la posibilidad de dejar sin efecto la eventual declaración de caducidad o el referido incumplimiento cuando exista un evento de caso fortuito o fuerza mayor que exima al concesionario del cumplimiento de la obligación de ejecutar las obras de implementación del proyecto eléctrico del que se trate según los plazos exigidos en el cronograma de ejecución de obras.

Es importante considerar que el cronograma de ejecución de obras es propuesto por el concesionario, considerando el tiempo que podría tomar implementar un proyecto hasta alcanzar la fecha de POC. En estricto, ni la LCE ni el RLCE establecen plazos máximos o mínimos para el cumplimiento del referido hito, por lo que el concesionario cuenta con autonomía para plantear los plazos iniciales del proyecto. Cualquier ampliación de los plazos previstos en el calendario de ejecución de obras es evaluada por el MINEM, quien debe definir los nuevos plazos que requiere el proyecto para su ejecución hasta la fecha de la POC.

2. Cronograma de ejecución de obras bajo el régimen de APP

Junto al régimen general propuesto por el LCE también están las condiciones de operación que se establecen en los contratos de concesión que el Estado suscribe con el privado. En efecto, bajo el régimen de APP y cualquier otro régimen que se establece para el desarrollo de actividades en el sector eléctrico, también se exige el cumplimiento de determinados plazos o hitos los cuales serán determinados por el titular del proyecto.

En ese sentido, aquellos proyectos que se desarrollen bajo un régimen de APP se encontrarán sujetos al cumplimiento de plazos determinados, fijándose incluso la fecha en la que debe producirse la POC del proyecto. Las normas que resultan aplicables al régimen de APP no establecen plazos específicos o la ruta crítica a considerar para la etapa de ejecución contractual de un proyecto bajo este régimen. Sin embargo, sí establecen condiciones respecto a la posibilidad de suspender la ejecución del contrato y la modificación del contrato.

Respecto a la suspensión del contrato, el artículo 111 del Reglamento APP desarrolla las causales de suspensión del contrato dentro de las cuales se incluye la existencia de un evento de fuerza mayor que impida la ejecución del contrato o la prestación del servicio. Junto con ello, se establece que también se podrá suspender el contrato por cualquier otra causal que sea incluida en este. Como consecuencia de la ocurrencia de un evento de suspensión, se extenderá el plazo del contrato por un periodo equivalente al de la causa que originó la suspensión. Asimismo, durante dicho periodo,

se interrumpe el cómputo del plazo de vigencia del contrato.

Por otro lado, el Reglamento APP establece en el artículo 134 que es posible pactar modificaciones al contrato que se suscriba siempre que se mantenga el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del proceso de promoción. Sin embargo, el artículo 135 del Reglamento APP establece que las modificaciones al contrato podrán efectuarse después de que haya transcurrido tres años desde la fecha de cierre o la fecha de suscripción de este. Se pueden hacer excepciones a dicha regla para cierto tipo de modificaciones, tal como las modificaciones derivadas de hechos sobrevinientes a la adjudicación de la buena pro⁸.

En ese sentido, en el eventual caso de la ocurrencia de un evento de fuerza mayor que afecte la ruta crítica de un proyecto en su etapa preoperativa, es factible suspender los plazos que se hayan establecido en el cronograma de ejecución de obras. Asimismo, la variación de los hitos incluidos en el cronograma de ejecución de obras, en específico la variación de la fecha establecida para la POC que se de como consecuencia de un evento de fuerza mayor, puede calificar como un evento sobreviniente y, como tal, generar que se pueda modificar el contrato en lo que se refiere a plazos dentro del periodo de tres años después de la firma.

3. Cronograma de ejecución de obras de un proyecto de generación RER

Como consecuencia del desarrollo de la subasta que convoca Osinermin para la adjudicación de un Contrato de Suministro RER, los adjudicatarios

⁸ Reglamento APP

Artículo 134. Modificaciones contractuales.

134.1 Las partes pueden convenir en modificar el Contrato de APP, manteniendo el equilibrio económico financiero y las condiciones de competencia del Proceso de Promoción, procurando no alterar la asignación de riesgos y la naturaleza del proyecto.

134.2 En los procesos de modificación de Contratos de APP, la entidad pública titular del proyecto es responsable de sustentar el valor por dinero a favor del Estado, conforme lo establece el presente Reglamento, incluyendo la evaluación de las condiciones de competencia.

134.3 La evaluación de las condiciones de competencia se realiza sobre la base de la siguiente información:

1. Las condiciones de competencia del Proceso de Promoción previamente identificadas en el IEI que sustentó la VFC.
2. Las disposiciones establecidas en el Contrato.
3. Los hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro.
4. Las condiciones no imputables al Inversionista que afecten el desenvolvimiento del proyecto.

134.4 Durante el proceso de evaluación de modificaciones contractuales, es obligación de la entidad pública titular del proyecto, publicar en su portal institucional, las propuestas de modificaciones contractuales que se presenten durante su evaluación.

Artículo 135. Límite temporal para la suscripción de modificaciones contractuales.

Durante los tres (03) primeros años contados desde la fecha de suscripción del Contrato, no pueden suscribirse modificaciones contractuales a los Contratos de APP, salvo que se trate:

1. La corrección de errores materiales.
2. Hechos sobrevinientes a la adjudicación de la Buena Pro que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto.
3. La precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del Contrato.
4. El restablecimiento del equilibrio económico financiero, siempre y cuando resulte estrictamente de la aplicación del Contrato suscrito, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37.

suscribirán un contrato de suministro de electricidad⁹ con un plazo de veinte años. Adicionalmente a ello, bajo el marco normativo vigente se han establecido algunas especificaciones respecto a los plazos aplicables y a las fechas en que deben entrar en operación comercial los proyectos de generación RER que mantienen contratos de suministro suscritos como consecuencia de una subasta de generación RER. Debe considerarse que el plazo de vigencia del referido contrato se contará a partir de la fecha de POC del proyecto. La finalidad de ello es que la empresa titular del Contrato de Suministro RER reciba los pagos derivados del contrato a partir de la fecha en que tiene lugar la POC del proyecto.

Inicialmente, el Decreto Legislativo 1002 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 12-2011-EM no establecían reglas específicas respecto a los plazos para que ocurra la POC de un proyecto sujeto a un Contrato de Suministro RER. Asimismo, en los Contratos de Suministro RER suscritos en la primera subasta¹⁰ no se establecieron reglas específicas respecto a la fecha de POC o fijando plazos máximos para el cumplimiento de los hitos del cronograma de ejecución de obras.

En los Contratos de Suministro RER derivados de la segunda subasta sí se establecieron reglas específicas respecto al tipo de modificaciones que podían solicitarse sobre el plazo de POC del proyecto o plazos correspondientes a los hitos del cronograma de ejecución de obras. Así, dentro de las reglas contractuales fijadas se dispuso que los proyectos deberían iniciar la operación comercial como máximo el 31 de diciembre de 2014, pudiendo extenderse el plazo solo cuando exista un evento de fuerza mayor que impida el cumplimiento de llevar a cabo la POC dentro del referido plazo.

Para efectos de la tercera subasta, mediante el Decreto Supremo 24-2013-EM (en adelante, "DS 24-2013") se aprobó una serie de modificaciones al Reglamento del Decreto Legislativo 1002 a efectos de establecer condiciones mucho más estrictas en lo referido a la fecha de la POC de los proyectos RER.

A tales efectos, se pueden distinguir dos momentos en lo referido a la regulación de las fechas y plazos de estos contratos, en función a lo establecido por el DS 24-2013, según se indica a continuación:

a) Antes de la publicación del DS 24-2013

De manera previa a la publicación del DS 24-2013, no se establecía algún tipo de restricción respecto a la fecha en que se puede producir la POC de un proyecto. En estricto, la fecha de POC sería la que establezca el titular del contrato, admitiéndose la modificación de los hitos del cronograma de ejecución de obras en virtud de la existencia de eventos de fuerza mayor. Asimismo, tampoco se dispuso algún tipo de restricción de la cantidad de tiempo adicional que se solicitará para la ampliación del plazo de la POC.

Esta regla fue aplicable para los contratos suscritos durante la primera y segunda subasta. Sin embargo, los contratos derivados de la segunda subasta establecieron reglas más estrictas en lo referido al tipo de modificaciones en el plazo de la POC, solicitando el incremento del valor de la garantía de fiel cumplimiento que se requiere para respaldar la ejecución de la POC en el plazo previsto.

b) Después de la publicación del DS 24-2013

Dentro de las modificaciones establecidas por el DS 24-2013, se dispuso que la vigencia de veinte años se empezará a contar a partir de la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial¹¹ que establezca Osinergmin, la cual deberá ser concordante con la fecha de culminación del contrato que esta entidad haya establecido. Por tanto, a efectos de percibir los beneficios tarifarios del Contrato de Suministro RER por el plazo total de veinte años, los adjudicatarios se encuentran obligados a iniciar sus operaciones en la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial¹² que establezca Osinergmin.

⁹ Bajo los textos de las bases de la subasta ha sido denominado como Contrato de Concesión de Suministro, pero esto es incorrecto, ya que este es un PPA, no un contrato de concesión.

¹⁰ A la fecha se han efectuado cuatro subastas RER a partir del año 2009 con un intervalo de dos años. En ese sentido, la última subasta RER convocada por Osinergmin se llevó a cabo en el año 2015.

¹¹ De acuerdo con el Reglamento del Decreto Legislativo 1002, modificado por el DS 24-2013, la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial es la fecha establecida en las Bases, considerando veinte años hasta la Fecha de Término del Contrato.

¹² De acuerdo con el Reglamento, modificado por el DS 24-2013, la Fecha Real de Puesta en Operación Comercial es la Fecha real de entrada en operación comercial de cada central, certificada por el COES de acuerdo a sus Procedimientos, la cual no podrá exceder en dos años la Fecha Referencial de Puesta en Operación Comercial, caso contrario el Contrato quedará automáticamente resuelto y se ejecutará la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Los adjudicatarios podrán tener un retraso máximo de dos años para la POC, respecto de la fecha referencial señalada previamente. Sin embargo, tal situación no generará la suspensión del plazo del Contrato de Suministro RER, por lo que el adjudicatario no percibirá la tarifa adjudicada durante ese periodo.

Asimismo, se dispuso que en caso la POC del proyecto no ocurra dentro del plazo fijado como Fecha Real de Puesta en Operación Comercial, se sancionará al adjudicatario con la resolución del Contrato de Suministro RER.

Estas son las reglas que resultaron aplicables para los Contratos de Suministro suscritos como consecuencia de la Tercera y Cuarta Subasta, en los cuales se fijó como Fecha Real de Puesta en Operación Comercial el 31 de diciembre de 2018 y el 31 de diciembre de 2020, respectivamente.

En noviembre del año pasado se propuso la modificación del Reglamento del Decreto Legislativo 1002 mediante la Resolución 453-2018-MEM, en lo referido a la posibilidad de extender los plazos previstos para la POC de los proyectos adjudicados en la tercera y cuarta subasta, sujeto a la existencia de un evento de fuerza mayor. La propuesta de modificación del Reglamento del Decreto Legislativo 1002 también estableció un supuesto aplicable para los Contratos de Suministro derivados de la Tercera Subasta, cuya fecha máxima de POC estaba prevista para el 31 de diciembre de 2018. El proyecto de norma propuso admitir la ampliación de plazo sujeto a la existencia de un evento de fuerza mayor requiriéndose formalizar el acuerdo de ampliación de plazo a través de la suscripción de una transacción extrajudicial.

Sin embargo, el MINEM decidió no seguir adelante con este proyecto de norma y no efectuar la modificación al Reglamento del Decreto Legislativo 1002 debido a que se identificaron una serie de problemas que se derivarían de la eventual aprobación normativa. Al respecto, el MINEM hizo público el Informe 505-2018-MEM/DGE mediante el cual se detallaron las razones por las cuales el MINEM consideró necesario no proceder con la referida modificación normativa.

Por tanto, actualmente continúan siendo aplicables las condiciones fijadas en el Reglamento del Decreto Legislativo 1002 respecto a los plazos aplicables para los proyectos que fueron adjudicados en la Tercera y Cuarta Subasta RER.

B. La caducidad como consecuencia del incumplimiento de los plazos fijados en el cronograma de ejecución de obras

Las consecuencias derivadas del retraso en el cumplimiento del cronograma de ejecución de obras, específicamente del hito referido a la POC de un determinado proyecto, acarrea la revocación o caducidad del título habilitante exigido para su desarrollo.

Tal como hemos indicado, bajo los alcances de la LCE se establece que el incumplimiento de los plazos establecidos en el cronograma de ejecución de obra, siempre que no medie una causal de fuerza mayor, genera la revocación de la concesión definitiva. Dicha consecuencia también es aplicable respecto a la autorización para generación térmica que se obtenga. Asimismo, los proyectos adjudicados bajo un régimen de promoción de la inversión también se encuentran sujetos a las mismas consecuencias. En estricto, en los contratos que un privado suscribe con el Estado se establece el cumplimiento de ciertos hitos, siendo la POC uno de los más importantes del proyecto. Por tanto, cuando existen retrasos en la ruta crítica del calendario de ejecución de obras sin que medie algún eximente de responsabilidad respecto del titular del proyecto, se establece que dicho evento será sancionado con la terminación o caducidad del contrato.

A tales efectos, bajo el ámbito del derecho administrativo, debe considerarse que la caducidad de una concesión se entiende como una forma de terminación de la relación contractual derivada del incumplimiento del concesionario, tal como lo señala Gordillo (2007, XIII-18):

La caducidad supone que el acto que se extingue fundamentalmente concedía un derecho, creando al mismo tiempo ciertos deberes: es el incumplimiento de los segundos lo que lleva a la extinción del primero y con ello del acto todo. Esta sanción extintiva se aplica principalmente en materia de contratos administrativos: típicamente dentro de la concesión de servicios públicos y de la concesión de uso del dominio público [...] Claro está que en tales supuestos debe haber intimación previa y otorgamiento de un plazo razonable para el cumplimiento del acto [...] [El énfasis es nuestro].

En sentido análogo Marienhoff, Cassagne y Aguilar señalan, respectivamente:

[...] **cabe advertir que la caducidad procede cuando el co-contratante incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable.** Puede afirmarse que éste constituye un prin-

cipio generalmente aceptado por los autores. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien en algunas oportunidades calificó como caducidad lo que en el caso era revocación, en general ha vinculado la caducidad al incumplimiento de las obligaciones del cocontratante; así se observa en los considerandos de varias de sus sentencias. También la legislación sigue en general idéntico criterio, ya se trate de leyes argentinas –nacionales o provinciales– o de leyes extranjeras. Los proyectos de códigos de aguas para Buenos Aires y para Mendoza siguieron esa orientación. De manera que el incumplimiento de las obligaciones del cocontratante, como causal justificativa de la caducidad, tiene la fuerza de un principio ya incorporado a las prácticas jurídicas y de constante aplicación actual (Marienhoff, 1998, numeral 813, literal e) [El énfasis es nuestro]

Como una rémora de la teoría de los actos de autoridad, el derecho administrativo incorporó originariamente esta causal de extinción propia del acto administrativo unilateral, a las concesiones de servicio público y de obra pública. En realidad, **se trata de un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la Administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario con el fin de preservar el servicio público o la explotación de una obra pública**, según sea el caso (Cassagne, 1999, p. 102) [El énfasis es nuestro].

Traspolada al campo contractual, y específicamente al régimen de las licencias y concesiones de infraestructura y servicios públicos que nos ocupa, la caducidad aparece configurada como la forma de extinción unilateral de tales modalidades contractuales por parte de la Administración frente al incumplimiento del concesionario o licenciatario de alguna obligación esencial, dispuesta con el fin de preservar el servicio público o explotación de una obra pública. De esta forma, **la caducidad constituye la sanción máxima en materia contractual, en la medida que provoca la extinción del contrato por culpa del concesionario** (Aguilar Valdez, 2006, p. 191) [El énfasis es nuestro].

A tales efectos, la caducidad resulta la sanción que se aplica respecto a los concesionarios de un servicio público o titulares de una concesión de infraestructura ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la contractualización de la relación entablada con la administración pública por el otorgamiento a su favor de un título habilitante que otorga derechos de explotación.

Por tanto, una vez que el MINEM verifique que se ha producido un incumplimiento del cronograma de ejecución de obras, este podrá disponer la terminación o caducidad de la concesión definitiva junto con el contrato de concesión que corresponda. Lo mismo resulta aplicable respecto a los contratos suscritos bajo un régimen de APP o bajo los Contratos de Suministro RER.

Sin embargo, de acuerdo a lo indicado previamente, es necesario verificar que el incumplimiento sea imputable al concesionario o titular del contrato a efectos de que pueda sancionarse con la caducidad de la concesión, autorización o contrato que corresponda. Ello ha sido reconocido por la LCE, la cual señala que solo procederá la caducidad de una concesión definitiva cuando se verifique que no existe ningún eximente de responsabilidad. Por tanto, a efectos de evitar caer en una causal de terminación o caducidad, se requiere acreditar la existencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor que haya generado el impedimento para el titular de cumplir con sus obligaciones contractuales.

IV. ¿QUÉ HACER CUANDO NO SE PUEDEN CUMPLIR CON LOS PLAZOS? EL USO DE LA FUERZA MAYOR PARA SOLICITAR LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LOS PROYECTOS ELÉCTRICOS

A. Ampliación de plazo para los proyectos que cuentan con una concesión definitiva

Tal como hemos indicado, a efectos de que se determine la caducidad de una concesión definitiva se debe producir un incumplimiento de los plazos previstos en el calendario de ejecución de obras sin que medie un evento o causa de fuerza mayor. En consecuencia, a efectos de evitar caer en incumplimiento de los plazos que prevé el cronograma del proyecto, el concesionario puede solicitar la suspensión y modificación de los plazos del proyecto en aquellos casos en los que haya ocurrido un evento calificado como de fuerza mayor¹³.

A tales efectos, si bien la regla general indica que el concesionario debe cumplir con sus obligaciones con el propósito de garantizar la continuidad de la prestación del servicio, es posible eximirse de responsabilidad cuando existe una causal de fuerza mayor.

En cuanto a las obligaciones del concesionario, está demás decir que la primera es prestar el servicio en forma regular y continua, porque la naturaleza jurídica del servicio público así lo

¹³ En la siguiente sección se describirá cuáles son los alcances de la fuerza mayor.

impone, además se acepta tanto en la doctrina como en la práctica, que el concesionario debe cumplir en lo posible las prestaciones estipuladas en la concesión en todas las circunstancias, aun en los casos de acontecimiento económicos excepcionales, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles; se ha dicho al respecto que el concesionario no debe ejecutar sus obligaciones contractuales solamente como lo haría un particular frente a otro particular; que las obligaciones que nacen de un contrato administrativo propiamente dicho deben ser entendidas como extendiéndose a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio en el cual ha consentido colaborar. La única causa de liberatoria que se acepta es la de la fuerza mayor (Guevara Avilés, 1945, p. 327).

Consecuentemente, la fuerza mayor es una figura que aplica a todo tipo de relación contractual, pudiendo ser invocada por la parte que haya incumplido sus obligaciones por una causa ajena a esta y en la cual concurren los elementos de la fuerza mayor: extraordinariedad, irresistibilidad e imprevisibilidad. No existe ámbito contractual alguno en el cual pueda afirmarse que la fuerza mayor no opera, puesto que esta es una prerrogativa de las partes de una relación contractual.

En estricto, el marco regulatorio aplicable o el Texto Único de Procedimientos Administrativos del MINEM no contemplan un procedimiento a seguir en el eventual caso de que se presente un evento de fuerza mayor. En ese sentido, se deberán aplicar las reglas que puedan estar establecidas en el contrato de concesión definitiva. Sin perjuicio de ello, ante la ausencia de reglas se deberá proceder a plantear una solicitud ante el MINEM a efectos de que este resuelva la existencia un evento de fuerza mayor.

De acuerdo con la práctica y tras haber seguido diversos casos en los cuales se plantea una solicitud de ampliación de plazos del cronograma de ejecución de obras como consecuencia de un evento de fuerza mayor, hemos observado que en el análisis seguido por el MINEM se suele revisar la cantidad de días de retraso generados por el referido evento. Asimismo, se analiza si el evento en cuestión cumple con las condiciones legales para ser considerado como una fuerza mayor. Una vez que se ha verificado que se trata de un evento de fuerza mayor, el MINEM procede a aprobar la extensión

del plazo mediante una resolución ministerial, en la cual se describe brevemente el tipo de evento y se indican los nuevos plazos.

Según el análisis que hemos efectuado en función a las resoluciones ministeriales emitidas por el MINEM durante los años 2013 al 2018¹⁴, las materias por las cuales se ha procedido a extender los plazos de un determinado proyecto se encuentran vinculadas a lo siguiente:

- Retraso en la obtención de las autorizaciones, permisos y concesiones requeridos de manera previa al inicio de los trabajos de construcción.
- Problemas sociales con las comunidades locales.
- Falta de claridad en el desarrollo del procedimiento de consulta previa a los pueblos indígenas u originarios.
- Problemas en la obtención de los derechos superficiales para la ocupación de terrenos o en el acceso a tales terrenos.

Si bien es discutible si los eventos descritos califican como un evento de fuerza mayor, debe considerarse que el reconocimiento de estar bajo un eximente de responsabilidad ha permitido la continuidad y desarrollo de los proyectos del mercado eléctrico.

En caso no se logre obtener la referida extensión del plazo como consecuencia de un evento de fuerza mayor, debe considerarse que existe un procedimiento previo a la declaración de la caducidad de una concesión definitiva o de una autorización. En efecto, dado el carácter sancionador de la figura de caducidad de una concesión, la declaración de caducidad debe seguir un procedimiento en el que se otorgue al concesionario la posibilidad de efectuar los descargos correspondientes y desvirtuar las imputaciones realizadas. La LCE no desarrolla el procedimiento administrativo correspondiente para la declaración de caducidad. Por el contrario, solo se limita a indicar que la caducidad será declarada por resolución suprema refrendada por el MINEM y que se dispondrá la intervención administrativa en forma provisional a fin de asegurar la continuidad de las operaciones de las instalaciones eléctricas hasta la adjudicación en subasta de los derechos y bienes de la concesión (Sosa Wagner, 1995, p. 129)¹⁵.

¹⁴ A efectos de el referido análisis, hemos revisado las resoluciones ministeriales que han sido emitidas por el MINEM durante el periodo comprendido entre el 2013 al 2018, identificándose sesenta resoluciones en virtud de las cuales el MINEM ha aprobado la extensión del plazo para la POC en virtud de argumentos de fuerza mayor, en la mayoría de los casos.

¹⁵ Sobre subasta de bienes de concesión luego de la caducidad.

Sin embargo, el procedimiento administrativo de declaración de la caducidad de las concesiones definitivas de actividades eléctricas se encuentra desarrollado en el artículo 73 del RLCE. Así, la versión original del RLCE diseñó un procedimiento lineal con la necesaria etapa de descargos en la cual el titular afectado podía hacer ejercicio de su derecho de defensa antes de la declaración de caducidad¹⁶. Las alegaciones del titular debían ser evaluadas por la DGE y, luego de ello, se emitía la resolución suprema correspondiente.

Sin embargo, en el año 2009 el artículo 73 fue sucesivamente modificado por los decretos su-

premos 17 y 18-2009-EM, mediante los cuales se estableció un procedimiento similar al que se aplica actualmente¹⁷. En el año 2012 se modificaron nuevamente algunos extremos del artículo 73, en lo referido al procedimiento a seguir para la postergación del calendario de ejecución de obras y las garantías que deben extenderse a efectos de que sea aprobado el nuevo calendario de ejecución de obras¹⁸.

En el año 2016, mediante Decreto Supremo 18-2016-EM se aprobó un nuevo texto para el artículo 73. Este texto es bastante similar a lo establecido en las modificaciones de los años 2009 y 2012,

¹⁶ El texto original del artículo 73 del RLCE es el siguiente:

Artículo 73.- La tramitación de la caducidad de la concesión, en mérito a las causales que señala el Artículo 36 de la Ley, seguirá el siguiente curso: a) La Dirección formará un expediente, en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad; debiendo notificar este hecho al concesionario por vía notarial; b) El concesionario, una vez recibida la notificación a que se refiere el inciso precedente, deberá efectuar los descargos presentando las pruebas que considere convenientes a su derecho, dentro del plazo improrrogable de diez (10) días hábiles de recibida la respectiva carta notarial. Vencido el plazo sin que el concesionario presente los descargos referidos, se declarará la caducidad sin más trámite. c) Los descargos presentados por el concesionario dentro del plazo señalado en el inciso que antecede serán evaluados por la Dirección y, de ser el caso, se emitirá la Resolución Suprema declarando la caducidad dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde el vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior; d) En la Resolución Suprema que declara la caducidad, deberá designarse la persona natural o jurídica que se encargue de llevar a cabo la intervención, a que se refiere el Artículo 37 de la Ley.

¹⁷ Artículo 73.- La tramitación de la caducidad de la concesión, en mérito a las causales que señala el Artículo 36 de la Ley, seguirá el siguiente curso:

- a) La Dirección formará un expediente, en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad; debiendo notificar este hecho al concesionario por vía notarial;
- b) El concesionario, una vez recibida la notificación a que se refiere el inciso precedente, deberá efectuar los descargos presentando las pruebas que considere convenientes a su derecho, dentro del plazo improrrogable de diez (10) días hábiles de recibida la respectiva carta notarial. Vencido el plazo sin que el concesionario presente los descargos referidos, se declarará la caducidad.
- c) Los descargos presentados por el concesionario dentro del plazo señalado en el inciso que antecede serán evaluados por la Dirección y, de ser el caso, se emitirá la Resolución Suprema declarando la caducidad dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde el vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior;
- d) El procedimiento de caducidad quedará en suspenso únicamente si, dentro del plazo de treinta (30) días desde el vencimiento del plazo señalado en el inciso b), el concesionario presenta a la Dirección un Calendario Garantizado de Ejecución de Obras, acompañado de una garantía incondicional, irrevocable y de ejecución inmediata que respalde el cumplimiento de todo el Calendario Garantizado, extendida por una entidad financiera que opere en el país, por un monto equivalente a:
 - Cinco Mil Unidades Impositivas Tributarias (5,000 UIT), si es que el plazo para el inicio de obras propuesto en el Calendario Garantizado no es mayor a un (01) año contado a partir de la fecha de su presentación a la Dirección; o,
 - Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias (10,000 UIT), si es que el plazo para el inicio de obras propuesto en el Calendario Garantizado es mayor a un (01) año y no es mayor a dos (02) años contados a partir de la fecha de su presentación a la Dirección.

El plazo para el inicio de las obras, previsto en el Calendario Garantizado de Ejecución de Obras presentado, no deberá ser mayor a dos (02) años contados a partir de la fecha de su presentación a la Dirección.

- e) En caso de incumplimiento de cualquier parte del referido Calendario Garantizado según el informe de Osinergmin que así lo acredite, la Dirección dispondrá la ejecución de la garantía y, sin más trámite, se expedirá la Resolución Suprema declarando la caducidad de la concesión.
- f) Cumplidas las condiciones señaladas en el inciso d), se emitirá la Resolución Suprema que declare en suspenso el procedimiento de caducidad y apruebe el Calendario Garantizado. No se exceptúa de dicha garantía a ningún tipo de concesión y se deberá mantener vigente la garantía hasta la puesta en operación comercial de la central. En caso de cumplimiento del Calendario Garantizado, la garantía será devuelta al concesionario, con lo cual quedará sin efecto el procedimiento de caducidad.

En la Resolución Suprema que declara la caducidad, deberá designarse la persona natural o jurídica que se encargue de llevar a cabo la intervención, a que se refiere el Artículo 37 de la Ley, de ser el caso.

¹⁸ Artículo 73.- La tramitación de la caducidad de la concesión, en mérito a las causales que señala el Artículo 36 de la Ley, seguirá el siguiente curso:

(...)

- e) La postergación de uno o más hitos del Calendario Garantizado de Ejecución de Obras procederá, únicamente, si la solicitud de postergación se presenta a la Dirección acompañada del nuevo Calendario Garantizado de Ejecución de Obras y de la garantía incrementada en un veinte por ciento (20%) respecto del monto vigente a la fecha de la presentación de la solicitud de postergación. El incremento de la garantía se debe efectuar por cada solicitud de

estableciendo modificaciones específicamente en el literal en donde se regulan los montos de las garantías a extenderse y los plazos que deben considerarse en el calendario de ejecución de obras, entre otros¹⁹.

Producto de esta modificación, se otorga la posibilidad al titular de la concesión definitiva, respecto del cual se ha iniciado un procedimiento para la declaración de caducidad, de suspender dicho procedimiento en tanto presente un calendario que sustituirá al original, denominado "Calendario Garantizado de Ejecución de Obras", y una garantía a favor del MINEM por montos sustan-

tivos y mayores que los aplicables en situaciones normales. Asimismo, el procedimiento prevé que, como máximo, se podrá establecer la reanudación de los trabajos desarrollados por el concesionario en un plazo de dos años desde que se emitió la resolución suspendiendo el procedimiento de caducidad. El mismo plazo aplica para el desarrollo de las obras previstas bajo el nuevo calendario de ejecución de obras.

La finalidad de este procedimiento es permitir el desarrollo de los proyectos eléctricos, para lo cual se otorga un mecanismo que admite, pese a la existencia de un incumplimiento en los plazos que fue-

postergación, cualquiera que sea la causa, excepto los casos de fuerza mayor debidamente sustentada y acreditada ante Osinergmin. Para todos los efectos legales, el nuevo Calendario Garantizado de Ejecución de Obras presentado por el concesionario junto con la solicitud de postergación sustituirá al anterior, a partir de la comunicación que la Dirección remita al concesionario indicándole que ha cumplido con los requisitos indicados en el presente inciso. Esta comunicación será remitida con copia a Osinergmin acompañada de la copia del nuevo Calendario Garantizado de Ejecución de Obras."

- f) Cumplidas las condiciones señaladas en el inciso d), se emitirá la Resolución Suprema que declare en suspenso el procedimiento de caducidad y apruebe el Calendario Garantizado de Ejecución de Obras. La garantía debe extenderse hasta la puesta en operación comercial. La renovación de la Carta Fianza deberá ser presentada a la Dirección antes de su fecha de vencimiento. En caso contrario, la garantía será ejecutada y el concesionario quedará obligado a presentar, sin requerimiento alguno, una nueva garantía por un monto igual al de la garantía que fue ejecutada, dentro del plazo improrrogable de veinte (20) días hábiles desde la fecha de vencimiento de la garantía ejecutada, bajo apercibimiento de expedir la Resolución Suprema declarando la caducidad de la concesión. No se exceptúa de presentación de la garantía a ningún tipo de concesión. En caso de cumplimiento de la fecha de puesta en operación comercial, la garantía será devuelta al concesionario, con lo cual quedará sin efecto el procedimiento de caducidad.
- g) En la Resolución Suprema que declara la caducidad, deberá designarse la persona natural o jurídica que se encar-que de llevar a cabo la intervención, a que se refiere el Artículo 37 de la Ley, de ser el caso.

¹⁹ Artículo 73.- La tramitación de la caducidad de la concesión, en mérito a las causales que señala el artículo 36 de la Ley, seguirá el siguiente curso:

- a) La DGE o el GORE formará un expediente, en el cual se documentará la causa que amerita la caducidad; debiendo notificar este hecho al concesionario;
- b) El concesionario, una vez recibida la notificación a que se refiere el inciso precedente, deberá efectuar los descargos presentando las pruebas que considere convenientes a su derecho, dentro del plazo improrrogable de diez (10) días hábiles de recibida la respectiva carta notarial. Vencido el plazo sin que el concesionario presente los descargos referidos, se declarará la caducidad;
- c) Los descargos presentados por el concesionario dentro del plazo señalado en el inciso que antecede serán evaluados por la DGE o el GORE y, de ser el caso, se emitirá la Resolución declarando la caducidad dentro del plazo máximo de treinta (30) días hábiles desde el vencimiento del plazo señalado en el inciso anterior;
- d) El procedimiento de caducidad quedará en suspenso únicamente si, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles desde el vencimiento del plazo señalado en el inciso b), el concesionario presenta a la DGE o al GORE un Calendario Garantizado de Ejecución de Obras que contenga la fecha de los principales hitos, entre ellos, la fecha de inicio de la ejecución de las obras y la fecha de puesta en operación comercial, acompañado de una Carta Fianza solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática, sin beneficio de excusión, emitida por una Entidad Bancaria o Compañía de Seguro autorizada por la Superintendencia de Banca y Seguros, que garantiza el cumplimiento del Calendario Garantizado de Ejecución de Obras por parte del concesionario, por un monto equivalente a:
 - Cinco Mil Unidades Impositivas Tributarias (5 000 UIT), si es que el plazo para iniciar las obras indicadas en el Calendario Garantizado de ejecución de Obras no es mayor a un (01) año contado a partir de la fecha de su presentación a la DGE.
 - Diez Mil Unidades Impositivas Tributarias (10 000 UIT), si es que el plazo para iniciar las obras indicadas en el Calendario Garantizado de Ejecución de Obras es mayor a un (01) año y no es mayor a dos (02) años contado a partir de la fecha de su presentación a la DGE.

El Plazo para el inicio de las obras previsto en el Calendario Garantizado de Ejecución de obras presentado con la solicitud de suspensión, no podrá ser mayor a dos (02) años contado a partir de la fecha de su presentación a la DGE.

El plazo para iniciar o reanudar las obras previstas en el Calendario Garantizado de Ejecución de Obras presentado con la solicitud de suspensión, no podrá ser mayor a dos (02) años contado a partir de la fecha de su presentación a la DGE o al GORE.

- e) Cumplidas las condiciones señaladas en el inciso d), se emitirá la Resolución que declare en suspenso el procedimiento de caducidad y apruebe el Calendario Garantizado de Ejecución de Obras. La garantía debe extenderse hasta la puesta en operación comercial. La renovación de la Carta Fianza deberá ser presentada a la DGE o al GORE antes de su fecha de vencimiento. En caso contrario, la garantía será ejecutada y el concesionario quedará obligado a presentar, sin requerimiento alguno, una nueva garantía por un monto igual al de la garantía que fue

ron planteados inicialmente, que la concesión definitiva o autorización de un proyecto no sea declarada caduca. Esto se consigue con la sustitución del cronograma de ejecución de obras inicial, el cual se encuentra respaldado por garantías cuyo monto son mucho más onerosas que la que se otorgó inicialmente²⁰. Así este mecanismo se encuentra vinculado con el carácter de última ratio de la declaración de caducidad (Aguilar Valdez, 2006, p. 192).

Cabe señalar que este mecanismo no es creación original del RLCE. Ya en la legislación española de mediados del siglo pasado existía un sistema análogo denominado **rehabilitación** de la concesión, del que da cuenta García-Trevijano para las concesiones hidráulicas:

Independientemente de esta prórroga, se prevé la posibilidad de que el concesionario inste la rehabilitación de la concesión: dicha petición puede hacerse a la vez que la prórroga o independientemente de ella; lo primero, para evitar que en el caso de no concederse la prórroga se incoe el expediente de caducidad.

El Decreto de 26 de octubre de 1945 dispuso, en su artículo 5º, que «en la rehabilitación de las concesiones que estén incursas en caducidad por incumplimiento de las condiciones que fueron impuestas, será preceptiva la imposición con que fueron otorgadas de una fianza complementaria al concesionario, del 5 por 100 del presupuesto de la totalidad de las obras».

La rehabilitación, por lo tanto, supone que el concesionario ha incurrido en caducidad, aun cuando no se haya iniciado el expediente. De aquí la diferencia esencial entre prórroga y rehabilitación, ya que en la primera aún no se ha producido el incumplimiento por parte del concesionario (1955, p. 270).

En consecuencia, bajo este sistema se reconoce que la figura de la rehabilitación de la concesión opera para aquellos casos en los cuales se produjo el incumplimiento del concesionario, previsible-

mente por una causa imputable a este. Así, en la práctica, la diferencia entre seguir el procedimiento de caducidad y obtener una prórroga derivada de un evento de fuerza mayor se diferencia en el evento que causa el incumplimiento. En el primer caso, el incumplimiento se deriva de una causa imputable al titular de la concesión, mientras que en el segundo, el evento que causó el retraso no resulta imputable al concesionario.

B. Ampliación del plazo en concesiones otorgadas bajo un régimen de APP y en los Contratos de Suministro RER

Tal como ha sido indicado en secciones previas, la ampliación de los plazos del cronograma de ejecución de obras bajo una concesión otorgada en un régimen de APP se ciñe a lo establecido en el contrato mismo y en las disposiciones legales que han sido desarrolladas por la Ley APP y el Reglamento APP.

En ese sentido, el Reglamento APP ha establecido la posibilidad de suspender los plazos cuando medie un evento de fuerza mayor, pudiendo modificarse el plazo del contrato al indicar que el evento que generó el retraso es un hecho sobreviniente y no imputable al concesionario. Sin embargo, de no mediar un eximente de responsabilidad, es probable que su titular incurra en un incumplimiento contractual que pueda derivar en la aplicación de penalidades contractuales e, incluso, en la terminación del contrato.

Sin embargo, para el caso de los contratos suscritos bajo el régimen aplicable para la generación RER se han establecido reglas específicas que son mucho más restrictivas en lo que se refiere a la ampliación del plazo del cronograma de ejecución de obras. En efecto, a nivel normativo sigue aplicándose lo establecido por el DS 24-2013 en lo referido a la imposibilidad de extender el plazo de los Contratos de Suministro a pesar de que medie un

ejecutada, dentro del plazo improrrogable de veinte (20) días hábiles desde la fecha de vencimiento de la garantía ejecutada, bajo apercibimiento de expedir la Resolución declarando la caducidad de la concesión. No se exceptúa de presentación de la garantía a ningún tipo de concesión. En caso de cumplimiento de la fecha de puesta en operación comercial, la garantía será devuelta al concesionario, con lo cual quedará sin efecto el procedimiento de caducidad;

- f) En la Resolución que declara la caducidad, deberá designarse la persona natural o jurídica que se encargue de llevar a cabo la intervención, a que se refiere el artículo 37 de la Ley, de ser el caso.”

²⁰ La Exposición de Motivos del Decreto Supremo 18-2009-EM dispuso lo siguiente:

La coyuntura que el país atraviesa hace necesario complementar las disposiciones que regulan la tramitación de la caducidad de concesiones, con el objeto de facilitar la oportuna ejecución de proyectos que se encuentran en condiciones administrativas avanzadas. El artículo 73 del Reglamento de Concesiones Eléctricas, aprobado por el Decreto Supremo 009-93-EM, contiene el procedimiento para declarar la caducidad de las concesiones eléctricas. Se hace necesario complementar lo dispuesto en el mencionado artículo 73 a fin de que los administrados dispongan alternativamente de un trámite célere que permita concretar el desarrollo de las actividades materia de la concesión. Para ello, se requiere incorporar la posibilidad de ampliación del plazo de inicio de las obras correspondientes, a cuenta de una garantía económica razonable que evite comportamientos estratégicos de los interesados.

evento de fuerza mayor que exima de responsabilidad a su titular de los retrasos o imposibilidad de cumplir con los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras.

Sin perjuicio de ello, los contratos también contienen reglas específicas sobre el procedimiento a seguir para modificar los hitos del cronograma de ejecución de obras o la fecha de POC. Así, por ejemplo, bajo los alcances del Contrato de Suministro RER se establece en el numeral 4.5 de la Cláusula Cuarta de este contrato que la POC del proyecto a ser ejecutado deberá producirse en la fecha indicada en la oferta presentada durante la segunda subasta, la cual no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2014, salvo que medie una causa de fuerza mayor.

En ese sentido, el Contrato de Suministro RER es bastante claro al indicar que los proyectos que hayan sido adjudicados durante la segunda subasta deberán iniciar operación comercial como máximo el 31 de diciembre de 2014. No obstante ello, según lo indicado previamente, solo bajo causal de fuerza mayor será posible extender la fecha de POC para una fecha posterior al 31 de diciembre de 2014. A tales efectos, bajo los alcances del numeral 8.4 de la Cláusula Octava del Contrato de Suministro RER, se establecen reglas específicas aplicables a las solicitudes de prórroga de POC según indicamos a continuación:

- a) Postergación de la POC para una fecha anterior al 31 de diciembre de 2014: En aquellos casos en que la postergación de POC sea por un plazo que no sea posterior al 31 de diciembre de 2014, esta podrá ser prorrogada bajo cualquier causa. Sin embargo, es necesario que se incremente el valor de la Garantía de Fiel Cumplimiento en 20% de su valor vigente. Asimismo, se establece que la extensión de POC que se solicite no podrá ser mayor de tres meses respecto al plazo originalmente establecido.

Se podrán presentar varias solicitudes de ampliación de POC pero, si dichas solicitudes de prórroga de POC de manera conjunta implican una extensión de la POC mayor a un año, el MINEM quedará facultado a decidir si acepta o no la solicitud de postergación y podrá resolver el Contrato de Suministro RER de pleno derecho, si así lo determinase.

- b) Postergación de la POC para una fecha posterior al 31 de diciembre de 2014: El Contrato de Suministro RER establece reglas para la modificación de POC para una fecha posterior al 31 de diciembre de 2014. Sin em-

bargo, esta regla exige que dicha postergación se encuentre sustentada en un evento de fuerza mayor, exigiéndose que el evento de fuerza mayor se encuentre debidamente sustentado y acreditado ante Osinergmin y, que la solicitud se encuentre acompañada por la Garantía de Fiel Cumplimiento incrementada en 50% de su valor vigente.

Asimismo, se requiere que esta solicitud solo sea por tres meses adicionales pero, si de manera acumulada dichas extensiones de prórroga de POC exceden un año contadas desde el 31 de diciembre de 2014, el MINEM tendrá la facultad de aceptar o no la referida solicitud de prórroga de POC y podrá resolver el Contrato de Suministro RER de pleno derecho.

En consecuencia, la modificación de POC prevista en el Contrato de Suministro RER se encuentra sujeta a reglas de modificación, específicas y estrictas, que solo permiten la modificación de POC bajo ciertas causales.

Por otro lado, los Contratos de Suministro suscritos con posterioridad, en la tercera y cuarta subasta establecen un régimen sobre los plazos mucho más estricto, según el cual el titular del contrato debe fijar la Fecha Real de POC, disponiéndose que esta no debe ocurrir en una fecha posterior a la Fecha Referencial de POC que sea indicada por Osinergmin en la subasta correspondiente. Asimismo, se dispone que puede establecerse la ampliación de la fecha de POC por un periodo adicional y máximo de dos años adicionales por encima de la Fecha Referencial de POC. En dichos casos, se deberá seguir un procedimiento a efectos de acreditar los motivos en los cuales se sustenta la referida ampliación de plazo. A tales efectos, debe mediar un evento de fuerza mayor que sustente el referido pedido. Sin embargo, no es posible establecer plazos adicionales, pese a que pueda existir un eximente de responsabilidad que acredite la necesidad de extender el plazo de POC.

Por tanto, cada régimen establece reglas específicas en lo que se refiere al cumplimiento de los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras y el procedimiento a seguir para la ampliación de plazos. No obstante, en cualquier caso, la ampliación de plazo que se obtendrá de los plazos para la POC de los contratos suscritos en un régimen de promoción de la inversión deberán también extenderse al contrato de concesión definitiva o a los plazos aplicables a una autorización. A tales efectos, se deberá solicitar que el eventual nuevo calendario que se apruebe reemplace al cronograma de ejecución de obras que se encuentra incluido en la concesión definitiva o autorización.

V. LA FUERZA MAYOR DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL

Un aspecto importante para la solicitud de ampliación de plazo del cronograma de ejecución de obras es la existencia de un eximente de responsabilidad, como la fuerza mayor. Así, se trata de eventos ajenos a la parte que no puede ejecutar la obligación pactada y que afectan a la otra parte. Si bien se trata de una figura desarrollada en el ámbito civil, debe considerarse que la misma es de aplicación en las relaciones contractuales del ámbito administrativo, puesto que sirve como criterio para evaluar un supuesto de inexecución de obligaciones.

Bajo los alcances del artículo 1315 del Código Civil, la fuerza mayor viene ser una figura que permite dispensar del cumplimiento de determinadas obligaciones en atención a la ocurrencia de sucesos calificados como extraordinarios, imprevisibles e irresistibles:

Caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

De acuerdo con la definición dada por Asúa González, un evento “[...] tendrá la consideración de fuerza mayor si constituye un fenómeno externo a la conducta o al ámbito de actividad del eventual responsable o, en su caso, ajeno al ámbito de aplicación de una ley especial” (2002, p. 324). Para Larroumet, la fuerza mayor supone “[...] un acontecimiento extraño a la actividad del deudor y que constituye la causa de la inexecución de su obligación, o más exactamente, que hace imposible la ejecución de esa obligación [...]” (1993).

A diferencia del criterio de imputabilidad subjetiva recogido en el artículo 1314 (que requiere la acreditación de la diligencia ordinaria), la fuerza mayor representa un criterio objetivo de imputabilidad que únicamente requiere la acreditación de un suceso que cumpla con los presupuestos de extraordinariedad, irresistibilidad e imprevisibilidad (Espinoza Espinoza, 2013, pp. 237-238).

La aplicación del artículo 1315 supone entonces la ausencia de culpa. Como afirma Felipe Osterling, la fuerza mayor se produce debido a la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible para el deudor, que resulta independiente de su voluntad (Osterling Parodi, 1988, p. 199). En este orden de ideas, más allá de si el

proceder del deudor fue diligente o negligente, el incumplimiento se encuentra justificado en un evento que sustrae la culpa por parte del deudor.

De este modo, para plasmar la figura de la fuerza mayor a nivel fáctico, deben presentarse de forma conjunta o alterna (Fernández Cruz y León Hilario, s/f, p. 884) los tres elementos que componen dicha causal: (a) extraordinariedad, (b) imprevisibilidad e (c) irresistibilidad.

a) Extraordinariedad

Un acontecimiento extraordinario es aquel evento considerado como inusual y que, por ende, escapa a lo ordinario, razón por la cual se lo califica como excepcional. Para Osterling y Castillo

[L]o contrario a lo común es la excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, pp. 624- 625).

Para saber si un acontecimiento califica como extraordinario, resulta necesario que el análisis se realice dentro de un determinado contexto, pues lo que en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional podría no serlo en otro contexto. Así, según Fernández y León, “lo extraordinario se juzga, principalmente, de acuerdo con las circunstancias temporales y espaciales” (Fernández Cruz y León Hilario, s/f, pp. 885-886).

Por su parte, De Trazegnies resalta que debe tratarse de “un hecho atípico, notorio, con alcance general”, señalando además que la notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no deba ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para un sujeto determinado), sino que debe ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera). Lo extraordinario no es algo fuera de lo común para un sujeto, sino fuera de lo común para todos. Para el derecho, el caso fortuito es siempre un hecho manifiesto, de gran magnitud, y de carácter general (De Trazegnies Granda, 2001, p. 338).

En conclusión, un evento será extraordinario si es que no existe una razonable posibilidad de su ocurrencia, dependiendo esto del contexto en el que se analice y efectuando una apreciación objetiva del mismo.

b) Imprevisibilidad

Alterini, Ameal y López Cabana consideran que el hecho es imprevisible cuando el deudor no lo puede prever, a pesar de haber actuado con la prudencia, diligencia y capacidad de previsión que son exigibles al hombre medio. En consecuencia, puede decirse que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del deudor (p. 391).

Por ello, Osterling y Castillo sostienen que

[E]l evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él (2003, pp. 630-631).

En otras palabras, un hecho es imprevisible cuando supera la aptitud normal del deber de previsión del deudor al momento de contraer la obligación. Adicionalmente, se deberá tomar en cuenta que un hecho se considerará imprevisible cuando los contratantes no hayan tenido motivos atendibles para presumir que este vaya a suceder. Dicho de otra manera, “[l]a noción de imprevisibilidad se aprecia, pues, tomando en consideración todas las circunstancias de la obligación. La rareza, el carácter anormal del evento, las remotas posibilidades de realización configuran el caso fortuito o de fuerza mayor” (Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, 1981, p. 440).

c) Irresistibilidad

El requisito de irresistibilidad establecido por el artículo 1315 del Código Civil debe entenderse como “[...] la imposibilidad de cumplimiento”. Sobre el particular, Larroumet considera que, “la irresistibilidad implica que el deudor no está en condiciones de evitar la inexecución de su obligación que resulta del acontecimiento” (Larroumet, 1993, p.171).

Un evento califica como irresistible en la medida en que no permite ser tolerado, rechazado ni contrarrestado con alguna acción. Este requisito implica que el evento es inevitable, lo cual supone la imposibilidad de cumplir.

En efecto, la irresistibilidad implica que el deudor de la prestación no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera. En otras palabras, no basta con que la adopción de otra acción haya sido difícil, sino que se requiere que haya sido imposible (De Trazegnies Granda, 2001, p. 340). Tampoco interesa la situación personal del deudor, pues

la ausencia de medios económicos para cumplir la obligación no tiene fuerza liberatoria (Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, 1981, p. 441).

De este modo, se puede afirmar que para que un hecho sea irresistible, el cumplimiento de la obligación debe presentarse como imposible, insuperable; dicha imposibilidad no debe entenderse como una simple dificultad de cumplimiento, o justificarse en la ausencia de medios económicos para cumplir con la prestación, ni mucho menos con la excesiva onerosidad que dicho incumplimiento supondría para el deudor, dado que tales circunstancias no lo liberan de su responsabilidad.

La invocación de un evento de fuerza mayor genera, para quien lo invocó, que las consecuencias por la inexecución de su obligación no le sean imputables, pudiendo incluso, extinguirse la relación contractual sin que la parte infractora deba indemnizar a la parte afectada por la inexecución, tal como lo dispone el artículo 1316 del Código Civil.

En la práctica, se ha reconocido que las órdenes o prohibiciones provenientes de las autoridades; es decir, disposiciones imperativas de la autoridad, pueden ser consideradas como un evento de fuerza mayor al constituir una fuerza extraña y superior para el deudor (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2003, p. 652).

VI. ¿LOS RETRASOS EN EL CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DE OBRAS PUEDEN CALIFICAR COMO UN EVENTO DE FUERZA MAYOR?

A lo largo de este artículo se ha repasado cada uno de los temas más relevantes respecto al régimen de concesiones y contractual, bajo los cuales se desarrollan los proyectos en el sector eléctrico peruano. Ello, con la finalidad de poder tener un mejor alcance de la operatividad, los contratos que se suscriben y los permisos que se requieren para poder operar un proyecto de generación, transmisión o distribución.

Si bien cada proyecto tiene características intrínsecas a su naturaleza, existen aspectos formales que resultan transversales a todos estos. En estricto, la fijación de plazos en el cronograma de ejecución de obras y el cumplimiento de los plazos que han sido aprobados resultan elementos sustanciales para el desarrollo de la etapa preoperativa de cualquier proyecto eléctrico.

En este artículo se ha detallado la problemática derivada de los atrasos en los hitos establecidos en el cronograma de ejecución de obras de un proyecto de generación, transmisión o distribución, anali-

zado desde una perspectiva legal. En ese sentido, también me he referido a los procedimientos que se pueden seguir para obtener una ampliación de los plazos establecidos, los cuales se vinculan con encontrarse bajo un evento de fuerza mayor que exime de responsabilidad a su titular.

En efecto, tal como se ha indicado, la ampliación de plazos para la POC y los hitos que conforman el cronograma de ejecución de obras de un proyecto se sustentan en la mayoría de los casos en la existencia de un evento de fuerza mayor que justifique la inimputabilidad del titular del proyecto o concesión para poder cumplir con los plazos que están en el cronograma de ejecución de obras que forma parte de su contrato de concesión definitiva, contrato de concesión bajo el régimen de APP o contrato de suministro, según corresponda. Asimismo, según he descrito, no hay un procedimiento específico para el análisis o tratamiento de este tipo de solicitudes, por lo que queda a discreción del MINEM la determinación de cuándo un evento constituye una fuerza mayor o caso fortuito que justifica la ampliación del plazo otorgado para la POC de un proyecto.

Sin embargo, es importante considerar si la aplicación de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad por los retrasos en la POC es una figura adecuadamente utilizada o si esta resulta la figura idónea para tratar este tipo de casos. A tales efectos, del análisis de las resoluciones emitidas por el MINEM en las cuales se aprueba una extensión de plazo a favor de los titulares de un proyecto eléctrico, se ha observado que los problemas que han sido reportados como eventos de fuerza mayor son los siguientes: (i) conflictos sociales, (ii) retrasos en el otorgamiento de permisos, (iii) eventos climatológicos, (iv) conflictos sobre los terrenos a ocupar.

En ese sentido, para que un evento sea calificado como uno de fuerza mayor se requiere verificar que este reúna los tres elementos: extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad. Es necesario que las tres características concurren, no siendo posible que no se encuentre alguno de estos tres. Ahora bien, cabe preguntarse si los eventos por los cuales se suele solicitar la ampliación de plazo de POC o de algún otro hito del cronograma de ejecución de obras cumplen con los tres requisitos de manera conjunta.

En la práctica, el análisis de fondo varía en cada caso, pudiendo encontrarse argumentos que sustenten por qué una determinada situación resultó imprevisible, extraordinaria e irresistible para su titular e incidió perjudicialmente contra los plazos previstos en el cronograma de ejecución de obras.

Sin embargo, como parte del desarrollo de un proyecto de inversión, cualquier inversionista debe saber o informarse respecto de cuáles son los principales riesgos que pueden afectar la ruta crítica de un proyecto.

Como vemos, en el sector eléctrico, existe una problemática vinculada a los eventos comentados líneas arriba. Tales eventos son situaciones recurrentes por lo que cualquier inversionista debe considerar que el desarrollo de su proyecto se puede ver afectado por la concurrencia de uno o más eventos como los descritos. Ante tal situación, ¿es posible afirmar que esto se trata de una fuerza mayor o caso fortuito? Todo parece indicarnos que no lo es.

En estricto, debemos verificar que un evento sea imprevisible, irresistible y extraordinario. Sin embargo, si las situaciones se vuelven repetidas, pues difícilmente se pueda alegar que tales eventos tienen la condición de extraordinariedad. Sin embargo, la siguiente pregunta que corresponde hacerse es ¿cómo podemos entonces tratar estos eventos o qué solución legal se puede dar para poder resolver la problemática? A su vez, ello lleva a preguntarse si se está haciendo un uso excesivo e inadecuado de la fuerza mayor como un eximente de responsabilidad para viabilizar la extensión de plazos y permitir el desarrollo de los proyectos del sector eléctrico. Si bien, el objetivo es no aplicar una sanción de la magnitud de la caducidad de la concesión, debe verificarse si el objetivo puede cumplirse únicamente a través del uso de eximentes de responsabilidad o si corresponde analizar a fondo la problemática a efectos de proponer soluciones reales.

Considerando lo señalado a lo largo de este artículo, puede indicarse que se está haciendo un uso inadecuado de esta figura del derecho civil a efectos de viabilizar el desarrollo de proyectos y evitar establecer sanciones como la caducidad de una concesión. En efecto, en la práctica, se han flexibilizado los alcances de la fuerza mayor, otorgándose plazos adicionales cuando puede que la ocurrencia de determinados eventos sí resulte imputable a cualquiera de las partes intervinientes. Tal situación ya ha sido notada por el MINEM quien ha asumido una posición crítica para el caso de las ampliaciones de plazo que se derivarían por la propuesta de modificación del Reglamento del Decreto Legislativo 1002 a fin de permitir que se prorroguen los plazos de los Contratos de Suministro RER de la Tercera y Cuarta Subasta. A tales efectos, el MINEM determinó no proceder con la referida modificación y continuar aplicando las condiciones bastante restrictivas para el desarrollo de proyectos que cuentan con este tipo de contratos.

Sin embargo, considero que la problemática no radica en el excesivo uso de la fuerza mayor para hacer viables proyectos del sector eléctrico. En estricto, esta situación solo constituye una consecuencia de un problema que viene siendo inadvertido por el propio Estado y los inversionistas. Dicho problema se encuentra referido a cuáles son los riesgos que afectan la ruta crítica de un proyecto eléctrico, eventos que pueden ser previstos y determinados con la anticipación debida a efectos de que tanto el Estado como el inversionista puedan determinar cuales son las medidas que deberán adoptarse para evitar que tales eventos tengan un impacto sobre la ruta crítica del proyecto.

A tales efectos, es necesaria una adecuada asignación de riesgos para el desarrollo de proyectos. Si bien, no todos los proyectos del sector eléctrico se desarrollan bajo un régimen de APP, debe considerarse que este es un ejercicio necesario a efectos de poder determinar los riesgos que afectan la ruta crítica de cualquier proyecto del sector, determinar las acciones que se pueden tomar y, definir el actor que se encargará de implementar tales acciones. Sin tal ejercicio y planificación, lo que vamos a tener es el uso inadecuado de una figura del Derecho Civil en contratos administrativos como una suerte de herramienta para viabilizar la POC de los proyectos del sector eléctrico.

VII. CONCLUSIONES

Existe un desarrollo normativo cuyo objetivo es promover la inversión en la economía peruana y, de manera específica, en el sector eléctrico. A tales efectos, hay un régimen de acceso al mercado a través del uso de la figura de la concesión definitiva y la autorización, que constituyen los títulos habilitantes requeridos para operar. Junto con este régimen, existen algunos proyectos que se han desarrollado bajo un régimen de APP que permite promover la inversión en determinada infraestructura requerida para el desarrollo del mercado eléctrico. Asimismo, también se ha desarrollado el mercado de generación RER con reglas específicas.

Sin perjuicio del régimen del que se trate, todos los proyectos del sector eléctrico enfrentan un problema usual en la etapa preoperativa. En efecto, existe un retraso en los plazos establecidos en el cronograma de ejecución de obras para la POC y otros hitos relevantes. Las normas aplicables han establecido algunas disposiciones a efectos de evitar caducar una concesión como consecuencia del incumplimiento. Tales disposiciones se encuentran referidas a la existencia de un evento de fuerza mayor que funcione como eximente de responsabilidad por los retrasos reportados y que permita obtener la extensión de plazos.

Así, a lo largo de los años, se ha reportado la existencia de eventos de fuerza mayor con la finalidad de que el MINEM los evalúe y determine extender los plazos del cronograma de ejecución de obras. Sin embargo, en la práctica se observa que los problemas que se suelen reportar como eventos de fuerza mayor corresponden a eventos que difícilmente cumplan con ser extraordinarios, irresistibles e imprevisibles. Pese a ello, se ha aprobado las extensiones de plazo solicitadas a fin de evitar establecer una medida de gravedad como lo es la caducidad de una concesión definitiva o la revocación de la autorización.

En consecuencia, ello implica que existen acciones que se requieren tomar a efectos de poder mitigar la ocurrencia de estos eventos que afectan la ruta crítica de proyectos. No sólo basta con la internalización de costos de dichos eventos por parte de los inversionistas, sino también se requiere establecer un adecuado listado de los riesgos que afectan los proyectos del mercado eléctrico a fin de definir las acciones a seguir y distribuir la responsabilidad respecto a la aplicación de tales medidas. 

REFERENCIAS

- Aguilar Valdez, O. (2006). Caducidad, rescisión y rescate de concesiones en materia de infraestructura y servicios públicos. En: Cassagne, J. C. (Dir.). *Servicio público y policía*. Buenos Aires: El Derecho, pp. 187-219.
- Alterini, A, Ameal y R. López Cabana (s.f.). *Teoría de las Obligaciones*. Tomo I.
- Asúa González, C. (2002). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Navarra: Arazandi.
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil (1981). *Exposición de motivos y comentarios*. Tomo V. Lima: Editorial Desarrollo S.A.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I. Séptima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Espinoza Espinoza, J. (2013). *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rodhas.
- Fernández Cruz, G. y L. León Hilario (2003). *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VI. Lima: Gaceta jurídica.
- Foro Económico Mundial (2015). *Strategic infrastructure mitigation of political and regulatory*

risk in infrastructure projects. Ginebra, Suiza: Foro Económico Mundial. Recuperado de: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Risk_Mitigation_Report_2015.pdf

García-Trevijano Fos, J. A. (1955). Caducidad de las concesiones hidráulicas. En: *Revista de Administración Pública* 16, pp. 261-271.

Gordillo, A. (2007). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Guevara Avilés, A. (1945). Elaboración de un régimen jurídico de la concesión de servicios públicos. En: *La Revista del Foro* 4-6.

Hovy, P. (2015). *Risk allocation in public-private partnerships: Maximizing value for money*. Canadá: Instituto Internacional para el Desarrollo sostenible. Recuperado de: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/risk-allocation-ppp-maximizing-value-for-money-discussion-paper.pdf>

Larroumet, C. (1993). *Teoría General del Contrato*. Volumen II. Bogotá: Temis.

Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Osterling Parodi, F. (1988). *Las Obligaciones*. Volumen VI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Osterling Parodi, F. y M. Castillo Freyre (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Tomo XI. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sosa Wagner, F. (1995). *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1002. Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables. En: *Diario El Peruano*, 2 de mayo de 2008.

Decreto Legislativo 1221. Decreto Legislativo que mejora la regulación de la distribución de electricidad para promover el acceso a la energía eléctrica en el Perú. En: *Diario El Peruano*, 24 de setiembre de 2015.

Decreto Legislativo 1362. Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos. En: *Diario El Peruano*, 22 de julio de 2018.

Decreto Ley 25844. Ley de Concesiones Eléctricas. En: *Diario El Peruano*, 19 de noviembre de 1992.

Decreto Supremo 009-93-EM. Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. En: *Diario El Peruano*, 25 de febrero de 1993.

Decreto Supremo 012-2011-EM. Reglamento de la Generación de Electricidad con Energías Renovables. En: *Diario El Peruano*, 23 de marzo de 2011.

Decreto Supremo 017-2009-EM. En: *Diario El Peruano*, 7 de marzo de 2009.

Decreto Supremo 018-2009-EM. En: *Diario El Peruano*, 19 de marzo de 2009.

Decreto Supremo 018-2016-EM. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, Reglamento de Transmisión, y el Reglamento de Usuarios Libres de Electricidad. En: *Diario El Peruano*, 23 de julio de 2016.

Decreto Supremo 24-2013-EM. En: *Diario El Peruano*, 6 de julio de 2013.

Decreto Supremo 240-2018-EF. Reglamento del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos. En: *Diario El Peruano*, 30 de octubre de 2018.

Informe 505-2018-MEM/DGE. En: *Ministerio de Energía y Minas*, 27 de diciembre de 2018. Recuperado de: http://www.minem.gob.pe/comunicados/dge/INFORME_Nro_505-2018-MEM-DGE.pdf

Ley 28447. Ley que modifica el Decreto Ley 25844. En: *Diario El Peruano*, 30 de diciembre de 2004.

Ley 29178. Ley que modifica diversos artículos del Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. En: *Diario El Peruano*, 2 de enero de 2008.

Resolución Ministerial 453-2018-MEM/DM. En: *Diario El Peruano*, 9 de noviembre de 2018.