

Casación N.º 3022-2018-Lima

Sumilla: La entidad demandada deberá emitir un nuevo pronunciamiento efectuando el análisis respectivo como la evaluación correcta de los presupuestos para calificar un evento como uno de fuerza mayor, a fin de determinar si el evento suscitado el 14 de octubre de 2008, producto de la fuga de gas natural por la perforación del gaseoducto principal instalado en la intersección de la Av. Néstor Gambetta y el río Rímac; debe ser o no considerado como una variación de las condiciones de suministro a causa de un evento de fuerza mayor, y en consecuencia, se le exime de responsabilidad.

Lima, diez de marzo de dos mil veinte

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República: - **Vista**, la causa número tres mil veintidós - dos mil dieciocho; con el acompañado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Contencioso Administrativo; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los señores Jueces Supremos: Pariona Pastrana - Presidente, Toledo Toribio, Yaya Zumaeta, Bermejo Ríos y Bustamante Zegarra; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: **I. Materia del recurso:** Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de casación interpuesto por la demandante, empresa **Gas Natural de Lima y Callao Sociedad Anónima**, el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuatrocientos del expediente principal; contra la **sentencia de vista** contenida en la resolución número veinticinco, del once de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas trescientos ochenta y siete, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia contenida en la resolución número trece, del ocho de junio de dos mil doce, obrante a fojas noventa y dos, que declaró infundada la demanda. **II. Causales del recurso:** - Mediante resolución emitida el veintiuno de marzo de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento cincuenta y siete del cuadernillo de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación presentado por la empresa **Gas Natural de Lima y Callao Sociedad Anónima** por las siguientes causales: **a) Infracción Normativa de los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como del numeral 6 del artículo 50 y los artículos 121, 366 y 396 del Código Procesal Civil;** la recurrente alega que en la sentencia de vista no se ha respetado los parámetros y lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N.º 3722-2014, pues refiere que no se emitió pronunciamiento alguno respecto al desarrollo de los presupuestos de extraordinariedad e irresistibilidad, a fin de determinarse si el evento califica o no como fuerza mayor. Añade que, el elemento de imprevisibilidad ya había sido acreditado y reconocido por la Tercera Sala Transitoria Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima en la anterior sentencia de vista; sin embargo, asevera que se ha motivado dicho criterio al haberse determinado que no cumplía con dicho presupuesto. Por otro lado, sostiene que la sentencia recurrida incurre en motivación incongruente, debido que se ha omitido emitir pronunciamiento sobre el agravio que sustentó en su recurso de apelación, referido a que la sentencia expedida por la primera instancia era nula, al no haberse motivado debidamente respecto a la pretensión principal de su demanda referida a la vulneración al principio lógico de no contradicción y los vicios de motivación aparente, que incurría la Resolución N.º 160-2009. Asimismo, la parte recurrente alega que en la sentencia de vista se ha vulnerado su derecho a la prueba, en referencia a la Resolución N.º 007592, de fecha uno de junio de dos mil diez, expedida con posterioridad a la demanda, en la que la entidad demandada concluyó que su empresa había cumplido debidamente su deber de señalización y mantenimiento, documento que contradice el criterio resuelto por la primera y segunda instancia a través de su recurso de apelación, no obstante alega que en la sentencia recurrida se ha omitido emitir pronunciamiento sobre dicho agravio, configurándose de este modo -según la empresa recurrente- motivación aparente. La parte demandante ha sostenido que en la

resolución de vista también se ha omitido emitir pronunciamiento en relación a que se evalúe parte del Acta Fiscal, con el cual demostraría haber colocado dos postes que señalizaban la existencia de la tubería, los cuales fueron advertidos por el personal a cargo de la perforación. **b) Infracción normativa del artículo 1315 del Código Civil**; la parte recurrente refiere que la fuerza mayor prevista en los artículos 1315 y 1970 del Código Civil regulan que: i) una causa no imputable, entendiéndose este –según la empresa recurrente– como una causa que no obstante haber realizado el obligado el máximo esfuerzo termina por determinar el incumplimiento. Agrega que, la causa no imputable debe entenderse como aquel evento por el que el sujeto no tiene que responder, porque su esfera de control es ajena; y, ii) una causa no imputable que se materializa en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de una obligación en los términos originalmente previstos o acordados por las partes del contrato de que en cada caso se trate. Asimismo, alega que se entiende por: extraordinariedad como aquella cualidad que poseen los hechos que se apartan del curso natural y ordinario de las cosas, según el tipo de prestación de que en cada caso se trate; irresistibilidad como la cualidad de hecho que coloca al sujeto en tal situación que se vea impedido de una manera diferente, no pudiendo evitar una conducta que al final resulta dañosa; e imprevisibilidad como la imposibilidad de prever la realización del acontecimiento que finalmente se opone al cumplimiento y lo imposibilita, debiendo entenderse que este acontecimiento es imprevisible en la normalidad de los casos. Concluye señalando que en la sentencia recurrida no se ha evaluado correctamente los presupuestos para calificar un evento como uno de fuerza mayor. **III. Considerando: Primero:** Antecedentes del proceso. viii.1. De lo actuado en la **vía administrativa**: - Mediante Informe Técnico N.º 084-2008-OS/GFGN-DDCN¹, se señala que el corte del suministro de veinticuatro (24) clientes industriales, tres (03) establecimientos de Venta al Público de GNV y la Central Térmica de Ventanilla, ocurrida el catorce de octubre de dos mil ocho, producto de la fuga de gas natural por la perforación del gaseoducto principal instalado en la intersección de la avenida Néstor Gambetta y el río Rímac; no debe ser considerado como una variación de las condiciones de suministro a causa de un evento de fuerza mayor, toda vez que no fue un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. Por lo que se recomienda declarar improcedente y en consecuencia denegar la calificación de fuerza mayor, presentada por la empresa recurrente. - El catorce de noviembre de dos mil ocho, mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N.º 4443-2008-OS8GFGNDDCN², se resolvió declarar improcedente y denegar la calificación de fuerza mayor presentada por la empresa recurrente. - El diez de diciembre de dos mil ocho, la demandante interpuso recurso de Reconsideración con Registro N.º 1101674³ contra la Resolución N.º 4443-2008-OS/GFGN-DDCN. - El veintisiete de enero de dos mil nueve, mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización de gas Natural Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería⁴, se declara infundado el recurso de reconsideración. - El diecisiete de febrero de dos mil nueve, la demandante presenta recurso de apelación con Registro N.º 1129921⁵ contra la Resolución N.º 312-2009-OS/GFGN-DDCN. - El treinta y uno de marzo de dos mil nueve, mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N.º 160-2009⁶, se declara infundado el recurso de apelación. viii.2. De lo actuado en **sede judicial**: - El presente proceso ha sido iniciado con motivo de la demanda⁷, mediante la cual la empresa **Gas Natural de Lima y Callao Sociedad Anónima** postula como pretensión principal que se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N.º 160-2009 de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, a través del cual se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N.º 312-2009-OS/GFGNDDCN; y, como pretensión accesorias, se declare que el evento ocurrido el catorce de octubre de dos mil ocho, consistente en la

perforación de la Red de Alta Presión a la altura del cruce del río Rímac con la avenida Néstor Gambeta, provincia Constitucional del Callao, constituye un caso de fuerza mayor a los efectos del artículo 69 del reglamento de Distribución de Gas Natural, aprobado por Decreto Supremo N.º 042-99-EM; exponiendo entre sus argumentos, que la empresa ESONDI Sociedad Anónima (“ESONDI”), sin contar con la autorización municipal correspondiente, estaba ejecutando obras en la vía pública; asimismo, a pesar de la cinta de seguridad que advierte la existencia del ducto de la Red Principal del Sistema de Distribución de Gas Natural, dicha empresa continuó sus excavaciones, perforando dicho ducto lo cual ocasionó una fuga e interrupción del suministro de gas natural que Cálidda presta a sus clientes; sin embargo, la demandada no considera que ello constituya un caso de interrupción del suministro debido a fuerza mayor. - El Cuarto Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia contenida en la resolución número trece emitida el ocho de junio de dos mil doce, obrante a fojas ciento noventa y dos, declaró infundada la demanda; argumentando principalmente, que aun cuando la demandante afirme no haber tenido conocimiento de los trabajos de excavación, lo cierto es que ella misma previno esta posibilidad con anterioridad al evento conforme aparece reseñada en el “Manual de Prevención de Daños” anexada a la demanda y en cuya página cincuenta y ocho párrafo segundo se indica: “(...) Este programa tiene como objetivo evitar toda situación que pueda ocasionar daños a las instalaciones de gas (...) debido a la ejecución de obras que impliquen actividades de excavación (...) en proximidades a tuberías o instalaciones de gas que no hayan sido debidamente coordinadas. (...)”; en tal sentido, los trabajos de movimiento de tierra y/o excavación que se realizaron -aun cuando no fueran autorizados- no pueden ser calificados de extraordinarios ni alejados del conocimiento de la demandante, pues dada la ubicación del lugar: cruce de la avenida Gambetta con el río Rímac y/o Chillón, eran posibles no solo para un estudio de suelos, como al parecer se efectuaron, sino sobre todo para las labores de limpieza de las riberas cuya labor debe ser realizada periódicamente; un proceder diligente destinado a evitar daños a las instalaciones de gas, obligaba a la demandante a extremar las medidas de señalización con el fin de poder advertir la presencia de instalaciones de gas subterráneas, lo que realizó defectuosamente a pesar de contar con Procedimientos de instalación y mantenimiento de señalizaciones de gaseoductos como se evidencia del documento denominado “Señalización de Líneas de la Red Principal y de la Red de Media Presión” anexada a su demanda, en el que previene la colocación de uno o varios de los elementos como: Cartel indicador, Poste de Monitoreo de potencial, Placa indicadora y Poste de Señalización, los cuales debían estar alineados con el eje longitudinal de la tubería, lo que permitía (como se señala en el 4.3 de la página cuarenta y ocho vuelta) “(...) tener una rápida referencia de la traza de la tubería”, habiendo optado la demandante por la colocación de postes de señalización como señala en su demanda, por lo que se concluye que dicha labor fue defectuosa desde que en el Acta Fiscal levantada el mismo catorce de octubre del dos mil ocho en el lugar del evento, solo se verificó la presencia de un poste de señalización de gas aproximadamente a treinta metros, es decir fuera del lugar que se señala en el numeral 851.7 de la norma ANSI/ASME B31.8. - Dicha sentencia fue revocada por la Tercera Sala Transitoria Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima; y reformándola declaró fundada la demanda; en consecuencia nula la Resolución de Gerencia General N.º 160-2009 del treinta y uno de marzo de dos mil nueve, la cual confirma lo resuelto por la Resolución de Gerencia de Fiscalización de Gas Natural N.º 312-2009-OS/GFGN-DDCN y la Resolución N.º 4443-2008-OS/FGFNDDCN; y ordena que se califique la suspensión del servicio de gas natural que presta la empresa demandante, producida el catorce de octubre de dos mil ocho por la ruptura de un tubo de gas a la altura del cruce del río Rímac y la avenida Néstor Gambetta de la Provincia Constitucional del Callao, configura un caso de fuerza mayor, señalando entre sus argumentos lo siguiente: “no es cierto que la demandante no hubiera cumplido con la señalización dispuesta por el numeral 851.7 de la norma ANSI/ASME

B31.8⁸, pues como fluye de la declaración del ingeniero residente de obras de la empresa responsable del estudio de suelos, habían dos postes de señalización. De esa declaración se puede colegir (...) que si el día de la inspección realizada el 15 de octubre. según lo señalado en el punto 2.2.2.2 del Informe Técnico N.º 084-2008-OS/FGFN-DDCN (...) se constató la existencia de un solo poste sobre la margen izquierda del río Rimac y así se ve de la fotografía de la página 19 inserta en el referido informe, fue porque en la ejecución de las obras por parte del tercero se debió remover el segundo de los postes”, “la señalización (...) cumplió su cometido de alertar, en el caso concreto, a la empresa constructora la cercanía de la red para que pudiera, previsoramente, solicitar a quien la contrató el Gobierno Regional del Callao, la municipalidad del sector y aún a la propia concesionaria, mayor información sobre las instalaciones a fin de impedir que las excavaciones que iba a realizar, no produjeran daños que pudieran interrumpir el normal suministro del gas (...) La falta de previsión del tercero no puede ser imputado a la demandante”, y “el evento que produjo la interrupción fue extraordinario porque fue ajeno a la actividad de la demandante, además de irresistible e imprevisible porque provino de un acto de tercero que la actora no pudo prever y, por tanto, resistir”. - La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República mediante la Sentencia Casatoria N.º 3722-2014 Lima del veintiuno de abril de dos mil dieciséis, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión de Energía y Minería - Osinergmin del siete de enero de dos mil catorce; en consecuencia, nula la sentencia de vista, ordenando que el Ad quem emita nuevo pronunciamiento en razón a que “aprecia de la sentencia de vista, una argumentación que exclusivamente se ciñe a desarrollar con suma rigurosidad uno de los presupuestos de la ‘fuerza mayor’, esto es, la imprevisibilidad, soslayando motivar respecto a la configuración de los otros dos requisitos, a decir, la extraordinariedad e irresistibilidad, que para el caso era relevante porque la invocada ‘fuerza mayor’ supone la necesaria concurrencia copulativa de la extraordinariedad, imprevisibilidad e irresistibilidad; una decisión de esta naturaleza evidencia, a criterio de este Colegiado, una clara vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”. - La Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Lima mediante sentencia de vista contenida en la Resolución número veinticinco del once de julio de dos mil diecisiete, confirmó la sentencia apelada, señalando que : “al momento de la ejecución de los trabajos realizados por la empresa ESODI S.A. esto es, excavaciones en proximidades a tuberías o instalaciones de gas, la empresa recurrente no previno el incidente, por cuanto debió mantener la zona debidamente señalizada, de acuerdo a lo señalado en el numeral 851.7 de la norma ANSI/ASME B31.8.”, “la recurrente se encontraba en la obligación de efectuar todas las medidas necesarias, siendo uno de ellas la señalización idónea, para poder advertir la presencia de instalaciones de gas subterráneas, y al haberlo hecho de manera defectuosa, con ausencia de colocación de postes, en razón que se aprecia del Acta Fiscal levantada el 14 de octubre de 2008 (día del incidente), se verificó la presencia de un solo poste de señalización de gas aproximadamente a 30 metros, conforme señala el numeral 851.7 de la norma ANSI/ASME B31.8 (...) la empresa recurrente no tuvo Plan de Prevención de Daños”, “a lo expuesto se debe agregar la ausencia de mantenimiento previsto y la disconformidad en el número de postes que inicialmente estuvieron colocados en el lugar y que no verificó la Inspección Fiscal”, y “Por otro lado se advierte ‘la señalización incompleta del cruce del río induce a una falsa trayectoria, como se puede observar en el Grafico 2. En ese sentido, la zona del incidente no se encontraba señalizada de acuerdo a la norma ANSI/ASME B31.8, ni con el Manual de Operación y Mantenimiento de GNLC”.

Segundo: Materia del conflicto jurídico De lo expuesto en la sentencia emitida por Sala Superior y los argumentos expresados en los recursos de casación, la controversia radica en determinar si lo resuelto en la sentencia de vista ha incurrido en vulneración de los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como del numeral 6 del artículo 50 y los artículos 121, 366 y 396 del Código Procesal Civil; o de ser el caso, si incurre en infracción

normativa del artículo 1315 del Código Civil. **Tercero: Respeto al debido proceso, tutela jurisdiccional y motivación de las resoluciones judiciales.** 3.1 Con el objetivo de cumplir con los fines del recurso de casación, es necesario acudir a la causal por la cual se declaró su procedencia. En ese contexto, corresponde examinar el marco jurídico de la garantía de los derechos fundamentales mencionados, a fin de que se ejercite adecuadamente la finalidad esencial del recurso de casación, y se resguarde la tutela de los derechos procesales con valor constitucional, con la clara observancia de las normas sustantivas y procesales que garantiza al justiciable el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada y fundamentada, respetando los principios de jerarquía de las normas, el de congruencia procesal, y la valoración de los medios probatorios. 3.2 Al respecto, resulta pertinente mencionar que como es sabido uno de los principales componentes del derecho al debido proceso se encuentra constituido por el denominado derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, respecto al cual, el Tribunal Constitucional en el fundamento décimo primero de la sentencia del Expediente N.º 8125-2005-PHC/TC ha manifestado que: “En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. (...)”, por otro lado, en el considerando séptimo de la sentencia del Expediente N.º 728-2008-PHC/TC se señaló que: “(...) es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso”. 3.3 En ese mismo horizonte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, que forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso, garantiza que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica; siendo además exigible que toda resolución, a excepción de los decretos, se encuentre debidamente motivada, conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho, así como la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena. Esta garantía se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada. Su finalidad en todo momento es salvaguardar al justiciable frente a la arbitrariedad judicial, toda vez, que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso. 3.4 Asimismo, cabe precisar que, el Tribunal Constitucional, ha señalado en reiterada y uniforme jurisprudencia, como es el caso de la Sentencia N.º 3943-2006-PA/TC, de fecha once de diciembre del dos mil seis, que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, no garantiza una motivación extensa de las alegaciones expresadas por las partes, y que tampoco, cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; sino que, basta con que las resoluciones judiciales expresen de manera razonada, suficiente y congruente las razones que fundamentan la decisión del juzgador respecto a la materia sometida a su conocimiento. 3.5 Respecto a la sentencia de vista, esta Sala Suprema advierte que la Sala Superior delimitó el objeto de pronunciamiento en el considerando “Segundo” de la sentencia de vista toda vez que en dicho considerando se precisa las pretensiones postuladas por la parte demandante. Asimismo, en el considerando “Cuarto” indica la normativa que considera aplicable al caso concreto. En el considerando

“Quinto” expone la revisión de los actuados en sede administrativa, y en los considerandos “Sétimo”, “Octavo”, “Décimo”, “Décimo Segundo” y “Décimo Tercero” se efectúa el respectivo análisis del cual deriva la conclusión de que la empresa demandante no ha acreditado haber adoptado las medidas preventivas a fin de que no ocurrieran los hechos acontecidos; y que además se ha demostrado deficiencia en el señalado de la ruta de la tubería del gas que dio lugar a la excavación con la consecuente rotura, resulta atribuible a la demandante; por lo que considera que la demandada Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, ha procedido conforme a ley. 3.6 En ese sentido, la decisión adoptada por la Sala Superior tuvo en consideración el análisis probatorio de los medios probatorios aportados al procedimiento administrativo, los mismos que a su consideración permiten establecer, como lo ha hecho la primera instancia, que el corte del suministro de veinticuatro (24) clientes industriales, tres (03) establecimientos de Venta al Público de GNV y la Central Térmica de Ventanilla, ocurrida el catorce de octubre de dos mil ocho, producto de la fuga de gas natural por la perforación del gaseoducto principal instalado en la intersección de la avenida Néstor Gambetta y el río Rímac; no debe ser considerado como una variación de las condiciones de suministro a causa de un evento de fuerza mayor, toda vez que no fue un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, y que por tanto correspondía declarar improcedente la solicitud de la parte demandante, y en consecuencia denegar la calificación de fuerza mayor. 3.7 Siendo ello así, sin perjuicio de que el criterio adoptado por la Sala Superior sea correcto o no, se puede determinar que no vulnera los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como del numeral 6 del artículo 50 y los artículos 121, 366 y 396 del Código Procesal Civil, toda vez que se cumple con expresar de manera congruente y suficiente las razones de hecho y de derecho que justifican su decisión de confirmar la sentencia que no amparar la demanda. En consecuencia, la causal del literal a) corresponde ser **desestimada. Cuarto: Sobre la calificación de un evento como un de fuerza mayor.** iv.1. Resulta pertinente mencionar que el artículo 31 del Decreto Ley N.º 25844-Ley de Concesiones Eléctricas, señala que: “Los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a: (...) b) Conservar y mantener sus obras e instalaciones en condiciones adecuadas para su operación eficiente, de acuerdo a lo previsto en el contrato de concesión.”; y, en su artículo 34, se precisa: “Los concesionarios de distribución están obligados a: (...) c) Garantizar la calidad del servicio que fije su contrato de Concesión.” iv.2. Asimismo, el artículo 87 de la norma legal citada establece “Los concesionarios podrán variar transitoriamente las condiciones de suministro por causa de fuerza mayor, con la obligación de dar aviso de ello a los usuarios y al organismo fiscalizador, dentro de las cuarenta y ocho horas de producida la alteración”. iv.3. Por otro lado, la Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía Osinerg N.º 010-2004-OS-CD, que aprueba la “directiva para la evaluación de solicitudes de calificación de fuerza mayor para instalaciones de transmisión y distribución” emitida el veintiséis de enero del dos mil cuatro, establece lo siguiente: “1.1. Principios Los principios que se aplican para la evaluación de calificación como causa de fuerza mayor es que el evento que ocasionó la interrupción o variación de las condiciones del suministro eléctrico, sea de naturaleza imprevisible, irresistible, extraordinaria y además externa a la propia instalación. Así también, se considerará en la evaluación la frecuencia de ocurrencia de dichos eventos y su incidencia en la operación de las instalaciones afectadas. En tal sentido, al evaluar la calificación de un hecho como causa de fuerza mayor se analizará la duración de la variación o interrupción del suministro eléctrico y si el caso lo amerita, se podrá diferenciar el motivo de la interrupción o variación de las condiciones del suministro, del motivo de la duración.(...) 1.4 Declaración de Infundada Se declarará infundada una solicitud de calificación de fuerza mayor en los siguientes casos: a) En los casos que la empresa Concesionaria no entregue la documentación probatoria en el plazo establecido para tal fin. b) En los casos de comprobarse fraude o falsedad en la documentación probatoria presentada. c) En las interrupciones o variación de las condiciones del

suministro provocadas por la afectación de instalaciones subterráneas ocasionadas por la ejecución de trabajos programados y hecho de conocimiento público a cargo de la empresa responsable del Saneamiento de Agua y Alcantarillado de la Zona o de empresas de telecomunicaciones o de gas. d) En las interrupciones o variación de las condiciones del suministro originadas por la tala o caída de árboles, salvo en los casos establecidos en el numeral 2.7 e) Otras que no cumplan con los principios establecidos en el numeral 1.1 de la presente directiva.(...)

2.1 Tipificación de los Motivos de Fuerza Mayor La presente tipificación tiene carácter enunciativo y es efectuada con fines de un mejor agrupamiento y su sola invocación no constituye, por sí, la aceptación del evento como fuerza mayor. - Actos vandálicos. - Averías por terceros. - Fenómenos naturales. - Accidente de trabajo y accidente de terceros. - Hurto de conductores y/o equipos eléctricos. - Avería provocada por poda o tala de árboles. - Riesgo por incendio aledaño a instalaciones eléctricas. - Solicitud de autoridades. - Otros eventos que cumplan con los principios establecidos en el numeral 1.1 de la presente Directiva.

2.2 Actos vandálicos La evaluación de estos eventos se realizará sobre el análisis del Parte o Denuncia Policial en el que deberá precisarse la constatación del hecho por parte del efectivo Policial, del Informe Técnico, así como del registro fotográfico de las instalaciones y equipos afectados.(...)

2.6. Hurto de conductores y/o equipos eléctricos. Deberá ser comprobada mediante la documentación del **Parte Policial** en el que deberá precisarse la constatación del hecho por parte del efectivo Policial. Asimismo, se tomará en cuenta la **ubicación de la instalación**, las **medidas preventivas** adoptadas por la concesionaria y la **frecuencia del evento**. Sólo para el caso de localidades alejadas se aceptará, en forma alternativa, como medio probatorio, la documentación emitida por la correspondiente autoridad de la zona”.⁹ iv.4. Asimismo, corresponde mencionar que el artículo 1315 del Código Civil, de aplicación supletoria al caso de autos, señala lo siguiente: “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”. iv.5. En ese sentido, la fuerza mayor como causa que exonera de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación, se encuentra regulada en el artículo 1315 del Código Civil, que la define como aquel acontecimiento de carácter extraordinario o excepcional, imprevisible e irresistible que impide al deudor ejecutar la obligación que le compete o que la cumpla en forma parcial, tardía o defectuosa. iv.6. En el lenguaje común extraordinario es lo inusual, extraño, inusitado, infrecuente, raro, desacostumbrado; en términos coloquiales se dirá que estamos ante un acontecimiento extraordinario cuando sale de lo común. En doctrina¹⁰ **extraordinario** es lo que no se presenta como el riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño, teniendo esa calidad el evento o fenómeno extraño a los fines y medios de quien presta el servicio; en tal sentido, es causa de exención de la responsabilidad. iv.7. Lo **irresistible** denota al suceso que sensatamente no se puede detener, alude a la imposibilidad material de evitar que algo suceda; se trata de una cualidad ligada a la imprevisibilidad, pues encontrándonos frente a un evento físicamente irresistible no sería posible exigir de la persona un obrar previsible, es decir, una conducta que hubiese podido evitarlo. Por eso se debe analizar la concurrencia de este requisito estableciendo si la ocurrencia que motivó la solicitud de fuerza mayor fue o no imprevisible. iv.8. Finalmente, lo **imprevisible** refiere a lo repentino y sorprendente, a lo que no ha podido ser pensado ni advertido, al margen de la diligencia o previsión de quien lo debe soportar. Para Borda¹¹ previsibilidad es la actitud de quien obra con la prudencia de un hombre diligente, porque si hubiera podido prever el acontecimiento que luego le impedirá cumplir una obligación, sería igualmente responsable; de modo que no puede hablarse de fuerza mayor cuando las circunstancias invocadas ya existían al tiempo de contratar o eran acontecimientos que potencialmente podían darse en la realidad, aunque no se deba exagerar al definir el concepto, pues no se trata de pensar que el evento tenga que ser absolutamente imprevisible, lo que sería excesivo, sino simplemente que no haya razón valedera para pensar que se producirá.

Consiguientemente, lo imprevisible se configura cuando el suceso se da no obstante la aptitud regular de previsión de quien tiene el deber de prever lo normalmente previsible y no lo imprevisible, por tanto, lo que verdaderamente importa no es tanto que la persona no haya podido prever el evento imprevisto, sino que no haya estado en posibilidad de adoptar las medidas idóneas para evitarlo. iv.9. Conforme a lo expuesto, la calificación de las solicitudes de fuerza mayor se determinará con el respectivo análisis el cual debe efectuarse considerando los elementos probatorios que exige el dispositivo legal mencionado, elementos que deben concurrir conjuntamente; caso contrario, es decir, la ausencia de uno de dichos elementos, se generará que la solicitud carecerá de sustento probatorio, y devenga en infundada conforme a lo establecido en el numeral 1.4 del acotado dispositivo legal. iv.10. Se aprecia de la resolución administrativa cuestionada (Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N.° 160-2009), la cual determina declarar infundado el recurso de apelación contra la Resolución N.° 312- 2009 OS/GFGN-DDCN, que declaró infundado el recurso de reconsideración, -la misma que fue presentada por la parte demandante contra la Resolución N.° 4443-2008-OS/GFGN-DDCN, resolución que resolvió declarar improcedente y denegar la calificación de fuerza mayor presentada por la empresa recurrente-, que, no se ha efectuado una debida evaluación de los tres elementos que deben concurrir conjuntamente para determinar un evento suscitado por fuerza mayor, toda vez que se advierte que resulta relevante que la entidad demandada tenga en cuenta la Resolución N.° 007592, de fecha uno de junio de dos mil diez, esto es, con posterioridad a la fecha de la presentación de demanda. La resolución acotada, emitida por la misma entidad demandada, concluyó que la empresa demandante había cumplido debidamente su deber de señalización y mantenimiento. iv.11. En ese sentido, la entidad demandada deberá emitir un nuevo pronunciamiento efectuando el análisis respectivo como la evaluación correcta de los presupuestos para calificar un evento como uno de fuerza mayor, a fin de determinar si el evento suscitado el catorce de octubre de dos mil ocho, producto de la fuga de gas natural por la perforación del gaseoducto principal instalado en la intersección de la avenida Néstor Gambetta y el río Rímac; debe ser o no considerado como una variación de las condiciones de suministro a causa de un evento de fuerza mayor. En consecuencia, la causal descrita en el **literal b)** corresponde ser estimada. IV.- Decisión: Por tales consideraciones, declararon **fundado** el recurso de casación interpuesto por la demandante, empresa **Gas Natural de Lima y Callao Sociedad Anónima**, el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuatrocientos del expediente principal; en consecuencia: **Casaron** la **sentencia de vista** contenida en la resolución número veinticinco, del once de julio de dos mil diecisiete, obrante a fojas trescientos ochenta y siete; y **actuando en sede de instancia, revocaron** la sentencia apelada contenida en la resolución número trece, del ocho de junio de dos mil doce, obrante a fojas noventa y dos, que declaró infundada la demanda, y **reformándola** declararon **fundada** la pretensión principal, en consecuencia, nula la resolución de Gerencia General Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N.° 160-2009 de fecha treinta y uno de marzo de dos mil nueve, y se **ordena** a la demandada a expedir nueva resolución; en los seguidos por Gas Natural de Lima y Callao Sociedad Anónima contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y minería - Osinergmin sobre acción contenciosa administrativa; y **dispusieron** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; y los devolvieron. Interviene como **Juez Supremo Ponente: Toledo Toribio. -**

S. S.

Pariona Pastrana,

Toledo Toribio,

Yaya Zumaeta,

Bermejo Ríos,
Bustamante Zegarra.

1 Obrante a fojas 18-21 del Expediente Administrativo

2 Obrante a fojas 24-25 del Expediente Administrativo

3 Obrante a fojas 43-56 Expediente Administrativo

4 Obrante a fojas 63-65 Expediente Administrativo

5 Obrante a fojas 78-92 Expediente Administrativo

6 Obrante a fojas 97-98 Expediente Administrativo

7 Obrante a fojas 69-93 del expediente principal.

8 Conforme a esta norma debe instalarse signos o marcadores donde sea necesario para indicar la presencia de un ducto en la carreteas, carreteras, ferrocarril y cruces de arroyo; adicionalmente, ellos se deben instalar en el resto de la tubería en aquellos lugares donde pueda existir la probabilidad de daño o interferencia.

9 Párrafo modificado por el Artículo 1 de la Resolución N.º 265-2010-OS-CD, publicada el 25 noviembre 2010.

10 De Trazegnies, Fernando; La Responsabilidad Extracontractual; Lima, 1988

11 Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Editorial Perrot, Bs.As. 5ª Ed. Pp 320

Documento publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 23 de enero del 2021.