



Arbitrajes contra las decisiones del operador del mercado eléctrico peruano – COES. Análisis de los laudos arbitrales expedidos en el período 2010-2023

Arbitrations against Decisions of the Peruvian Electricity Market Operator - COES. Analysis of Arbitration Awards Issued in the 2010-2023 Period

Ricardo Leyva Flores*

Resumen:

El operador del mercado eléctrico peruano es el COES, que es una empresa privada de Derecho Público, conformado y gobernado por los generadores, transmisores, distribuidores y los Usuarios Libres, para lo cual, el Directorio, que es su última instancia, toma sus decisiones sin intervención estatal. Las discrepancias contra las decisiones del COES se resuelven mediante Arbitrajes de Derecho o Arbitrajes de Conciencia. El Perú tiene una importante práctica arbitral contra las decisiones del operador del mercado eléctrico (COES). Esto se evidencia de los laudos arbitrales emitidos durante el periodo 2010-2023. El propósito de este artículo es analizar esta práctica, centrándose en aquellas discusiones que pueden ser útiles para implementar mejoras en los mecanismos de resolución de disputas en el sector eléctrico (tal como la creación de tribunales permanentes), algo que podría ser valioso también para otros mercados. Los árbitros al momento de resolver ejercen plena jurisdicción, por lo que tienen la atribución de resolver la disputa de manera definitiva, aun cuando el COES al emitir sus decisiones no haya emitido un pronunciamiento de fondo. No obstante, los árbitros no pueden establecer lineamientos generales, precedentes vinculantes ni condicionar la expedición de futuras decisiones del COES, lo cual afecta la uniformidad en los laudos, conforme hemos visto a lo largo del presente artículo. De esta manera, el principal problema encontrado es la falta de uniformidad, y podría explicarse en la conformación de los tribunales, que se realiza caso por caso, y el amplio criterio empleado en los Arbitrajes de Conciencia, donde los árbitros se encuentran permitidos a inaplicar el marco jurídico. También se analizan otros problemas relevantes.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magister en Gestión de la Energía en ESAN y Magister en Regulación (Utilities) por la London School of Economics and Political Science – LSE. Experto en Derecho de la Energía, Derecho Administrativo Económico y Regulación de Servicios Públicos. Profesor en las universidades ESAN, UPC y la UNMSM. Socio de UL. Energy and Infrastructure. Contacto: rleyva@ulenergia.com.pe.
Disclosure: He participado en dos procedimientos arbitrales contra el COES como abogado de la empresa ELECTROPERÚ. La gran mayoría de los expedientes en los arbitrajes contra el COES no tienen un número de identificación. Por este motivo, el principal medio de identificación de los laudos arbitrales es la fecha de emisión del laudo (día/mes/año). Este es el formato utilizado en el presente artículo para la identificación de los laudos, conforme se encuentra detallado en la lista de referencias.

Abstract:

The Peruvian electricity market operator is COES, it is a private company under public law, composed and governed by generators, transmitters, distributors, and the Free Users. The Board of Directors, which is the final authority, makes its decisions without any government intervention. Disagreements with COES decisions are resolved through Arbitration at Law or Arbitration of Conscience. Peru has a significant arbitration practice against the electricity market operator decisions (COES). This is evidenced by the Awards issued during the period 2010-2023. The purpose of this paper is to analyze this practice, focusing on those discussions that may be useful for implementing improvements in dispute resolution mechanisms in the electricity sector (such as the implementation of permanent tribunals), something which could be worthy for other markets as well. At the time of the decision, the arbitrators exercise full jurisdiction; therefore, they have the power to resolve the dispute definitively, even if the COES has not made a substantive statement when issuing its decisions. However, tribunals cannot issue general guidelines, binding precedents or condition the issuance of future COES decisions, which affects the uniformity of awards, as we have seen throughout this article. The main problem found is the lack of uniformity, and it could be explained in the conformation of the tribunals (case-by-case basis) and the broad criterion employed in Arbitrations of Conscience, where arbitrators are allowed to omit the legal framework. Other relevant problems are also analyzed.

Palabras claves:

Derecho de la Energía, Electricidad, Arbitrajes, Regulación de Servicios Públicos, Operador del Mercado Eléctrico Peruano – COES.

Key words:

Energy Law, Electricity, Arbitrations, Utilities Regulation, Peruvian Electricity Market Operator – COES.

1. Introducción

El fortalecimiento de la industria eléctrica peruana exige que el sistema eléctrico sea cada vez más eficiente, lo cual implica la existencia de un único gestor técnico del sistema eléctrico, ya que ello posibilita la **planificación, coordinación y explotación unificada** del sistema en su conjunto (Caraimpoma y Villegas, 2018). [Énfasis agregado].

El sector eléctrico peruano ocupa un rol concedente, regulador y normativo, participando en la actividad empresarial sólo de manera subsidiaria. Además, ha encargado la coordinación del mercado eléctrico a una entidad independiente - COES. No obstante, la “ausencia” de Estado no significa que se encuentre libre de conflictos. Al contrario, constantemente las empresas impugnan las decisiones del COES, siendo que, agotadas las instancias de discusión internas, finalmente las disputas se resuelven mediante arbitrajes.

Existe una importante práctica arbitral contra las decisiones del COES, lo cual se ha podido corroborar debido a la publicidad de los laudos arbitrales, pues por mandato del Estatuto del COES, Artículo 55.10, los laudos se publican¹. Para ver el detalle de los laudos que se encuentran publicados y que fueron materia de revisión para la elaboración del presente trabajo, véase el Anexo

1. Cabe señalar que cada vez que en el presente artículo se haga referencia a un laudo con la referencia de día/mes/año, se refieren a los laudos que constan en el Anexo 1.

El presente artículo tiene por objeto analizar esta práctica arbitral, para lo cual nos hemos enfocado en aquellas discusiones que resultan interesantes y puedan ser útiles para implementar mejoras en los mecanismos de solución de disputas en el sector eléctrico. Asimismo, esperamos que nuestro análisis pueda servir de referencia para el diseño de los mecanismos de solución de conflictos de otros mercados donde el Estado ocupa un rol regulador y sea responsabilidad de un “tercero imparcial”, similar al COES, la organización y administración del mercado.

2. El COES: Constitución, funciones y mecanismos de resolución de disputas

La electricidad no se puede almacenar, no económicamente por lo menos. Por este motivo, existe la necesidad de mantener un balance permanente entre la generación y la demanda. Esta coordinación en el Perú es responsabilidad del COES. La Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica (en adelante, Ley 28832), Artículo 12, define al COES como una entidad privada, sin fines de lucro y con

¹ Los laudos arbitrales que fueron analizados para la redacción del presente artículo se pueden descargar desde la siguiente dirección: <https://www.coes.org.pe/Portal/DirectorioImpugnaciones/Arbitraje/LaudosArbitrales>.

personería de Derecho Público. Por este motivo, Caraipoma y Villegas (2018) señalan que el COES se comporta como una empresa privada creada, no en virtud de la autonomía privada, sino por mandato de la ley (p. 33).

El COES no tiene injerencia del Estado ni en su conformación ni en su proceso de toma de decisiones. El COES está conformado por todas las empresas, públicas y privadas, participantes del sistema eléctrico, quienes están organizados en 4 subcomités (Ley 28832, 2006, Art. 16): Comité de Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres (en adelante, UL). La máxima instancia de decisión del COES es el Directorio (Cáceres Freyre, 2001, p. 362), el cual está conformado por 4 directores, cada uno elegido por un subcomité, mientras que todos los integrantes del COES en conjunto eligen al Presidente del Directorio (Ley 28832, 2006, Art. 17).

El COES tiene a cargo (Ley 28832, 2006, Art. 12) realizar las transferencias de potencia y energía (Ley 28832, 2006, Art. 1, num. 16), la coordinación de la operación de corto, mediano y largo plazo del sistema eléctrico, así como planificar el desarrollo de la transmisión y administrar el Mercado de Corto Plazo. El Mercado de Corto Plazo (en adelante, MCP), es administrado por el COES. Estas funciones generales luego se encuentran detalladas y clasificadas entre funciones de interés público (Ley 28832, 2006, Art. 13) y funciones operativas (Ley 28832, 2006, Art. 14).

Ahora bien, luego que el Directorio toma una decisión de manera definitiva y se agotan los mecanismos de impugnación internos (reconsideración y apelación), las controversias que persistan entre los integrantes y el COES se resuelven mediante arbitrajes (Ley 28832, 2006, Art. 14, lit. k).

En la actualidad es correcto afirmar que el arbitraje se ha transformado en un mecanismo útil para solucionar los conflictos que se van suscitando entre los particulares (Busatmante Alarcón, 2013, p. 191), siendo amparados por el “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, Decreto Legislativo N° 1071, el arbitraje de derecho y el arbitraje de conciencia.

En esta línea, los arbitrajes en el COES se pueden organizar como Arbitrajes de Derecho (en adelante, AD) o Arbitrajes de Conciencia (en adelante, AC), correspondiendo a las partes definir su naturaleza. A falta de acuerdo, el arbitraje se desarrollará como AC (Estatuto del COES, art. 55.4).

En simple, en un AD los árbitros toman decisiones sobre la controversia de acuerdo con la Ley. En cambio, en un AC el tribunal arbitral se encuentra

autorizado para inaplicar la Ley, cuando la considere injusta. De Trazegnies Granda (1996); menciona que el AC es la mejor elección, cuando el problema excede el ámbito de las leyes nacionales, o sea, cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del Derecho no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión (p. 116).

3. Escenarios de ventilación de controversias en el sector eléctrico

En el sector eléctrico peruano existen diferentes espacios en los cuales se ventilan disputas:

- (i) Conflictos entre los agentes y el Estado (por ejemplo, el Ministerio de Energía y Minas - MINEM o el regulador - OSINERGMIN). En estos casos, (i) si el conflicto tiene fuente contractual y existe cláusula arbitral, entonces el conflicto se resolverá mediante el procedimiento que establezca cada contrato, usualmente AD o AC. (ii) De lo contrario, una vez agotadas las instancias de discusión administrativas, la diferencia podrá ser cuestionada en sede judicial.
- (ii) Conflictos entre agentes. (i) Si la materia de conflicto es regulada, entonces la controversia debe ser resuelta mediante los procedimientos de solución de controversias del OSINERGMIN (Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, art. 3). Luego, la decisión del OSINERGMIN puede ser cuestionada judicialmente por quien se considere afectado. (ii) Por otro lado, si el conflicto se deriva de una relación contractual y la materia del conflicto no es regulada, entonces la disputa se resolverá en los términos previstos en los contratos (AD o AC). (iii) En cualquier otro escenario, los conflictos se resuelven de manera judicial.

Como se podrá apreciar, existen diferentes escenarios para la ventilación de disputas en el sector eléctrico peruano, siendo que en el presente Artículo únicamente nos enfocaremos en los arbitrajes contra las decisiones del COES.

4. Estadística relevante

En el período 2010-2023, se emitieron 29 laudos arbitrales, de los cuales 19 fueron AC (66%) y 10 de AD (34%). Se puede apreciar una preferencia por los AC, lo cual quizá tenga explicación en que las materias en discusión en los arbitrajes COES son normalmente técnicas. Aunque el mayor porcentaje de AC también se puede deber a la simple falta de acuerdo de las partes. En todo caso, llama la atención que, dentro del total de los árbitros designados (87, incluidos los

presidentes de los tribunales), sólo un 20% fueron ingenieros/economistas, siendo que el 80% de las designaciones recayeron en abogados. Esta *ratio* sigue siendo alta si circunscribimos nuestro análisis a sólo los AC, donde el 70% de las designaciones recayeron en abogados. Más aún, en 8 de los 19 AC, todos los árbitros designados fueron abogados. En los AC, la estructura predilecta fue del panel arbitral conformado por abogados (8 casos), y en segundo lugar se encuentra la conformación de 2 abogados y 1 ingeniero, con 6 casos; siendo que sólo 1 vez en un AC se utilizó la conformación del tribunal de 3 ingenieros. Entonces, parece que se prefieren los AC, aunque para la conformación de los tribunales existe un marcado sesgo por los abogados.

Por otro lado, de las empresas que decidieron acudir al arbitraje, las generadoras gestaron 23 arbitrajes y, en relevancia las siguen las transmisoras con 4 casos. Las empresas que han acudido más veces a los arbitrajes son ELECTROPERÚ (en adelante, ELP), ENGIE (antes ENERSUR) y REP, las cuales actuaron como demandantes en 10, 6 y 4 arbitrajes, respectivamente. Cabe indicar que ELP es la empresa que ha conseguido más resultados favorables, con 5 casos con pronunciamientos de fundado o fundado en parte. Todas las demás empresas que también optaron por acudir al arbitraje no pudieron obtener victorias en más de una ocasión.

Ahora bien, las materias que se han discutido en los arbitrajes mayoritariamente tratan sobre el MCP, servicios complementarios e inflexibilidades operativas, con 22 casos. Luego se vieron 6 casos en lo referido a asignaciones de responsabilidad/compensaciones frente a interrupciones de suministro. Sólo 1 vez se discutió un tema propio de la transmisión (remuneración de los sistemas de transmisión), en un arbitraje que llevaron generadores. Como se podrá apreciar, existe poca participación en lo que corresponde a las actividades de transmisión y distribución, lo cual se desprende no sólo de las materias de los arbitrajes, sino de las empresas que más acudieron a los arbitrajes.

Ahora bien, en los casos analizados sólo una vez la demanda arbitral fue declarada totalmente improcedente por el tribunal arbitral. En varios casos se declararon improcedentes algunos extremos del petitorio, pero que no fueron sustanciales ni afectaron la capacidad del tribunal de pronunciarse sobre las partes primordiales de la discusión de fondo. Esto podría sugerir la inclinación de los tribunales de tratar de llegar a pronunciamientos sobre el fondo de la materia y resolver el caso planteado, pues el objetivo es brindar una solución adecuada a la materia controvertida, lo cual va en línea con las políticas

pro-arbitraje de lograr soluciones prontas, eficientes y definitivas (Laudo 13/10/2022; página 47; considerandos 203 y 204) (Laudo 13/10/2022, p. 47, consid. 203 y 204; Laudo 11/10/2020, p. 28, consid. 105 y ss.).

En 10 arbitrajes se obtuvieron resultados favorables al demandante (fundado o fundado en parte), de los cuales 8 fueron AC y sólo 2 AD. Este reparto es sorpresivo si tenemos en cuenta, como antes fue indicado, que el 66% de los casos se administraron como AC. Esto podría indicar que es más probable para los demandantes tener éxito cuando los arbitrajes se administren como AC.

Cabe señalar que, de los 29 laudos estudiados, sólo en 5 de ellos el Tribunal decidió en mayoría; en los demás se logró unanimidad en el voto. Es pintoresco resaltar que cada vez que uno de los árbitros decidió hacer un voto en minoría, ese árbitro fue un abogado. Es cierto que, siendo la mayoría de los árbitros abogados (80%), era esperable que la mayoría de los 5 fueron abogados, pero no todos.

Finalmente, si computamos los plazos desde la instalación del tribunal arbitral hasta la fecha de emisión del laudo, la media de duración de los arbitrajes fue de 829 días, aunque si retiramos del universo dos casos arbitrales que se resolvieron en plazos extrañamente largos (10 años aproximadamente), la media se reduce a 574 días. Es un plazo bastante aceptable, considerando todos los años que podrían tomar resolver estas controversias mediante procesos judiciales.

5. Análisis de las principales temáticas

En la presente sección analizaremos algunas temáticas que consideramos relevantes, de acuerdo con la revisión que hicimos de los laudos arbitrales expedidos en el período 2010-2023. Las temáticas se eligieron debido a que desarrollan aspectos jurídicos importantes, o porque condicionan las tareas del COES o las actividades de los agentes, principalmente generadores, en el mercado.

5.1. Las materias arbitrales también podrían afectar a los Usuarios Regulados

CELEPSA y ELP en Laudo 07/03/2023 señalaron que se estaba determinando de manera incorrecta las transferencias de potencia. Esto se debía a la parte no cubierta para pagar los sistemas de transmisión, es decir, base tarifaria (ingreso garantizado a los transmisores) menos ingreso tarifario (diferencia del costo de la electricidad entre dos barras del sistema eléctrico), se asignaba 100% a los generadores, descontándose de los

ingresos por potencia. Los demandantes afirmaron que son los usuarios eléctricos los responsables de pagar la base tarifaria y no los generadores.

El aspecto al cual queremos brindarle nuestra atención gira en torno a la discusión sobre la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la materia en discusión, toda vez que, de aceptarse el requerimiento de los generadores, los usuarios hubieran asumido la obligación de pagar exclusivamente la base tarifaria.

Sobre el particular, debemos recordar, como previamente se ha señalado, que la Ley 28832 (2006, Art. 14, lit. k), asigna al COES la función de resolver las controversias dentro del ámbito de su competencia. No obstante, dicha ley señala que cuando la materia afecta a los Usuarios Regulados (en adelante, UR), **estos o sus representantes** pueden ejercer su derecho de defensa no ante el COES sino frente al Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN. Siendo que, **en los demás casos**, las disputas en última instancia se resuelven mediante arbitraje. [Énfasis agregado].

Esta excepción se fundamenta en que el COES es una empresa privada de Derecho Público, pero se encuentra conformada y gobernada por las empresas. Por este motivo, en aquellos escenarios donde las decisiones del COES puedan afectar a los UR, se señala que la disputa la debe resolver OSINERGMIN, quien, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Artículo 32°, numeral 7, tiene el deber de defender “el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley”.

Entonces, si el fondo de la controversia en el Laudo 07/03/2023 podría afectar a los UR², ¿por qué no se declaró incompetente el Tribunal? El Tribunal fundamentó su competencia en que la vía de impugnación de las decisiones del COES por parte de los agentes es la arbitral, mientras que para las impugnaciones que formulen los UR el competente es OSINERGMIN. Entonces, señaló el Tribunal que siendo el objeto de la impugnación las transferencias de potencia —competencia del COES— y que los impugnantes son generadores, resulta competente. Cabe señalar que existen otros casos donde la materia controvertida también podría afectar potencialmente a los UR, pero, al igual que en este caso arbitral, los tribunales se declararon competentes (Laudo 07/12/2017; Laudo 17/10/2014).

Esta interpretación del Tribunal Arbitral podría ocasionar como consecuencia que una misma decisión del COES, en tanto la materia pueda

afectar a los UR, podría ser cuestionada por parte de los UR frente al OSINERGMIN, y, a la vez, podría ser sometida a una demanda arbitral por parte de los agentes integrantes del COES, lo cual no parece muy congruente. Aunque lo más grave es que el laudo podría realmente afectar los intereses de los UR, lo cual no parece ser el espíritu de la Ley 28832. No obstante, lo resuelto en el caso bajo análisis parece enmarcarse en la aparente predisposición de los tribunales de optar por la continuación de los arbitrajes asumiendo criterios pro-arbitraje, como se detalla en la sección 4, y evitar las declaraciones de improcedencia.

Sin embargo, cabe señalar que existe un caso en que el Tribunal se declaró incompetente cuando el petitorio involucraba la afectación de los usuarios eléctricos. En el Laudo 10/07/2014, ELP solicitó se le excluya del pago de los costos de la operación por seguridad, y pidió que dichos costos debían ser cubiertos por los usuarios eléctricos, lo cual fue declarado improcedente por parte del Tribunal, en la medida que el COES no es competente para trasladar costos a los usuarios (considerando 107).

Claramente, el COES no es competente en materia tarifaria, sino OSINERGMIN. Por este motivo, todas las impugnaciones a las decisiones del COES en las cuales se puedan afectar a los usuarios eléctricos deberían declararse improcedentes, lo cual se debería replicar en los arbitrajes. No obstante, sólo hemos podido encontrar un caso de declaración de improcedencia, por lo que podría existir el riesgo de que materias que potencialmente afectan a la demanda eléctrica se resuelvan mediante decisiones COES y/o arbitrajes COES.

5.2. La teoría de las competencias implícitas

En el Laudo 13/10/2022 las demandantes cuestionaron que el COES haya dejado sin efecto su operación comercial, sin que las normas legales aplicables establecieran expresamente dicha atribución a favor del COES. Las demandantes señalaron que el procedimiento únicamente regula la suspensión como consecuencia de la presentación de información errónea, pero el COES habría ido más allá del marco legal al disponer una consecuencia no reglada por el marco jurídico.

En la fundamentación de este arbitraje, que se llevó a cabo de acuerdo con reglas de equidad, el Tribunal señaló que, al ser el COES la entidad responsable de coordinar la operación del sistema eléctrico, tiene la atribución implícita de dejar sin efecto la aprobación de puesta en operación comercial. Resaltamos implícita porque el propio Tribunal acepta que esta facultad no se encuentra

2 El Tribunal era consciente de ello, lo cual se corrobora cuando, en el Laudo 07/03/2003, en el considerando 485, señala que cualquier afectación a las tarifas o a los UR sería producto de la correcta aplicación de la ley, lo cual debe ser develado por el Tribunal.

expresamente prevista, por lo que, de acuerdo con la interpretación literal, la consecuencia solo sería la suspensión (Laudo 13/10/2022, cons. 347 y 350). Sin embargo, el Tribunal señala que el procedimiento para evaluar los requisitos para la puesta en operación comercial fue edificado sobre los principios de buena fe, confianza legítima y presunción de veracidad, sujeto a fiscalización posterior. Por ello, si producto de la supervisión posterior realizada por OSINERGMIN se corrobora que la información es incorrecta, esto significa que el otorgamiento de la puesta en operación comercial se encontrará viciado, lo cual lógicamente autoriza al COES, según el Tribunal, a como mínimo suspender la operación comercial, por lo que sí cuenta con la facultad implícita para revocar completamente la autorización (Laudo 13/10/2022, consid. 355).

En primer lugar, si bien parece correcto el razonamiento del Tribunal, no sabemos si el resultado hubiera sido el mismo de encontrarnos en un AD. Las reglas del AC permitieron al Tribunal resolver en función de buena fe, razonabilidad y lógica, entre otros motivos, a pesar de la literalidad de la norma. Esto último confirma la relevancia de definir adecuadamente las reglas sobre las cuales se resolverá un arbitraje, léase AC o AD.

Ahora bien, en el Laudo 02/10/2017 se discutió la legalidad de las decisiones del COES, por las cuales se asignó a los generadores la responsabilidad de pago por la regulación secundaria de frecuencia. En este laudo, resuelto bajo las reglas de derecho, el Tribunal aceptó que no existía una norma legal expresa que asignara la responsabilidad de pago a los generadores (pp. 31-32, consid. 104 y ss.); no obstante, señaló que, en tanto la Ley 28832 asigna como función del COES la planificación y administración de los servicios complementarios en el Artículo 14, y el Artículo 13, literal b) de la referida Ley dispone como función de interés público del COES proponer y del OSINERGMIN aprobar los procedimientos necesarios para la operación del sistema eléctrico y administración del MCP, es una sub-competencia o competencia implícita del COES (p. 40, consid. 132). Más aún señaló que es consustancial a la regulación de los servicios complementarios la asignación de los criterios para su remuneración, pues sino se paga, no habrá servicio (p. 39, consid. 130).

En el citado laudo (pp. 31-32, consid. 11 y ss.) se señala que existe autorizada doctrina, así como precedentes del Tribunal Constitucional, donde se concluye que las competencias públicas no requieren ser expresas, en la medida en que, resulten consustanciales al ejercicio de las competencias legalmente definidas, lo cual, según el criterio del Tribunal, es el caso de la regulación de frecuencia.

Efectivamente, la teoría de las competencias implícitas no es nueva y fue desarrollada también por el Tribunal Constitucional peruano, al expresar que el principio de efecto útil flexibiliza el principio de taxatividad en la determinación de las competencias, en la medida que las competencias implícitas son consustanciales o constituyen una consecuencia directa de las competencias definidas expresamente (Tribunal Constitucional, Exp. No. 0031-2005-PI/TC, 2007, p. 11, consid. 13).

Ahora bien, en el Laudo 02/08/2020 se discutió la competencia del COES para incluir intereses en las transferencias. En este caso, el Tribunal denegó la posibilidad de incluir intereses a partir de la aplicación del Principio de Legalidad *strictu sensu*, el cual resulta aplicable al COES debido a que tiene personería de derecho público, y, por tanto, consideró el Tribunal que el COES sólo tiene competencia para realizar aquellas funciones que le fueron conferidas de manera expresa (pp. 35-36, consid. 82-84).

En este caso no se analizó la teoría de las competencias implícitas, la cual hubiera podido ser de importancia radical, toda vez que el COES claramente tiene otorgadas por ley las funciones para valorizar transferencias en el MCP, y la discusión en este arbitraje se centraba en si correspondía agregar el costo del dinero en el tiempo (intereses). Para mayor desarrollo véase la sección 5.6.

A partir de los laudos previamente descritos, podemos abstraer dos conclusiones: i) las competencias del COES se determinan aplicando los mismos criterios que para las entidades de la administración pública, léase, aplicando el Principio de Legalidad, contenido en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) (art. IV del Título Preliminar, num. 1.1.). Sobre esto retomaremos en la sección 5.7. ii) en función de la teoría de las competencias implícitas, el COES se encuentra facultado para ejecutar no sólo las funciones expresamente previstas en el marco legal, pero también aquellas que resulten consustanciales o de consecuencia directa. No obstante, esta teoría no parece ser unánime o su aplicación resulta caprichosa, pues existen casos en los cuales los tribunales decidieron aplicar a raja tabla el Principio de Legalidad sin evaluar si lo petitionado en los arbitrajes es consustancial con las funciones del COES.

5.3. El Tribunal Arbitral ejerce plena jurisdicción, aunque no puede pronunciarse sobre decisiones futuras del COES

En el Laudo 11/10/2020 el COES objetó la competencia del Tribunal Arbitral para emitir

un pronunciamiento sobre el fondo de la materia, pues el Directorio del COES cuando emitió su decisión en última instancia declaró la improcedencia sin analizar el tema de fondo. Por este motivo, el COES consideró que el Tribunal únicamente podría pronunciarse sobre la declaración de improcedencia, pero no estaría facultado para analizar la materia controvertida, en la medida que no fue analizada previamente por el Directorio.

El Tribunal en el laudo, explica que tanto la Ley 28832, el Reglamento del COES y el Estatuto del COES habilitan de manera genérica, al cuestionamiento de decisiones mediante arbitraje sin limitar el alcance de las pretensiones. Se señala que lo mismo ocurre en procedimientos recursivos en el marco de la LPAG, así como en los procesos judiciales. Se indica que esta habilitación descansa en los principios de eficiencia y celeridad, con lo que se busca obtener una decisión pronta y definitiva sobre la materia controvertida. Señala el Tribunal que lo contrario sería admitir que luego de agotar las vías internas, se deba acudir a un arbitraje para sólo discutir la improcedencia, y que luego de resuelto el arbitraje, nuevamente se deba acudir al COES para ahora obtener un pronunciamiento sobre el fondo, sobre el fondo. En caso de que la empresa se encuentre en desacuerdo con la decisión final en este segundo pronunciamiento, deberá plantear un nuevo arbitraje para ahora sí discutir el tema de fondo, lo cual, señala, no es congruente con los objetivos del arbitraje, en los que se busca dar una solución célere a las controversias (p. 21, consid. 78 y ss.).

Por tanto, los Tribunales Arbitrales cuentan con plena jurisdicción para administrar justicia, por lo que no se puede limitar su competencia a realizar una revisión de legalidad o procedimental. No obstante, los tribunales arbitrales no cuentan con competencia para restringir futuras decisiones del COES. Esto fue recogido en el Laudo 17/10/2014, en el cual el demandante solicitó como parte de su petitorio que el COES se abstenga de emitir decisiones en las cuales se asigne los costos por regulación de tensión a los generadores. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral determinó que resulta competente únicamente para resolver controversias sobre decisiones emitidas, careciendo de competencia para pronunciarse sobre decisiones futuras (p. 111, consid. 167). Para revisar otro arbitraje en el cual el Tribunal también se declaró incompetente para pronunciarse sobre decisiones futuras del COES, véase el Laudo 14/02/2013, caso en el cual el Tribunal además señaló que no tiene competencia para dictar criterios generales que delimiten las funciones del COES y, menos aún, para establecer precedentes vinculantes (p. 17, consid. 18 y 20). También puede

observarse el Laudo 28/10/2011, en cuyo caso el Tribunal señaló que no tiene competencia como para delimitar el ejercicio de las funciones del COES (pp. 78 y 79).

Si bien los Tribunales Arbitrales no tienen competencia para definir precedentes vinculantes, esto no significa que se debería mantener así. En el Derecho Público los precedentes vinculantes ayudan a simplificar la labor de las entidades de la administración pública y generan más predictibilidad en los administrados (LPAG, 2001, art. IV del Título Preliminar). No obstante, tendría que evaluarse la idoneidad, pues a diferencia de los Tribunales Administrativos, en los procesos arbitrales del COES los Tribunales se escogen caso por caso, además, existe la posibilidad de que los laudos se emitan no en función de las reglas de derecho sino también en función de las reglas de conciencia, lo cual otorga más discrecionalidad a los árbitros.

Los pronunciamientos analizados concuerdan en que los Tribunales Arbitrales cuentan con total autoridad para ejercer plena jurisdicción sobre la materia controvertida, por lo que no se limitará a emitir pronunciamientos sobre la forma o el cumplimiento del debido proceso por parte del COES, sino que el Tribunal cuenta con la capacidad para actuar como sede de instancia y resolver plenamente la controversia administrando justicia para las partes del proceso. No obstante, ello tiene un límite, pues el Tribunal Arbitral sólo se podrá pronunciar sobre decisiones emitidas, encontrándose prohibido de pronunciarse o de cualquier manera limitar las decisiones futuras del COES, lo cual debería, por lo menos, revisarse.

5.4. La defensa y promoción de la competencia en el mercado de corto plazo

En el Laudo 19/10/2017 el demandante cuestionó la validez de las decisiones del COES en las que se aceptaron las declaraciones de inyecciones y retiros de la empresa LDS, en sus dos facetas, de generador (central hidroeléctrica Santa Teresa) y de distribuidor (distribución eléctrica en el sur de Lima). El demandante alegó que la integración vertical se encuentra prohibida en el sector eléctrico y que el COES, de acuerdo con lo señalado en la Ley 28832 (2006), tiene como una de sus funciones asegurar condiciones de competencia en el mercado de corto plazo, por lo que debió rechazar las declaraciones de LDS.

El Tribunal en su análisis concluyó que dentro de las funciones del COES se encuentra aquella relacionada con asegurar condiciones competitivas en el MCP (Laudo 19/10/2017, p. 38, consid. 176), lo

cual resulta innegable a la luz de la lectura de la Ley 28832, Artículo 13. No obstante, el Tribunal precisó que son varias las entidades que tienen el rol de velar por la competencia en el mercado eléctrico, tales como el MINEM, OSINERGMIN, INDECOPI (agencia de competencia), COES y PROINVERSIÓN, pero cada una de ellas actúa dentro del marco de su competencia (p. 39, consid. 180). Siendo así, el Tribunal indica que es función del INDECOPI y no del COES analizar el cumplimiento de los requisitos para la integración vertical (p. 40, consid. 187).

Ahora bien, ¿cómo el COES ejerce la función de asegurar condiciones de competencia en el mercado eléctrico? El Tribunal (Laudo 19/10/2017, p. 48, consid. 225), expresa que el contenido de esta función de interés público se encontraría en el Artículo 11 del Reglamento del Mercado de Corto Plazo, aprobado por Decreto Supremo N° 026-2016-EM, el cual establece que el COES debe informar tanto al OSINERGMIN como al INDECOPI los hallazgos sobre conductas anticompetitivas en el mercado eléctrico y las posibles medidas correctivas.

Consideramos que esta podría ser una visión limitada sobre los posibles espacios en los cuales el COES puede ejercer su función de asegurar condiciones de competencia en el MCP. Esto ocurrió, por ejemplo, en un proceso de transferencias de energía y potencia, donde el Tribunal Arbitral (Laudo 03/01/2013, pp. 42-43) determinó que las decisiones del COES propiciaban el abuso de posición dominante mediante la integración vertical (generador/transmisor) y, por tanto, afectaba la competencia en el mercado de generación para la atención de la demanda de los UL, por lo que decidió declarar la nulidad de las decisiones del COES. En este caso, el generador de la zona también era propietario de la línea de transmisión que atendía a la demanda, por lo que el Tribunal decidió que la decisión del COES de considerar como barra de retiro a la barra donde el UL realiza el consumo efectivo obstaculiza la competencia, por lo que para que todos los suministradores se encuentren en igualdad de condiciones, lo correcto era que la barra de retiro sea el punto donde inicia la línea de transmisión del generador.

Asimismo, como parte del proceso de elaboración normativa, el COES podría proponer al OSINERGMIN la aprobación de normas que tengan como fin promover la competencia en el mercado eléctrico, tal como ocurrió cuando se estableció en el Procedimiento Técnico del COES 16, Racionamiento por Déficit de Oferta³, que los distribuidores, ante requerimientos de realizar

rechazos de carga (cortes de suministro), estaban prohibidos de realizar el corte de los UL sin que, previamente, se haya solicitado autorización de sus suministradores, prohibición que se contempló con el objeto de evitar que los distribuidores extiendan su posición dominante en la gestión de las redes de distribución sobre el mercado de los UL. (voto en discordia de la doctora Cecilia O'Neill de la Fuente, Laudo 16/12/2013, pp. 13 y ss., consid. 49).

5.5. El Control de Constitucionalidad (Control Difuso)

El control de constitucionalidad consiste en inaplicar una norma legal por ser contraria a la Constitución, denominándose control difuso por ser realizado por un órgano diferente al Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, Exp. No. 1680-2005-PA/TC, 2005, consid. 2). ¿Es el COES competente para realizar control difuso? ¿Los Tribunales Arbitrales son competentes para ejercer control difuso?

En el Laudo 03/11/2020 el Tribunal debatió como un ejercicio teórico si se encontraba habilitado para realizar control difuso (p. 68, consid. 208). Fue un mero ejercicio teórico porque previamente el Tribunal al resolver la controversia de fondo señaló que la Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley 28832 había sido válidamente derogada por el Decreto de Urgencia N° 049-2008, por lo que las decisiones del COES se encontraban arregladas a derecho⁴. El Tribunal señaló que el control difuso es un poder-deber de los órganos jurisdiccionales, por lo que sí se encontraba habilitado a realizarlo.

Ahora bien, esta discusión no es nueva pero tampoco uniforme. Por ejemplo, en el Laudo 02/10/2017 se discutió si las decisiones del COES mediante las cuales se asignó los costos de regulación de frecuencia a los generadores, si bien se ejecutaron en cumplimiento del PR-22, Reserva Rotante para Regulación Secundaria de Frecuencia, constituyeron una infracción, según a lo alegado por las demandantes, a la Constitución y la Ley 28832.

En el referido Laudo, si bien se descartó que las decisiones del COES significaran una infracción al marco constitucional y legal, el Tribunal incluyó dos afirmaciones relevantes:

“El Tribunal considera que las normas que le asignan competencia al COES para ejercer sus funciones, no incluyen la posibilidad de que el COES pueda discrecionalmente inaplicar un reglamento por ser contrario a una norma de

³ En adelante todos los Procedimientos Técnicos del COES se denominarán “PR”.

⁴ Véase sección 5.12.

mayor jerarquía” (Laudo 02/10/2017, p. 150, consid. 179).

Es decir, en el supuesto negado que sí hubiera existido una contravención entre el PR-22 y el marco jurídico aplicable, el COES indefectiblemente hubiera tenido que cumplir con dicho procedimiento, en la medida que, dentro de sus atribuciones, no se encuentra alguna referida al control difuso. Esto último se ratifica cuando se señala que el PR-22 es una norma que el COES no podía dejar de aplicar.

“El PR-22 goza de la presunción de constitucionalidad (y legalidad) en tanto un órgano competente para ello, no declare lo contrario. (...) en tanto el Reglamento no sea derogado o removido del sistema jurídico a través de un mecanismo de control constitucional o legal, no puede afirmarse que los acuerdos adoptados en base al mismo incurrir en la causal de nulidad de acto jurídico antes señalada, toda vez que se han dictado aplicando correctamente la norma aplicable” (Laudo 02/10/2017, p. 150, consid. 181).

Con estas afirmaciones del Tribunal, se ratifica en que el COES no puede inaplicar un procedimiento técnico, por lo que las decisiones del COES serán válidas, en tanto respeten dichos procedimientos. No obstante, si las decisiones son válidas, ¿esto último significa que tampoco un Tribunal cuenta con la competencia como para realizar control difuso? ¿Como revocar una decisión válidamente tomada? Entonces, ¿ni el COES ni el Tribunal Arbitral pueden realizar control difuso? Desafortunadamente, por lo escueto del desarrollo realizado por el Tribunal, no podemos extraer más conclusiones.

Por otro lado, en el Laudo 16/12/2013 LDS cuestionó las decisiones por las cuales se le asignó responsabilidad por eventos que generaron la interrupción del suministro. Si bien el COES alegó que LDS era responsable debido a que no realizó previamente las coordinaciones con los suministradores de los UL, conforme lo dispone el numeral 5.2.4 del PR 16, la demandante señaló que realizó el corte priorizando el abastecimiento de la demanda de los UR, en cumplimiento del marco legal vigente.

El Tribunal en el laudo señaló que sí existió incompatibilidad entre las normas legales de mayor jerarquía, que privilegian el abastecimiento de los UR, *vis a vis* el PR 16, pues éste último para el corte del suministro de los UL requiere previa coordinación con el suministrador, coordinación que pone en riesgo el suministro de los UR cuando

se tiene que rechazar carga (racionamiento); por lo que el Tribunal decidió anular las decisiones del COES, p. 27, consid. 3) El Tribunal señaló que se encuentra habilitado para realizar control difuso, en función de las atribuciones previstas en el Artículos 118 y 138 de la Constitución, que prevén las potestades reglamentarias del ejecutivo y el principio de jerarquía normativa, respectivamente (p. 29, consid. 6).

El Tribunal no sólo anuló las dediciones del COES, sino inclusive señaló que “el COES debió inaplicar el numeral 5.2.4 del Procedimiento Técnico N° 16 del COES – Racionamiento por Déficit de Oferta (PR-16) al caso en cuestión, por resultar contrario a normas de rango legal” (Laudo 16/12/2013, p. 28, consid. 5). Cabe señalar que, en la Resolución complementaria emitida a raíz de un pedido de interpretación del Laudo Arbitral formulado por el COES, el Tribunal se ratificó en que el COES puede aplicar control difuso. (2013, consid.33).

Como se podrá apreciar, la posición de este Tribunal resulta contradictoria de la posición del Tribunal en el Laudo 02/10/2017 antes comentado, donde se señaló que el COES sólo tiene competencias para aplicar los Procedimientos Técnicos sin discutirlos ni interpretarlos.

Sigamos explorando otros laudos. En el Laudo 14/08/2013, el cual se resolvió como AC, se discutieron las transferencias para retiros efectuados en un sistema secundario de transmisión. La materia controvertida se centró en determinar el punto de retiro para efecto de las valorizaciones y si los cálculos se debían realizar considerando la realidad o un esquema idealizado, de conformidad con el Decreto de Urgencia N° 049-2008. Sobre este último punto, el Tribunal Arbitral decidió inaplicar el citado Decreto de Urgencia al caso concreto, debido a que generaba resultados que consideraba injustos.

Este este caso, la inaplicación del Decreto de Urgencia N° 049-2008 no se generó a partir de la atribución que tienen los tribunales de inaplicar normas inconstitucionales mediante el ejercicio del control difuso, sino de la capacidad que tienen de resolver en AC, en función de su mejor saber y entender, estando capacitados, inclusive, para inaplicar normas legales (Laudo 14/08/2013, p. 72 y ss.). Para otros casos similares véase también el Laudo (2017, p. 78, consid. 66).

Esta diferencia es importante, pues en el primer caso, se produce la inaplicación de la norma inconstitucional debido al ejercicio del control difuso; mientras que, en el segundo caso, el Tribunal decide, basado en sus criterios de justicia

y equidad, propios de un arbitraje de conciencia, inaplicar la norma considerada injusta y, en su lugar, tiene la libertad de elegir, debidamente fundamentado, el mecanismo de solución que considere adecuado para resolver la controversia.

Por otro lado, en el Laudo 03/01/2013, a propósito de una discusión sobre el lugar donde se deben valorizar los retiros (Barra de Transferencia del SEIN o Barra de Consumo), el Tribunal Arbitral señaló que el Procedimiento para Fijar las Condiciones de Uso y Acceso Libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica, aprobado por la Resolución OSINERG N° 091-2003-OS/CD, sobre el cual se amparaba el COES, vulneraba el Reglamento para la Comercialización de la Electricidad en un Régimen de Libertad de Precios, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2000-EM, por lo que en virtud del Principio del Jerarquía Normativa corresponde la inaplicación del primero (Laudo 03/01/2013, p. 46). Cabe señalar que, si bien éste fue un AC, la decisión del Tribunal de inaplicar la Resolución OSINERG N° 091-2003-OS/CD no fue tomada en base a criterios de equidad y justifica, sino debido a una franca contradicción con normas de superior jerarquía, léase, a través de un ejercicio de control difuso.

Como se podrá apreciar, el tratamiento del control difuso en los arbitrajes COES no es del todo pacífico. Si bien en varios casos los Tribunales ejercieron control difuso, en otros se indicó que el COES no está posibilitado para hacer lo mismo, con lo cual parecería que se niega también la competencia de los Tribunales de ejercer control difuso. Asimismo, es importante resaltar la inaplicación de las normas debido al ejercicio de control difuso versus la atribución que tienen los Tribunales de resolver en función de “justicia y equidad”.

5.6. Intereses y daños

El uso del dinero tiene un costo, los intereses. Esto es una verdad inobjetable. En el caso que comentaremos a continuación, Laudo 02/08/2020, se discutió la competencia del COES para incluir intereses en la valorización de las transferencias. Este caso se generó a raíz de una medida cautelar que obtuvo la empresa ENGIE para que el COES se abstenga de asignarle retiros sin contrato durante el período 2004-2009. Durante este período el COES asignó a los generadores los retiros sin contrato que efectuaban los distribuidores, exceptuando a ENGIE debido a la existencia de la medida cautelar. Esto quiere decir que, los retiros que no fueron asignados a ENGIE tuvieron que ser asumidos por otras empresas generadoras, tal como la demandante, ELP. Esta medida cautelar estuvo vigente hasta el 2017, momento en el cual en un proceso arbitral se ratificó la decisión del COES de hacer asignaciones a los generadores de

los retiros sin contrato, descartando el reclamo de ENGIE.

Esto último ocasionó que el COES, diez años después o más, tuviera que volver a valorizar las transferencias del período 2004-2009, asignando a ENGIE la parte de los retiros que le correspondía, con el consecuente reintegro que esta última empresa debía realizar a favor de ELP *et al.* Dado que habían transcurrido más de 10 años, el pedido que realizó la demandante en el arbitraje consistió en que el recálculo de las valorizaciones considerara los intereses correspondientes.

La inclusión de intereses fue catalogada por el Tribunal como legítimo y razonable (Laudo 02/08/2020, pp. 34 y 41, consid. 79 y 99). No obstante, el Tribunal analizó que los intereses son daños que surgen a raíz de la existencia de la medida cautelar, por lo que consideró que el COES, si bien tiene competencia para valorizar las transferencias y, en especial, realizar el recálculo de las transferencias correspondientes al período 2004-2009, no tiene competencia para pronunciarse sobre daños, por lo que la demanda fue declarada improcedente (Laudo 02/08/2020, pp. 34-35, consid. 79 y 84). Cabe señalar que, según el Tribunal, no existe ninguna norma sectorial que contemple dentro del proceso de valorización de transferencias la inclusión de intereses. Además, el Tribunal señaló que el perjuicio de ELP podría ser reclamada mediante los procesos judiciales ordinarios demandándose a ENGIE (p. 41, consid. 99).

En este caso existió un voto en discordia formulado por el Dr. José Tirado Barreda quien concluyó que la base legal para la consideración de intereses dentro del proceso de recálculo de la valorización de las transferencias que estaba llevando a cabo el COES se encontraba en el Artículo 1242 del Código Civil, norma común para todo el ordenamiento jurídico (p. 2, consid. 81). Agregó que los intereses no sólo se deben por cuestión de justicia, debido a que ELP soportó cargas económicas que correspondían a ENGIE, sino también como una adecuada señal para el correcto funcionamiento del mercado eléctrico, para que los agentes sean conscientes que los retrasos en los pagos acarrearán consecuencias (p. 4, consid. 13).

De la revisión del caso planteado, al parecer es clave distinguir la naturaleza de las obligaciones en cada etapa. En el sector eléctrico existen normas que otorgan el derecho a los concesionarios a imponer el pago de intereses moratorios, pero para ello se requiere que la deuda sea líquida. En este caso, la deuda de ENGIE sólo fue líquida luego que el COES llevó a cabo el recálculo de las valorizaciones de las transferencias. A partir de allí, la demora en el pago claramente debe generar la obligación de pagar intereses. Pero, ¿qué ocurre con el costo

del dinero durante el período en que la medida cautelar mantuvo vigencia? ¿Cómo se resarce a los agentes perjudicados que tuvieron que asumir las obligaciones de ENGIE durante dicho período? Según las conclusiones del laudo en mayoría, la ruta es demandar daños judicialmente, aunque el voto singular, que también parece ser muy razonable, concluye que el COES sí tendría competencias.

Desafortunadamente no existen otros casos similares, inclusive este laudo fue emitido en mayoría, por lo que no podemos concluir que exista una línea jurisprudencial clara. Inclusive, la calificación por parte del Tribunal como legítima y razonable la inclusión de intereses (Laudo 02/08/2020, pp. 34 y 41, consid. 79 y 99), hace preguntarnos si el Tribunal resolvió aplicando criterios de justicia en este AC, y si quizá otro tribunal hubiera podido resolver de manera diferente.

Efectivamente, en el Laudo 10/07/2014, ELP demandó la nulidad de las decisiones del COES que le generaron daños, debido a que el COES ordenó la operación de centrales térmicas por seguridad, dejando fuera del despacho a una central hidroeléctrica de la demandante (Laudo 10/07/2014, consid. 2-3). Si bien en este caso dicho pedido fue declarado improcedente en el arbitraje, debido a que ELP no lo incluyó en su petición de arbitraje (considerando 109), el Tribunal señaló que el COES, dentro de sus potestades discrecionales, sí podía reparar la afectación generada a ELP (considerando 124).

Más aún, el Tribunal señaló:

“aún cuando el Tribunal entiende que el COES no podía disponer expresa y directamente el pago de una indemnización, también entiende que la fuerza de la posición jurídica de ELP para ser compensado por un daño (...) no podía ser resuelta por el simple argumento de que el COES no tenía un procedimiento o una norma legal expresa que autorizara ese pago” (Laudo 10/07/2014, consid. 132).

Por este motivo, el Tribunal considera que el COES sí podía corregir la afectación generada al demandante aplicando sus **criterios discrecionales**, por ejemplo, el COES podría haber incluido, dentro del costo de la compensación por seguridad, el perjuicio generado a ELP, o excluir a dicha empresa del pago de la compensación para reparar, aunque sea parcialmente, el daño generado al excluir a su central hidroeléctrica del despacho (Laudo 10/07/2014, consid. 133 y 137) [Énfasis agregado].

Entonces, ¿los tribunales arbitrales pueden pronunciarse sobre daños? ¿el COES se

encuentra facultado para adoptar, dentro de su discrecionalidad, medidas compensatorias para restituir o reparar a los agentes del SEIN? En función de lo expuesto, consideramos que no existen pronunciamientos suficientemente claros que nos permitan concluir la existencia de una línea jurisprudencial, por lo que sería recomendable definir este aspecto normativamente, a efectos de evitar que los agentes inicien procesos arbitrales innecesariamente y, en todo caso, acudan directamente a la vía judicial.

5.7. ¿El COES ejerce funciones públicas?

En reiterados pronunciamientos se ha evaluado la naturaleza de las funciones del COES, y se ha concluido que éstas se deben analizar a la luz del Derecho Público, por lo que al COES le resulta de aplicación el Principio de Legalidad. Por ejemplo, como antes fue señalado, en el Laudo 02/08/2020 el Tribunal Arbitral evaluó las competencias del COES a partir del Principio de Legalidad, el cual resulta aplicable al COES debido a que tiene personería de Derecho Público (Laudo 02/08/2020, pp. 35-36, consid. 83-84). Asimismo, en el Laudo 03/11/2016 el Tribunal también hizo un llamado al Derecho Público y, en especial, al Principio de Legalidad, aunque precisó que la alusión sería meramente ejemplificativa, debido a que fue un AC (Laudo 03/11/2016, p. 27, consid. 124 y ss.). Ahora bien, tener personería de Derecho Público no necesariamente te convierte en una entidad de la administración pública y, menos aún significa que será de aplicación la LPAG.

No obstante, en el Laudo 01/08/2017 el Tribunal señaló que el COES es una entidad administrativa sujeta a las disposiciones de la LPAG (Laudo 01/08/2017, p. 67). Más aún, como se explicará en el siguiente acápite, en el Laudo 10/09/2013 el Tribunal evaluó la validez de la decisión COES impugnada como si aquella fuera un acto administrativo.

La aplicación de la LPAG al COES es algo bastante polémico y es una discusión que excede los alcances del presente artículo. Sin embargo, quisiéramos hacer énfasis en que no existe una línea jurisprudencial clara y que, si existen pronunciamientos en los cuales se refiere que al COES le resulta de aplicación la LPAG.

5.8. Mención especial: Pronunciamiento sobre retiros sin contratos y capacidad discrecional del COES

De la lectura de los laudos claramente el más polémico es el Laudo 10/09/2013, por lo que al ser tan sorpresivo merece una mención especial. Este arbitraje se inició a raíz de la decisión del COES de asignar a los generadores los retiros sin contrato realizados por el UL Casapalca. En el fondo, los

argumentos del demandante fueron muy similares a los argumentos planteados por ENGIE en el laudo 01.08.2017, antes comentado, pero a diferencia de este último caso, donde la demanda fue declarada infundada, el laudo resolvió declarar fundada la demanda. Cabe señalar que ambos fueron arbitrajes de derecho, por lo que la justificación de la diferencia no proviene de los propios criterios de equidad y justicia de cada tribunal.

5.8.1. Aspectos polémicos:

En primer lugar, son polémicas las diferentes llamadas a la aplicación del Derecho Público y a la evaluación que se realiza a la decisión del COES a la luz del Artículo 10 de la LPAG, como si se tratara de un acto administrativo (Laudo 10/09/2013, p. 4, consid. octavo)

Asimismo, fue polémica la interpretación del Tribunal sobre la facultad del COES de resolver situaciones no previstas, basado en el Artículo 6.2 del Reglamento del COES. Según el Tribunal, el COES puede completar los vacíos legales aplicando discrecionalidad únicamente frente a problemas técnicos (Laudo 10/09/2013, p. 84).

No obstante, esto fue “revertido” por el Tribunal en la Resolución Complementaria de fecha 12/12/2013 emitida a raíz de un pedido de interpretación, pues en esta última indicó que el objeto del laudo no fue pronunciarse sobre las funciones del COES. (consid. vigésimo segundo).

Adicionalmente, tal como se indicó previamente, el Tribunal declaró fundada la demanda de SHOUGANG, y, por tanto, resolvió que el COES no podía asignar retiros sin contrato, basándose en dos razones principales: (i) el PR-10 no podría ser aplicado por analogía (Laudo 10/09/2013, p. 89); y (ii) el COES debe limitar la aplicación del Artículo 6.2 del Reglamento del COES a situaciones técnicas tal como se explicó anteriormente. No obstante, el Tribunal declaró fundado el pedido de interpretación al laudo arbitral formulado por el COES, revirtiendo las principales razones por las que declaró fundada la demanda, con lo cual genera la impresión de que la Resolución Complementaria revoca lo dispuesto en el Laudo, lo cual es un imposible jurídico (consid. vigésimo segundo).

5.9. Requisitos para la ampliación de los petitorios arbitrajes

Los requisitos para la ampliación de los petitorios arbitrales no es materia pacífica. En el Laudo 14/08/2013 el Tribunal señaló que para la ampliación de los arbitrajes se debe previamente comunicar al COES dentro del plazo de 30 días hábiles luego de emitida la decisión. Es decir, tanto para la formulación inicial del arbitraje

como para sus ampliaciones, el demandante debía comunicarlo al COES dentro del plazo de 30 días de agotarse la vía impugnatoria (Laudo 14/08/2013, p. 47 y ss.).

Lo resuelto es este último arbitraje fue diferente a lo resuelto por el Tribunal en el Laudo 02/06/2017, pues en su análisis resolvió que el plazo de 30 días hábiles no es exigible, pues el Estatuto sólo requiere que las decisiones cuestionadas del COES tengan el mismo sentido de las demandadas inicialmente en el arbitraje (Laudo 02/06/2017, pp. 26-27, consid. 103 y ss.).

Como se podrá apreciar, existe una franca contradicción sobre lo resuelto en los dos arbitrajes, pues por un lado el Laudo 14/08/2013 estableció que, para ampliar los petitorios arbitrales, previamente se debe comunicar al COES, mientras que el Laudo 02/06/2017 dispuso que la comunicación previa no es necesaria. Este tema no es menor, pues implica la declaración de improcedencia de la ampliación, por lo que, si el tratamiento no es homogéneo, creemos que amerita una precisión normativa.

5.10. ¿El COES tiene función normativa?

En el Laudo 29.05.2020 el demandante reclamó la nulidad de las decisiones del COES en las cuales se exoneró al adjudicatario de la provisión base variable de RSF de brindar dicho servicio. El COES alegó que los adjudicatarios de la provisión base variable podían optar por brindar la RSF mediante la provisión base variable propiamente o el mercado diario de ajustes, aunque el segundo fuese más caro. Entre otras razones para defender su postura, el COES señaló que mediante una Nota Técnica había establecido este procedimiento, el cual no fue impugnado por ningún agente.

En primer lugar, es importante resaltar que el Tribunal concluyó que la Nota Técnica estableció un procedimiento diferente del contemplado en el PR 22, norma que había sido aprobada por OSINERGMIN (Laudo 29/05/2020, pp. 26 y 27, consid. 103 y ss.).

Y si bien el COES se defendió indicando que la Nota Técnica fue aprobada con conocimiento de los agentes y que éstos no la cuestionaron, el Tribunal sentenció que el COES no tiene función normativa por lo que debe primar el PR 22. Inclusive señaló el Tribunal que, en el supuesto negado que el COES tuviese función normativa, por el Principio de Jerarquía normativa el PR 22 debe primar sobre la Nota Técnica (Laudo 29/05/2020, p. 43, consid. 72).

En el Perú el operador del mercado eléctrico no tiene función normativa, esto significa que la normatividad legal aplicable deberá ser aprobada

por las autoridades competentes. En el caso de la normativa necesaria para la operación del sistema eléctrico y la administración del MCP, la Ley 28832 en su Artículo 13 señala que el COES propone la normatividad correspondiente, pero siendo competencia finalmente del OSINERGMIN su aprobación. Con fines educativos el COES podrá aprobar directivas o notas técnicas, pero éstas no tienen rango normativo.

5.11. El transcurso del plazo no ocasiona la pérdida del derecho para el agente

En el Laudo 03/11/2016 se discutió la capacidad del COES se usar información que había sido remitida por un agente fuera del plazo establecido por la norma aplicable, dentro del procedimiento de asignación de responsabilidad por transgresiones a la calidad. El demandante señaló que la norma claramente definía un plazo para el envío de la información, por lo que, al haber transcurrido dicho plazo, el COES se encontraba prohibido de usar la información que proporcionen los agentes, por lo que se debían anular las decisiones del COES que incurriesen en estas infracciones.

En el Laudo el Tribunal aceptó que la norma sí establecía un plazo para el envío de la información por parte de los agentes (Laudo 03/11/2016, p. 26, consid. 117). No obstante, el Tribunal señaló que la norma no establecía una consecuencia (castigo) por el envío de información extemporánea ni impedía su utilización en el proceso de cálculo, por lo que, bajo criterios de equidad, resolvió que el COES sí se encontraba facultado para utilizar esta información. El Tribunal fundamentó su decisión en que “la falta de claridad de la regulación, o peor aún, la falta de regulación, no puede tener como consecuencia la pérdida o limitación de un derecho”. (p. 27, consid. 123).

También es importante señalar que el Tribunal incorporó en sus considerandos una recomendación al COES para que aclare sus procedimientos a efectos de que sean más previsibles, de manera que se eviten este tipo de controversias.

En función de lo resumido, en primer lugar, es importante notar el criterio de interpretación del Tribunal Arbitral, el cual considera que el transcurso del plazo sólo genera la pérdida del derecho cuando así se establezca expresamente. Esto debe ser resaltar, pues resulta contradictorio con la regla común contemplada en la Artículo 140 de la LPAG, según la cual el transcurso del plazo ocasiona el fenecimiento del derecho del administrado.

Por otro lado, es de resaltarse la vocación pedagógica del Tribunal, pues no sólo se limitó

a resolver la controversia, sino que también conminó al COES a realizar las aclaraciones correspondientes en los procedimientos con el objetivo de evitar situaciones que favorezcan este tipo de conflictos entre el COES y los agentes.

5.12. Los Decretos de Urgencia pueden modificar e incluso derogar Leyes

En el Laudo 11/03/2020 los demandantes solicitaron la nulidad de las decisiones del COES en las que se inaplicó la Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley 28832. El COES señaló en su defensa que la mencionada norma fue derogada por el Decreto de Urgencia 049-2008. Los demandantes alegaron que un Decreto de Urgencia no puede modificar una Ley pues por definición tiene vigencia temporal o transitoria, por lo que al concluir la vigencia del Decreto de Urgencia 049-2008 se restauraron los efectos de la Duodécima Disposición Complementaria Final de la Ley 28832.

Al resolver la controversia el Tribunal señaló que un Decreto de Urgencia es un tipo de Ley, por lo que también cuenta con la capacidad para derogar leyes. Esto además fue la intención del Decreto de Urgencia 049-2008, el cual unificó el régimen de regulación para el tratamiento de las situaciones de congestión en el sistema eléctrico y su impacto en el costo marginal de energía. Más aún, refuerza su posición en función de diversa jurisprudencia del Tribunal Constitución, tal como las sentencias recaídas en los Expedientes 00047-2004-AI, 005-2003-AI/TC, 0014-2009-PI/TC.

El criterio definido por el Tribunal Arbitral resulta relevante pues el sector energía se ordena en función de diversas normas, la mayoría de las cuales son leyes aprobadas por el Congreso de la República, aunque también hemos tenido períodos donde se usan intensamente Decretos de Urgencia y no pocas veces se han generado discrepancias sobre la aplicación conjunta de la Leyes y los Decretos de Urgencia. Véase por ejemplo los Decretos de Urgencia 046-2007, 032-2010, 079-2010, 037-2008, así como el Decreto Legislativo 1041.

6. Conclusiones

En el Perú existe una importante práctica arbitral contra las decisiones del COES. Prueba de ello son los laudos expedidos en el período 2010-2023, materia del presente estudio. El COES es una empresa privada de Derecho Público, conformado y gobernado por los generadores, transmisores, distribuidores y los UL, para lo cual, el Directorio, que es su última instancia, toma sus decisiones sin intervención estatal. Las discrepancias contra las decisiones del COES se resuelven mediante AD o AC

De la revisión de los arbitrajes se resalta que existe una predilección por los AC. Además, se corrobora una marcada predilección por árbitros abogados. Por otro lado, la mayoría de los resultados favorables obtenidos fueron en AC, lo cual podría sugerir que es más probable ganar un caso en un AC que en un AD. Asimismo, se desprende que los agentes más activos son los generadores, pues son los que mayoritariamente han acudido a los arbitrajes, discutiendo materias propias del MCP. Sólo una vez el Tribunal se declaró incompetente, demostrando una clara vocación pro-arbitraje. La duración promedio de los arbitrajes, excluyendo casos atípicos, es de 574 días, tiempo bastante favorable en comparación con los plazos propios de los procesos judiciales.

Los árbitros al momento de resolver ejercen plena jurisdicción, por lo que tienen la atribución de resolver la disputa de manera definitiva, aun cuando el COES al emitir sus decisiones no haya emitido un pronunciamiento de fondo. No obstante, debido a que hoy en día los Tribunales se conforman caso por caso, no pueden emitir lineamientos generales, precedentes vinculantes ni condicionar la expedición de futuras decisiones del COES, lo cual afecta la uniformidad en los laudos, conforme hemos visto a lo largo del presente artículo.

Consideramos que esta es la principal problemática dado que se afecta seriamente la uniformidad, aunque para evitarlo probablemente sería necesaria la conformación de Tribunales permanentes. Además, sería necesario estudiar la viabilidad de mantener las alternativas de los AD y los AC, pues estos últimos otorgan mayor discrecionalidad a los árbitros para fallar aplicando su mejor “saber y entender”, para lo cual pueden inclusive apartarse del ordenamiento jurídico, lo cual agudiza la problemática de las contradicciones arbitrales.

Algunos ejemplos de pronunciamientos donde no existió uniformidad de criterios son los siguientes:

- (i) La competencia del COES se evalúa a la luz del Principio de Legalidad, propio del Derecho Público. No obstante, las tareas que enfrentan el operador del mercado eléctrico son de distinta naturaleza y de alta complejidad. Por este motivo, el marco legal usualmente se encuentra desfasado y ello facilita posibles conflictos al momento de confrontar las actividades del COES con los encargos expresos establecidos por la normatividad legal. Afortunadamente, la teoría de las competencias implícitas ayuda a resolver muchos de estos vacíos, pues flexibiliza el principio de taxatividad incluyendo aquellas actividades que son **consustanciales o**

constituyen consecuencia directa de las competencias expresamente definidas. Sin embargo, se ha acreditado que en ciertas ocasiones los Tribunales omiten esta teoría y resuelven en virtud del Principio de Legalidad aplicado de manera literal, por lo que no existe uniformidad de criterios.

- (ii) No se encuentran adecuadamente demarcadas las competencias de las entidades responsables de resolver las controversias cuyas materias puedan afectar a los UR. El COES no debería asumir esta función, pues corporativamente se encuentra conformado por representantes de los agentes que pueden tener intereses contrarios a los UR. Tampoco deberían asumir este rol los Tribunales Arbitrales, no obstante, hemos podido corroborar que en virtud de criterios pro-arbitraje se suelen declarar competentes, aunque este criterio no es uniforme. Más aún, esto constituye un riesgo importante para los UR y expone al sistema a duplicidad de criterios, pues el Tribunal y el regulador podrían tener pronunciamientos disímiles sobre la misma materia.
- (iii) El tratamiento del control difuso en los laudos es uno de los temas más difíciles de entender, pues tenemos pronunciamientos en los cuales se señala la obligatoriedad de realizar control difuso, mientras que en otros casos se señala la incompetencia del COES y de los Tribunales de realizar control difuso. Más aún, es importante tomar en cuenta que la inaplicación de una norma no se debe exclusivamente al ejercicio del control difuso, sino que puede provenir de la potestad de los árbitros de resolver en función de su mejor “saber y entender” en un AC. En cualquier caso, la jurisprudencia revisada sobre el control difuso no es uniforme ni clara.
- (iv) A pesar del peso jurídico de la regla de que el uso del dinero tiene un costo y que éste se paga mediante intereses, en el caso arbitral Laudo 02/08/2020 se resolvió, en mayoría, que los intereses son daños, y que los Tribunales no son competentes para resolver sobre daños. No obstante, en el caso arbitral Laudo 10/07/2014 el Tribunal indicó que el COES podía compensar de alguna manera el daño generado al demandante utilizando la discrecionalidad que le ha sido otorgada por el ordenamiento legal. Estamos en un nuevo escenario de falta de uniformidad de los pronunciamientos arbitrales, siendo recomendable la adopción de una regla clara que genere certeza en los agentes sobre la acción a seguir, léase arbitraje o proceso judicial.

(v) La tarea de promover condiciones de competencia es responsabilidad del Estado, para lo cual se organiza mediante diferentes entidades, cada una con un rol diferente. En el sector eléctrico se debe velar por la competencia con mucho más ahínco debido a la coexistencia de actividades competitivas como la generación con actividades monopólicas como la transmisión y distribución. Cada una de las entidades públicas, así como el COES, deben participar de esta tarea, pero siempre dentro del ejercicio de sus competencias. Ahora bien, la tarea del COES de asegurar condiciones de competencia en el mercado eléctrico no se debería limitar a informar posibles infracciones de los agentes al regulador y la agencia de competencia como se afirma en el Laudo 19/10/2017. La revisión de diversa casuística nos demuestra que esto no es así, pues el COES al momento de realizar la valorización de las transferencias podría afectar la competencia, o, inclusive, el COES podría promover la elaboración de normatividad legal con el objetivo de asegurar condiciones de competencia, por lo que no se

puede encasillar la labor del COES de promover la competencia a “sólo informar”.

Por otro lado, es importante señalar que no hemos podido encontrar que, frente a una decisión adversa al COES en un laudo o frente a pronunciamientos arbitrales contradictorios, posteriormente se haya emitido normatividad con el objetivo de evitar que estos escenarios se vuelvan a presentar. Lo resuelto en los laudos debería ser una primera fuente para la labor normativa, no obstante, no hemos podido apreciar que se reconozca la importancia que se merece a los arbitrajes.

Finalmente, consideramos que también es necesaria la revisión de la naturaleza del COES y la definición sobre la aplicación de la LPAG, pues como hemos podido ver, las competencias del COES se evalúan a la luz del Principio de Legalidad, propio del Derecho Público, e inclusive, en un caso se señaló que una decisión COES es un acto administrativo. No obstante, esta evaluación excede los alcances del presente estudio.

7. Lista de Referencias

**Figura 1
Laudos arbitrales**

	AWARD	CLAIMANT	TYPE
1	09/03/2010	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
2	21/11/2011	ENERSUR	CONCIENCIA
3	28/10/2011	REP	CONCIENCIA
4	17/12/2012	REP, CTM, ISA	DERECHO
5	01/03/2013	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
6	02/04/2013	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
7	10/09/2013	SHOUGANG	DERECHO
8	14/08/2013	SNPOWER	CONCIENCIA
9	14/02/2013	EGENOR	DERECHO
10	16/12/2013	LDS	DERECHO
11	10/07/2014	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
12	17/10/2014	ELECTROPERÚ	DERECHO
13	10/08/2017	ENERSUR	CONCIENCIA
14	02/06/2017	KALLPA	DERECHO
15	04/05/2017	DUNAS	CONCIENCIA
16	03/11/2016	REP	CONCIENCIA
17	02/10/2017	ENGIE	DERECHO
18	01/08/2017	ENGIE	CONCIENCIA
19	19/10/2017	ENGIE	DERECHO
20	12/07/2017	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
21	12/09/2019	EGEMSA, EGERSUR Y SAN GABAN	CONCIENCIA

22	29/05/2020	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
23	02/08/2020	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
24	03/11/2020	ENGIE Y KALLPA	DERECHO
25	11/10/2020	STATKRAFT	CONCIENCIA
26	02/07/2021	REP	CONCIENCIA
27	13/10/2022	GR TARUCA S.A.C. y GR PAINO S.A.C	CONCIENCIA
28	21/07/2022	ELECTROPERÚ	CONCIENCIA
29	07/03/2023	PLATANAL, ELECTROPERÚ Y EGEMSA	DERECHO

Fuente: Elaboración propia

Otros documentos citados

Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.014>

Cáceres Freyre, F. (2001). La descentralización de la función administrativa hacia esferas privadas: el caso del coes en el sector electricidad ¿pueden resolverse sus conflictos mediante arbitraje? *THEMIS Revista De Derecho*, (42), 351-369.

Cairampoma Arroyo, A. & Villegas Vega, P. (2018). Los alcances jurídicos del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional del Perú. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (26), 23-39.

de Trazegnies Granda, F. (1996). Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia. *IUS ET VERITAS*, 7(12), 115-124.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería. (2003, 6 de junio). Resolución de Consejo Directivo N° 091-2003-OS/CD. *Procedimiento para fijar las Condiciones de Uso y Acceso Libre a los Sistemas de Transmisión y Distribución Eléctrica*.

Tribunal Constitucional. (2005, 11 de mayo) Exp. N° 1680-2005-PA/TC. Jorge Luis Borja Urbano contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Tribunal Constitucional. (2007, 20 de marzo). Exp. N° 0031-2015-PI/TC. Presidente de la República contra el Gobierno Regional de Tacna.