

# LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA HACIA ESFERAS PRIVADAS: EL CASO DEL COES EN EL SECTOR ELECTRICIDAD ¿PUEDEN RESOLVERSE SUS CONFLICTOS MEDIANTE ARBITRAJE?

Fernando Cáceres Freyre\*

*La función administrativa no es privativa de los poderes del Estado, también puede ser descentralizada a través de una delegación del poder estatal, para que sean los propios particulares quienes la realicen, con el objeto de colaborar con la consecución de cometidos de carácter colectivo.*

*En el presente artículo, el autor realiza un interesante análisis del caso del COES (Comite de Cooperación Económica del Sistema), que es la reunión de aquellos generadores y titulares de sistemas de transmisión de un sistema interconectado, mediante el desarrollo de una serie de actividades concretas dirigidas a aprovechar eficientemente los recursos energéticos existentes, asegurando a todos los peruanos el abastecimiento de energía eléctrica al menor costo marginal posible.*

*Por último nos explica por qué las decisiones del COES no pueden ser arbitradas, resaltando tres razones fundamentales: el rango de la norma que así lo impuso; porque al no existir libre disposición no pueden ser arbitradas según la Ley General de Arbitraje; y, porque el arbitraje no puede ser impuesto a los particulares.*

“...cada perspectiva presente fue alguna vez futuro y será después pasado. Nada permanece inmutable, todo cambia, todo se proyecta, se construye y se destruye: el derecho es un proceso de transformación constante de perspectivas... Ni el derecho ni la justicia ni ninguno de los productos culturales puede alcanzar un atributo que sólo le corresponde a Dios en toda su grandeza: la eternidad”.

Fernando de Trazegnies Granda\*\*

## INTRODUCCIÓN

La expresión “división de poderes”, habitualmente utilizada, nos ha conducido al equívoco de creer que es el poder del Estado el que se divide. Ello no es así, pues tal como lo declara el artículo 43 de nuestra Constitución es el gobierno el que se organiza según el principio de la separación de poderes: el poder que ostenta el Estado es uno solo, éste emana del pueblo y ha sido delegado por nosotros -como un todo- a quienes nos gobiernan, para que éstos de forma organizada realicen las funciones del poder necesarias para conseguir los objetivos propios de toda la comunidad. Así tenemos, por ejemplo, que el hecho de considerar que se trata de tres poderes distintos conferidos al Estado nos ha conducido a la creencia de que la función de administrar el Estado únicamente es, y puede ser, desarrollada por el denominado Poder Ejecutivo.

\* A las tres personas más importantes de mi vida: mi padre, mi hermano y Enrica.

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex - Miembro del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho.

\*\* DE TRAZEGNIÉS GRANDA, Fernando: “La Noche Estrellada de la Historia. Reflexiones heterodoxas sobre la relación entre derecho y tiempo, precedidas de un homenaje a Don José Luis Bustamante y Rivero. Discurso de incorporación a la Academia Nacional de la Historia”. 20 de julio de 2000. s/p.

En el presente artículo sostengo que el desarrollo de la función administrativa no es privativo ni del Poder Ejecutivo, dado que también dicha función la realizan los órganos dependientes de los Poderes Legislativo y Judicial, ni de estos tres poderes así instituidos, sino que también puede ser descentralizada a través de una delegación del poder estatal, para que sean los propios particulares quienes la realicen: éste es el caso de los Comités de Operación Económica del Sistema (COES), personas jurídicas de derecho público conformadas por los titulares de las empresas de generación y de sistemas de transmisión de los sistemas interconectados del país, a quienes la Ley 25844 - Ley de Concesiones Eléctricas (en adelante LCE) les ha delegado la función de administrar la operación del sistema eléctrico para cuya coordinación se hubieren constituido.

Al respecto, argumento que las entidades que como el COES desarrollan función administrativa, no sólo deben ceñir su actuación a las normas que dieron origen a su creación, que en el caso del COES vienen dadas por la LCE y el Decreto Supremo 009-93-EM - Reglamento de la LCE (el Reglamento), sino que además, en lo que al cumplimiento de función administrativa se refiere, se encuentran adscritas al Derecho Administrativo, y como tales, sus decisiones constituyen actos o reglamentos administrativos (dependiendo de su naturaleza), cuyo arreglo a derecho debe ser pasible de ser cuestionado por aquellos administrados a los que las mismas afecten. Sostener lo contrario supondría legitimar el ejercicio arbitrario del poder.

En el presente artículo, trato el caso de aquellas personas que siendo miembros del COES también son, a su vez, administrados por éste. Al respecto, manifiesto que las controversias que pudieran suscitarse, como consecuencia de que algún miembro del COES no se encontrase de acuerdo con las decisiones de este ente, no podrían ser arbitradas (tal como lo pretende el propio Reglamento de la LCE), sino que deberían solucionarse a través de procesos contencioso-administrativos y de acciones populares ante el Poder Judicial. Para finalmente terminar sosteniendo que aun en el caso que se entienda que sí sería posible someter a arbitraje tales controversias, el arbitraje así determinado necesariamente tendría que ser uno de derecho.

## I. LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES DEL PODER

Los hombres somos seres gregarios; necesitamos a las demás personas para satisfacer nuestras necesidades. Por ello, nos integramos libremente en una forma organizativa llamada sociedad, en la que, para convivir pacíficamente y conseguir nuestros objetivos (satisfacer nuestras necesidades), reconocemos un orden cuya existencia nosotros mismos autorizamos. Este orden se traduce en la organización política denominada Estado, como consecuencia de la cual los individuos nos convertimos en ciudadanos: personas que en libertad hemos reconocido un poder que, teniendo como causa -y a la vez que como límite- a la Constitución que hemos dictado, delegamos de forma inmediata a quienes elegimos para que nos gobiernen, y de forma mediata a quienes éstos últimos eligen para conseguir los objetivos de toda la comunidad<sup>1</sup>.

Los ciudadanos no delegamos distintos poderes, delegamos uno solo: el poder que, mediante un aparato organizado, quienes nos gobiernan realicen, dentro del marco previsto en la Constitución, las funciones necesarias para satisfacer en sociedad nuestras necesidades. El hecho que mediante la Constitución -tal como lo señala su artículo 43- determinemos que el orden político llamado Estado sea organizado "según el principio de la separación de poderes" en Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, simplemente, responde a que históricamente se ha demostrado que esta manera de organizar el gobierno es la más adecuada para que el poder no se concentre y no sea ejercido de manera arbitraria. Naturalmente, ello no supone que se entienda que existen tres poderes diferentes: el poder es uno solo y éste, tal como lo hemos plasmado en el artículo 45 de la Constitución, "emana del pueblo".

En efecto, tal como señala un sector de la doctrina, "la Expresión 'división de poderes', de uso habitual, no corresponde con exactitud al contenido, porque el poder es único. Propiamente la división no es tal, sino más bien una distribución de facultades de los órganos jerárquicos del Estado (...). De la llamada 'división de poderes' no resulta más que una separación de funciones y correlativamente una separación de órganos y competencias..."<sup>2</sup>, órganos que (...) lo ejercen [el poder] por medio de diversas funciones, evitando la concentración autoritaria o la "suma del poder público"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> "...el orden no es el resultado de una imposición superior: surge de la propia interacción de los agentes sociales. Este orden se crea a nivel de la sociedad civil como una auto-organización indispensable para la vida. Es esta auto-organización horizontal la que, en ciertos casos, crea un Estado que aplique colectivamente la coerción para preservar el orden; no es, pues, el Estado quien crea el derecho sino la sociedad civil la que crea el derecho y el Estado". (DE TRAZEGNIES: "La Noche Estrellada de la Historia". op. cit. s/p)

<sup>2</sup> DROMI, Roberto: "Derecho Administrativo". Quinta edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. p. 115.

<sup>3</sup> DROMI: op.cit. p. 115.

Así también lo entiende otro autor, cuando con singular claridad señala que "...en los regímenes constitucionales modernos no hay coincidencia entre la división de Poderes y la división de funciones; que en la legislación positiva, a cada Poder no corresponde una sola categoría de actos de naturaleza homogénea y que, por lo tanto, definir la función por el órgano que la realiza es igualar con un criterio externo actos que intrínsecamente se diferencian de un modo radical. Considerar con el mismo carácter la expedición de un reglamento, la resolución de un expediente (...) y el nombramiento de un funcionario público, solamente porque los tres son realizados por el Poder Ejecutivo, significa prescindir del análisis de la naturaleza jurídica de esas operaciones; equivale a pensar que todas ellas producen idénticos efectos de derecho, lo cual es contrario a los datos de la realidad"<sup>4</sup>.

Ahora bien, en lo que concierne a la actividad de la Administración -que resulta de especial relevancia para los fines de este artículo- cabe señalar que hasta el siglo XIX imperó la tesis que la identificaba con aquella realizada por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, con el transcurso de los años esta tesis ha sido ampliamente superada. En sustitución, se generó aquella que sostiene que "El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho (...) el hecho que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una función del Estado-persona"<sup>5</sup>. En tal sentido, "...ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (...), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de

administrar..."<sup>6</sup>. Sobre el particular, téngase presente que más allá de que se pueda discutir la personalidad jurídica del Estado, lo dicho resulta útil para ubicar la génesis del concepto de la separación de funciones.

Sobre la base de lo expresado en los párrafos anteriores, estoy en condiciones de señalar que al margen de las atribuciones que son esenciales a los poderes instituidos<sup>7</sup>, la realidad demuestra que el tipo de actividades que cada uno de estos poderes realiza no siempre guarda correspondencia con el nombre que le ha sido dado al poder al que nos referimos. Particularmente, como se verá más adelante, la realidad demuestra que para alcanzar los fines propios del Estado -que son los mismos que los de la comunidad- los órganos del Poder Ejecutivo no son los únicos que realizan la función de administrar el Estado<sup>8</sup>. Más aún, no todas las actividades necesarias para alcanzar tales objetivos son desarrolladas mediante órganos que pertenecen formalmente a alguno de los poderes mencionados. En efecto, existen casos en los que el Estado delega o, por decirlo de otra manera, descentraliza su realización a los particulares.

En relación con las funciones del poder, la doctrina no ha sido unánime. Para algunos las funciones del poder son la legislativa, la judicial y la administrativa (que algunos llaman ejecutiva), en tanto otros prefieren separar la función administrativa en dos, y añadir como función adicional la función gubernativa. En todo caso, cabe indicar que no es mi intención analizar en qué consisten cada una de las funciones del poder<sup>9</sup>. Sólo basta indicar que, para conseguir los fines comunitarios el Estado no se divide, más que de una manera formal -y salvo en lo que se refiere a las atribuciones esenciales- en tres compartimentos estancos, sino que separa sus funciones a tal punto que, algunas de ellas -como es el caso de las funciones administrativas que desarrollaré a continuación terminan siendo por delegación realizadas por particulares.

<sup>4</sup> FRAGA, Gabino: "Derecho Administrativo". Trigésimo tercera edición. Porrúa S.A, México D.F, 1994. p. 53-54.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo". Volumen I. Quinta edición, Civitas, Madrid, 1997. p. 24.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Debe tenerse presente, que dentro de esta separación de funciones el objetivo de que el poder no se concentre y se ejerza de manera arbitraria exige que cada uno de los tres Poderes instituidos le corresponda ejercer con carácter exclusivo y excluyente ciertas atribuciones esenciales, que yacen plasmadas en la Constitución.

<sup>8</sup> Así también se encuentra recogido en el Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Resolución Ministerial 198-97-JUS, respecto al cual, Danós señala lo siguiente: "Comprende [la aplicación de esta ley] también a los órganos auxiliares de los Poderes Legislativo y Judicial sólo en cuanto realicen actividades materialmente administrativas sujetas al Derecho Público en asuntos de personal, gestión patrimonial y, administración, entre otros, como los procedimientos administrativos de licitación, concurso o adjudicación directa para la contratación de obras, o adquisición de bienes o servicios, o como en el caso del Poder Judicial cuando entrega constancias, etc...". (DANÓS ORDOÑEZ, Jorge: "Comentarios al Proyecto de la nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos". En: Themis-Revista de Derecho. Segunda Época. Edición 39. Publicación Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999. p. 238)

<sup>9</sup> Para ello, véase DROMI: op.cit. p. 115-133.

## II. LA DESCENTRALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA HACIA LAS ESFERAS PRIVADAS

### 2.1 EN EL PLANO TEÓRICO

Para comenzar, debo advertir al lector que, tal como lo señala García de Enterría, "la movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo -material o formal- de administrar"<sup>10</sup>. Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce"<sup>11</sup>.

En términos generales, "la función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo 'administrar' significa 'Servir a' (...). Así, la administración se presenta como una 'acción' encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el 'bien común' y la 'justicia distributiva', hablamos de 'Administración Pública' (...) es un conjunto de actividades encaminadas hacia (...) la realización de los fines de seguridad, progreso y bienestar de la comunidad, a la integración de la actividad individual en vista al interés general..."<sup>12</sup>.

Siendo la finalidad última de la organización política que denominamos Estado conseguir el bien común, es decir, satisfacer las necesidades de los ciudadanos que la conforman, la realidad administrativa se inserta en esta realidad política aportando "...un sistema integrado de funciones y prestaciones públicas"<sup>13</sup>, que consisten en la realización de actividades concretas y prácticas dirigidas a satisfacer dichos intereses. Sin embargo, conviene precisar que, si bien todos tenemos necesidades relacionadas con la seguridad, el progreso y el bienestar, el hecho de vivir en sociedad dentro de una organización política supone, necesariamente, que el ejercicio del poder por parte de quienes lo ejercen no siempre nos beneficiará a todos. Ello, naturalmente, no obsta para que hablemos

de interés general pues la actividad administrativa -por serlo- efectivamente se encuentra encaminada a satisfacer el bien de todos. Empero, dado que los intereses de los ciudadanos no siempre convergen en el mismo sentido, resulta necesario que unos se beneficien en detrimento de otros, a la vez que en otras ocasiones éstos se benefician en perjuicio de aquéllos. En tal sentido, las decisiones políticas que preceden al desarrollo de la función administrativa unas veces serán tomadas para beneficiar a un grupo determinado de sujetos, en tanto otras serán tomadas para beneficiar a un grupo indeterminado de sujetos: ambos casos, se encuentran igualmente encaminados a satisfacer el llamado interés público o general.

En efecto, Dromi considera que objetivamente la función administrativa es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano o agente que las realice y que se traduce en una ejecución concreta y práctica. Cuando la gestión y el servicio lo son en función del interés colectivo, estaremos en presencia de Administración Pública. En tal sentido, agrega este autor, la función administrativa equivale a Administración Pública<sup>14</sup>, debiendo entenderse que ésta incluye a: (i) todos los órganos que forman el aparato tradicionalmente llamado "Administración Estatal" -órganos del Poder Ejecutivo- y órganos integrantes de los otros poderes del Estado -Legislativo y Judicial-, en cuanto realicen esa actividad sustancial de ejecución práctica y gestión inmediata de cometidos estatales; y, (ii) todos aquellos órganos y entes públicos no estatales, es decir los que no integran la estructura del Estado -cualesquiera que sean las denominaciones que les dé el derecho positivo- que utilizan prerrogativas de poder público por autorización o delegación estatal para la ejecución de cometidos públicos<sup>15</sup>.

Si bien coincido sustancialmente con Dromi, debo hacer una precisión sobre el carácter público de los entes en cuestión. Inicialmente, la doctrina administrativa refería, que el hecho de que un ente tuviera carácter público implicaba que éste debía regir sus relaciones por el Derecho Administrativo, en su calidad de rama del Derecho Público, en tanto un ente privado regiría sus relaciones por el derecho común.

<sup>10</sup> Prueba de ello, son los muchos intentos llevados a cabo para intentar definir en qué consisten las actividades propias de la función administrativa. (GARCÍA DE ENTERRÍA: op.cit. p. 25)

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> DROMI, op.cit. p. 124.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Al respecto, conviene que el lector advierta que, si bien para algunos autores -como es el caso de Dromi- el desarrollo de función administrativa supone de suyo estar ante la presencia de la propia Administración Pública, para otros -como es el caso de García de Enterría, referido en el punto III- ello no es así. A pesar de lo cual, ambos sectores coinciden en que el desarrollo de función administrativa sí supone que tales actos deban regirse por el derecho administrativo.

<sup>15</sup> Ibid.

Sin embargo, en países donde el Derecho Administrativo ha tenido amplio desarrollo se ha llegado a señalar que, incluso los entes considerados privados pueden realizar función administrativa. Así lo ha entendido la jurisprudencia francesa en los *arrets Montpeurt*: 1942, *Epoux Barbier*: 1968, y *Epoux Blanchet*: 1974, citados por García de Enterría<sup>16</sup>.

En tal sentido, la afirmación que hace Dromi -que además es coincidente con un amplio sector de la doctrina- cuando refiere que "para la determinación de la calidad pública no estatal del ente se recurrirá en primer término a las normas de su creación o constitución y después se investigará en ellas si se le han conferido potestades o prerrogativas públicas, operándose en estos casos una descentralización en favor de entidades no estatales"<sup>17</sup>, debe ser reformulada. Por lo dicho, considero que la utilización del término público para identificar el derecho al que deben adscribirse los entes debe ser desechada por confusa. Antes bien, debe hablarse de entidades que, sean de propiedad de quien sean, y se denominen como se denominen, realicen función administrativa. Y, en estos términos, la afirmación de Dromi aún resultaría sumamente útil, pues para identificar a los entes que desarrollan la actividad de administrar el Estado -y que no pertenecen orgánicamente a la llamada administración estatal- en efecto debe identificarse a una ley que delegue en el ente en cuestión la realización de potestades propias del poder Estatal con el objetivo de que éste realice ciertas actividades encaminadas a satisfacer un interés público.

Respecto a este tipo de entes, que son el objeto de estudio del presente artículo, considero que constituyen casos en los que por diversos motivos -sobre todo de orden económico vinculados a la eficiencia de la gestión- el Estado ha decidido descentralizar el ejercicio de la función administrativa a ciertas personas con el objetivo de que éstas colaboren con la consecución de cometidos de carácter colectivo, delegándoseles prerrogativas de poder estatal para conseguir tales

objetivos. Al respecto, Fraga señala lo siguiente: "La descentralización por colaboración constituye una modalidad particular del ejercicio de la función administrativa (...) se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismos especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la Administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa"<sup>18</sup>. En suma, lo relevante es lo siguiente: "...la descentralización por colaboración viene a ser una de las formas del ejercicio privado de las funciones públicas"<sup>19</sup>.

Sobre el particular, García de Enterría considera lo siguiente: "Este fenómeno de delegación [la llamada actividad administrativa de los particulares] se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos<sup>20</sup> con los mismos efectos. El delegado (...) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración Pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado (...). En consecuencia, cuando se dice que para que exista una relación jurídico-administrativa es necesario que esté presente en la relación una Administración Pública, habrá que comprender dentro de esta expresión (...) también (...) a los particulares cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella"<sup>21</sup>.

Del mismo modo, Dromi considera que "El ejercicio de la función administrativa por entes no estatales plantea una vez más el tema de la colaboración y participación de los administrados en la actividad de la Administración. En este caso, se trata de una moda-

<sup>16</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA: op. cit. p. 369.

<sup>17</sup> DROMI: op. cit. p. 132.

<sup>18</sup> FRAGA: op.cit. p. 208.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> "La Administración Pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión, por virtud de la cual la gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ellas las potestades de policía necesarias. En ocasiones, sin embargo, la Administración concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio. Este ejercicio por el concesionario de las potestades de policía delegadas se traduce en actos (imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio), cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo". (GARCÍA DE ENTERRÍA: op. cit. p. 40)

<sup>21</sup> Ibid.

lidad de descentralización por colaboración, por la cual organizaciones de carácter privado realizan actividades públicas y gozan para ello de prerrogativas del poder público (V.gr. ...colegios profesionales...). Son entes que cumplen una gestión autónoma o de autoadministración, mediante potestades públicas que reciben por transferencia (delegación o autorización) del Estado, titular originario de tales prerrogativas"<sup>22</sup>.

Naturalmente, como bien han referido los autores citados, la realización de fines de interés general por parte de entes no estatales no implica de suyo estar ante la realización de función administrativa, de lo contrario cualquier persona que lleve a cabo actividades que sean de interés general terminaría realizando función administrativa: esta no es la idea. La propia creación del Estado exigió para su constitución y existencia, que el ejercicio del poder que le confiriéramos sea potestad exclusiva de éste. En tal sentido, el hecho de vivir dentro de esta organización política, y de preservar el orden que ella implica, también exige -como requisito *sine qua non*- que para que el poder conferido pueda ser ejercido por los privados, opere previamente una descentralización de prerrogativas del poder mediante una o más leyes que así lo determinen<sup>23</sup>.

En conclusión, de acuerdo a lo antes señalado se tiene que los entes objeto de análisis realizan función administrativa mediante el despliegue de actividades concretas y prácticas dirigidas a lograr cometidos de interés público, actividades que necesariamente deben estar precedidas de una decisión política contenida en una ley que delegue a los particulares las facultades necesarias para realizar las actividades que fueran necesarias para satisfacer dicho interés público.

## 2.2 EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

La tesis que he venido sosteniendo, aunque confusamente, se encuentra recogida en nuestro derecho positivo en el artículo 1 del Decreto Ley 26111 y sus

normas modificatorias- Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante la LGPA)<sup>24</sup>; este artículo establece que forman parte de la Administración Pública [por tanto, de acuerdo a lo visto, desarrollan función administrativa] para efectos de esta ley<sup>25</sup> los siguientes órganos u entes: "...los ministerios, instituciones y organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, gobiernos locales, los organismos constitucionalmente autónomos, y empresas u otras entidades públicas y privadas que presten servicios públicos, incluidas las universidades públicas y privadas".

A pesar de que el legislador refirió a entidades públicas y privadas (cuya definición ya viéramos), el hecho de que hayan existido numerosas definiciones doctrinarias al respecto y el hecho de que la práctica legislativa haya utilizado indistintamente estos términos junto con el de entidades estatales y no estatales (que en doctrina refieren a la propiedad de los entes en cuestión), nos podría incluso llevar a pensar que el legislador quiso aludir a entidades estatales y no estatales. En cualquier caso, ello sólo sería sintomático de que la intención del legislador no fue circunscribir el desarrollo de funciones administrativas a esferas que fueran parte de la Administración estatal, pues sea que el legislador haya querido referirse a entidades públicas y privadas, o sea que hubiere aludido a entidades estatales y no estatales, en ambos casos, el *quid* radicaría en interpretar qué debe entenderse por servicios públicos<sup>26</sup>.

Empero, de acuerdo a lo señalado por García de Enterría (ya antes citado), y con lo que coincido plenamente, "Este fenómeno de delegación [la llamada actividad administrativa de los particulares] se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismos efectos. El delegado (...) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración Pública delegante..."<sup>27</sup>. Siendo que "Una de las reglas de interpretación de la ley es que, en la duda, ella debe interpretarse en el sentido

<sup>22</sup> DROMI: op. cit. p. 131.

<sup>23</sup> No considero necesario detallar puntualmente las características propias de esta delegación de poder del Estado, porque éstas varían de un caso a otro, y porque creo que resulta más ilustrativo que el lector las observe en el punto III. siguiente cuando García de Enterría nos refiera sobre la realización de funciones administrativas por parte de las llamadas Corporaciones sectoriales en el derecho español.

<sup>24</sup> Téngase presente que por Decreto Supremo 02-94-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos que sólo constituye un reglamento administrativo que recopiló las normas con rango de Ley vigentes al momento de su expedición. Por ello, para el análisis materia de este caso nos referiremos a la LGPA y no a este Texto Único Ordenado.

<sup>25</sup> Esta ley, básicamente regula la impugnación por parte de los administrados de los actos administrativos con los que no estuvieran conformes; siendo la única ley que regula con carácter general el desarrollo de las actividades administrativas, sus disposiciones resultan sintomáticas para identificar a los entes que desarrollan función administrativa.

<sup>26</sup> "Servicio Público es aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social". (ARIÑO ORTIZ, Gaspar: "Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público". Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A, Madrid, 1993. p. 299)

<sup>27</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. op. cit. p. 40.

que pueda tener algún efecto y no en aquél según el cual no tendría ninguno"<sup>28</sup>, la alusión a servicios públicos en nada contribuye a la interpretación de este artículo.

En este orden de ideas, creo que se debe efectuar una interpretación teleológica. Para ello, resulta sumamente útil no sólo todo lo dicho en el punto 2.1 anterior, sino también, la nueva regulación que expertos nacionales en la materia han considerado como la más apropiada; me refiero al Proyecto de Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Resolución Ministerial 198-97-JUS, cuyo artículo pertinente a continuación reproduzco: "Para los fines a que se contrae esta ley, la Administración Pública (...) También comprende, en su relación con los usuarios, a las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa material, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado"<sup>29</sup>.

En este orden de ideas, considero que el artículo citado debe interpretarse, simplemente, en el sentido que se encontrarán adscritas al Derecho Administrativo (para efectos de esta ley) aquellas entidades que desarrollan función administrativa.

### III. EL CASO DE LAS CORPORACIONES SECTORIALES EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, recogeré un caso -el de las corporaciones sectoriales en el derecho español- que resulta sumamente útil para perfilar los caracteres propios de la función administrativa descentralizada, así como para analizar en el punto IV siguiente las características con las que cuenta el COES. Digo intencionalmente "recogeré", pues debo aclarar que todo el análisis que a continuación se efectúa, e incluso las palabras, pertenecen al propio García de Enterría<sup>30</sup>. Por razones didácticas, no las he recogido en forma de citas.

#### 3.1 SUS CARACTERÍSTICAS

Las Corporaciones de la referencia vienen a ser conjuntos de personas que adoptan la condición formal de miembros de las mismas; son estos miembros, por una parte, los titulares de los intereses a los que el grupo sirve, aunque se trata de intereses comunes y no particulares, siendo los propios miembros quienes

organizan al ente, en el sentido de que es su voluntad la que va a configurar la voluntad del ente mismo a través de un proceso representativo.

Estas Corporaciones son un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. La cualidad de los miembros de estas corporaciones está determinada por una condición objetiva relacionada al fin corporativo específico: una cualidad profesional (colegios profesionales), una cualidad de industrial o comerciante, o por ejemplo de usuario de un aprovechamiento colectivo de aguas, etc.

El sostenimiento de la Corporación es asunto propio de sus miembros, siendo el interés y la voluntad de la Corporación inmanentes al conjunto de personas que la integran.

Las Corporaciones, en cuanto expresión de un grupo social que administra asuntos propios, por ser el mismo grupo su destinatario inmediato, son la cifra misma de la técnica de autoadministración: los mismos interesados gestionan sus propios asuntos, aunque sea bajo la tutela de un ente que forma parte de la Administración Pública. Orgánicamente las Corporaciones se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo, que es la voluntad que ha de expresarse en su gobierno propio. Esta exigencia se expresa normalmente en el montaje de dos órganos distintos: uno amplio, deliberante, colegial, que reserva su actuación para las decisiones de principio (normaciones corporativas, fijación de cuotas de sostenimiento), y que controla también la actividad del segundo órgano, en el que habitualmente también se encuentran representados todos los miembros (a veces a través de mecanismos electorales) y que realiza la gestión normal y diaria.

#### 3.2 SU CARÁCTER PÚBLICO Y EL DESARROLLO QUE HACEN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Las Corporaciones sectoriales, refiere este autor, serán públicas en la medida en que sean creadas, o bien directamente por la Ley, caso por caso, o bien por resolución administrativa (como es el caso de la resolución que autoriza su inscripción en Registros Públicos) que opera en el cuadro de una ley reguladora de géneros corporativos concretos; en este último caso es posible que dicha ley exija una iniciativa

<sup>28</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel: "La libertad de contratar". En: Themis-Revista de Derecho. Segunda Época. Edición 33. Publicación Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996. p. 7.

<sup>29</sup> DANÓS: op. cit. p. 255.

<sup>30</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Op.Cit. Pág. 372-388.

previa de sus futuros miembros, pero donde tal iniciativa no es propiamente un pacto asociativo privado, puesto que no alcanza a configurar el fin específico y las funciones a desarrollar por la Corporación, que están fijadas previamente por la ley. Es posible también, y no excepcional, que se remita a esa iniciativa previa, que juega como requisito del acto administrativo de creación del ente, una determinación (aunque generalmente no muy amplia, por ser la ley en este supuesto mucho más rigurosa) de la organización del ente; pero éste, una vez surgido, se integra sin más en un sistema organizativo más amplio, que le trasciende a él y que de algún modo lo relaciona, por vía de tutela y no de simple policía con una Administración territorial.

Siendo esto así, se debe indicar, señala este autor, que no toda Corporación de Derecho Público ha de integrarse sin más en el sistema de las Administraciones Públicas.

El ordenamiento configura, ciertamente, estas Corporaciones, impone más o menos agotadoramente su constitución; integra en ellas coactivamente a quienes van a ser sus miembros, pero con ello no persigue, necesariamente, una finalidad administrativa estrictamente tal. Simplemente, se considera que hay un interés público en la existencia de un sistema de corporaciones configuradas legalmente, y sustraídas, por ello mismo, al principio de libertad de formación y organización que resulta del principio asociativo puro. Se canaliza así, hacia este tipo de corporaciones, la tendencia y los intereses asociativos sectoriales de sus miembros, pero ello no tiene nada que ver, bien se comprende, con que estos intereses se conviertan automáticamente en intereses públicos. Aquí radica todo el problema de las corporaciones sectoriales de base privada: bajo una forma pública de personificación, concebida como un cauce asociativo necesario, se hacen valer intereses privados de sus miembros. Sin embargo, hay que añadir que no como tales intereses individuales de cada uno de ellos, sino como intereses objetivos del conjunto del colectivo o profesión que todos ellos forman, en cuya representación frente al Estado hay también una no despreciable cuota de interés público.

Este es el caso de los colegios profesionales. Con ellos se trata de hacer valer intereses de los miembros de una determinada profesión, que constituyen, obviamente, un grupo privado y sectorial, no una colectividad pública estrictamente, y en tal sentido, los intereses que mediante su conformación se buscan satisfacer son intereses privados. Lo propio de estos colegios es defender los ámbitos competenciales de las espec-

tivas profesiones, y aun procurar extenderlos, luchar contra el ejercicio indebido y las competencias desleales de las mismas, perfeccionar las condiciones de ejercicio profesional, promover la cooperación y ayuda entre sus miembros.

Entonces ¿son estas corporaciones verdaderas administraciones públicas? Lo son *secundum quid*, no lo son por esencia y en su totalidad. Lo son en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la ley o delegadas por actos concretos de la Administración, pero ya se sabe que estas funciones no agotan su naturaleza, más bien orientada sustancialmente hacia la atención de intereses propiamente privados. Por tanto, sujetarán su actividad al régimen jurídico de las administraciones públicas y al procedimiento administrativo común sólo cuando ejerzan potestades administrativas, y no en cuanto al resto.

Una identificación plena entre corporaciones de base privada que tienen atribuidas funciones públicas y administraciones públicas resultaría profundamente equívoca. Ni los fondos de estas corporaciones constituyen dinero público, ni sus cuotas son exacciones públicas, ni sus empleados funcionarios públicos, ni sus bienes nunca demaniales, ni sus actos son actos administrativos fuera del caso específico de que se produzcan en ejercicio de las funciones delegadas. Más simplemente, sólo en la actividad referente a la constitución de sus órganos, por lo mismo que la organización es pública, y en los aspectos en los que actúan funciones administrativas atribuidas por la ley o delegadas, la actuación de las corporaciones de base privada puede calificarse de administrativa a los efectos de su régimen jurídico y de su enjuiciamiento jurisdiccional.

Por ello, más que de tal identificación subjetiva entre corporaciones de base privada y administraciones públicas podría hablarse, más técnicamente, de que aquéllas vienen a actuar como verdaderos agentes descentralizados de la Administración, de la que reciben por delegación el ejercicio de alguna función propia de aquélla y controlada por la misma. Son en suma, en lo que al ejercicio de estas funciones se refiere, particulares obrando por delegación o como meros agentes o mandatarios de la Administración, integrados de cierta forma en el complejo orgánico de ésta, lo que no determina que estrictamente se transformen en administraciones públicas.

### 3.3 REFLEXIÓN PROPIA

De acuerdo a todo lo anterior, más allá de si se trata de intereses públicos dirigidos a satisfacer el interés de



un grupo determinado de sujetos, o si se trata de intereses públicos dirigidos a satisfacer el interés de toda una colectividad (grupo indeterminado de sujetos), estaremos frente al desarrollo de función administrativa en la medida que los entes en cuestión sean titulares de funciones públicas atribuidas por ley o delegadas por actos concretos de la Administración, y sólo en cuanto al cumplimiento de dichas funciones se refiera.

Las corporaciones sectoriales a las que se refiere García de Enterría, son el punto de encuentro más cercano que he encontrado en el derecho comparado de entes con características similares a las del COES. Digo, "similares", por cuanto como tendré ocasión de señalar en el punto IV siguiente, a diferencia de por ejemplo los colegios profesionales -que también los encontramos en nuestro ordenamiento- en el caso del COES pareciera que sus actividades, tal como fueron diseñadas por la LCE y su Reglamento, sí se encuentran orientadas sustancialmente a satisfacer los intereses de toda la colectividad, antes que los del propio grupo que en virtud de la gestión de este ente se autoadministra.

En cualquier caso, el hecho que se considere que los intereses que tiende a satisfacer el COES son intereses del propio grupo autoadministrado, sólo tendría efectos para ubicar al COES dentro o fuera de la Administración Pública estrictamente considerada, sin embargo, en nada obstaría para considerar que en la medida en que a este ente se le haya delegado la realización de función administrativa, sus actos se encontrarían regidos por el Derecho Administrativo.

## IV. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DEL COES

### 4.1 EL ORIGEN DEL COES: SU CARÁCTER PÚBLICO

Si bien de acuerdo a lo antes señalado, el carácter público del ente no implica de suyo estar frente a la realización de función administrativa (siguiendo a García de Enterría, ahora emplearé el término público únicamente para referirme al origen del ente), sí resulta de importancia ubicar cuál fue el origen del COES.

La LCE y su Reglamento determinaron que en los sistemas interconectados eléctricos cuya capacidad fuera igual o superior a 100 MW debía constituirse un COES, a cuyas disposiciones los operadores de las unidades tanto de generación como los titulares de los sistemas de transmisión se sujetarían imperativamente<sup>31</sup>. Por tal motivo, en el Perú se constituyeron dos COES: el COES del Sistema Interconectado Centro Norte (SICN) y el COES del Sistema Interconectado Sur (SUR). Recientemente estos sistemas se han interconectado a través de la línea de transmisión Mantaro-Socabaya, dando lugar a la conformación del COES del Sistema Interconectado Nacional (SINAC)<sup>32</sup>, por lo que salvo que sea indispensable, en adelante me referiré simplemente al COES.

Dando cumplimiento a dicho mandato legal, los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión -habilitados por ley para ser parte de un COES<sup>33</sup> - del SICN y del SUR recogieron en un Estatuto las disposiciones imperativas de la LCE y su Reglamento, así como ciertas cuestiones adicionales vinculadas al funcionamiento interno del COES, para de esta forma darle personalidad jurídica al COES que debían constituir, y que en efecto constituyeron e inscribieron en los Registros Públicos: actualmente ambos se encuentran inscritos en los Registros Públicos como personas jurídicas de derecho público.

Los COES SICN y SUR fueron creados formalmente en virtud de la resolución administrativa de Registros Públicos que autorizó su inscripción. Sin embargo, no se trató propiamente de un pacto asociativo privado por el cual futuros asociados convinieran libremente en asociarse: el Estado sustrajo tal libertad de la esfera de actuación privada e impuso dicha asociación, determinó sus fines, sus características, y sus funciones. En efecto, la dación de la LCE supuso, por un lado, un mandato legal a los titulares de las empresas de generación y sistemas de transmisión para que se asocien, y por el otro, una rigurosa regulación de los COES que éstos debían constituir, y desarrollar mediante las facultades que les fueron delegadas para conseguir sus fines.

<sup>31</sup> Para efectos que dichos titulares cumplan con este mandato, y así, el sistema eléctrico pudiera operar lo antes posible de la manera prevista por la LCE, ésta efectuó el siguiente mandato legal en su Primera Disposición Transitoria: "Dentro de los noventa (90) días, a partir de la vigencia de la presente Ley, se constituirá y entrarán en funciones los COES en los Sistemas Centro Norte (SICN) y Sur Oeste (SISO)" (finalmente, este último se constituyó como COES-SUR).

<sup>32</sup> Sin embargo, a la fecha de la redacción del presente artículo aún se encuentra pendiente la formalización jurídica del COES-SINAC.

<sup>33</sup> De acuerdo con el artículo 81 del Reglamento de la LCE: "Cada COES estará integrado obligatoriamente por: a) Entidades cuya potencia efectiva de generación sea superior al 1% de la potencia efectiva de generación del sistema interconectado y comercialicen más del 15% de su energía producida; y, b) Entidades titulares del Sistema Principal de Transmisión. Las entidades generadoras que no cumplan individualmente con la condición señalada en el inciso a) del presente artículo, podrán participar en el COES asociándose entre ellas y siempre que alcancen el referido límite, pudiendo acreditar sólo un representante por todas ellas".

En este marco, los COES SICN y SUR se constituyeron -como no podría haber sido de otra manera- como personas jurídicas públicas, integrándose dentro del grupo de entes que regulan el funcionamiento del sector eléctrico en el Perú.

#### 4.2 SUS FINES

De acuerdo con el artículo 39 de la LCE, la finalidad de que se constituya el COES fue que dichos titulares, mediante una serie de facultades delegadas, sobre las que volveré más adelante, coordinen su operación al mínimo costo, de tal manera que se garantice la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y se aprovechen los recursos energéticos lo más eficientemente posible; es decir, su finalidad última era la de conseguir objetivos de interés público satisfaciendo las necesidades de la colectividad. En efecto, tal como lo apunta Santiváñez: "El COES, organismo integrado por los principales Generadores y los titulares del Sistema Principal de transmisión, es responsable de la administración y operación técnica y comercial del Sistema Interconectado, siendo su obligación principal garantizar, al más bajo costo, la calidad y continuidad en el suministro de la demanda del Sistema Interconectado (demanda agregada de Distribuidores y Clientes Libres interconectados)"<sup>14</sup>.

En relación al interés público que subyace a la creación del COES debe hacerse una precisión: para todos resulta claro que los recursos energéticos deben aprovecharse de la mejor manera posible, así como que el Estado debería garantizarnos el abastecimiento de la energía eléctrica porque ello resulta de interés general. Sin embargo, que esto sea así, no implica que el Estado, necesariamente, vaya a crear todo un marco normativo para conseguir tales objetivos: si no pense-

mos en la cantidad de ámbitos en los que existe una demanda de nuestras necesidades totalmente insatisfecha y en las que hasta hoy el Estado no ha intervenido, a veces por descuido o por dar prioridad a temas más importantes, y otras porque simplemente ha considerado que no existe razón alguna para intervenir y que deben ser los privados quienes satisfagan tales demandas.

En este orden de ideas, solamente una vez que el Estado mediante una decisión política -que estuvo contenida en la LCE- decidió "preocuparse" por la consecución de estos objetivos de interés general, en estricto, podemos hablar de intereses públicos o generales a ser satisfechos mediante una actividad administrativa positiva. Por tanto, recién después de que la LCE incorporara como un objetivo estatal conseguir que los recursos energéticos se aprovechen de la manera más eficiente posible y al más bajo costo para los usuarios, estamos ya en condiciones de afirmar la existencia de fines de interés público a ser conseguidos mediante actividades concretas y prácticas que, en este caso, le fueron delegadas al COES.

En otras palabras, el Estado se trazó tales objetivos, descentralizó de su estructura las facultades necesarias para conseguirlos, e instituyó al COES como el encargado de desarrollar la función administrativa necesaria para obtenerlos.

#### 4.3 SUS FUNCIONES

La LCE segmentó el mercado eléctrico, básicamente, en tres actividades: (i) la generación<sup>15</sup>; (ii) la transmisión<sup>16</sup>; y, (iii) la distribución<sup>17</sup>. Todas estas actividades son desarrolladas dentro de lo que se denomina el sistema interconectado<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> SANTIVÁÑEZ, Roberto: "Mercado Eléctrico Peruano: Principios y Mecanismos de Operación y Sistemas de Precios". En: THEMIS-Revista de Derecho. Segunda Época. Edición 37. Publicación Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998. p. 116.

<sup>15</sup> La generación tiene por objeto principal la producción de energía, la que es generada por centrales hidráulicas y térmicas, y es consumida segundo a segundo por los clientes -libres y regulados- y por las pérdidas asociadas al transporte de la misma. En efecto, tal como lo ha señalado la Comisión de Libre Competencia de Indecopi (en adelante la CLC), "dicha actividad consiste en la producción de energía a través de diferentes medios como los recursos hidrológicos y la combustión de derivados del petróleo, carbón y gas natural". (Punto 146 del Informe Técnico 011-1999-INDECOPI/CLC emitido por la Comisión de Libre Competencia en el procedimiento de autorización previa seguido por las empresas Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generandes S.A., Generalima S.A. y Distrilima S.A. (en adelante el Informe Técnico).

<sup>16</sup> La transmisión tiene por objeto principal el transporte de la energía producida por las centrales generadoras hacia los clientes que la requieran. Así, la CLC ha señalado en el punto 166 del Informe Técnico que dicha actividad "consiste en el transporte de energía a niveles de muy alta y alta tensión en grandes extensiones territoriales".

<sup>17</sup> Por último, la distribución tiene por objeto principal la comercialización de la energía producida por las centrales generadoras y transportada por las empresas transmisoras. Dicha comercialización se realiza dentro de la zona de concesión de distribución la cual tiene el carácter de monopolio natural de acuerdo a lo establecido en la LCE. Así, la CLC ha señalado en el punto 166 del Informe Técnico que dicha actividad "consiste principalmente en el transporte y la transformación de voltaje de muy alta y alta tensión a media y baja tensión en ámbitos geográficos limitados (zonas de concesión)".

<sup>18</sup> Un Sistema Interconectado puede ser descrito como "...una gran red que integra empresas de generación, de transmisión, de distribución (también llamadas clientes regulados) y clientes libres, mediante la cual se realiza el intercambio y transporte (sistemas de transmisión) de electricidad desde los puntos de producción o inyección (centrales de generación) hasta los puntos de consumo o retiro (sistemas de distribución y clientes libres). El cuerpo principal de dicha red está compuesto por los sistemas de transmisión, los cuales comprenden líneas de transmisión y subestaciones que interconectan las centrales de generación (puntos de inyección de electricidad) con los sistemas de distribución y los clientes libres (puntos de retiro de electricidad)". (SANTIVÁÑEZ: op. cit. p. 112)

El COES interviene en la regulación de la generación y de la transmisión. En efecto, de acuerdo con el artículo 39 de la LCE, para conseguir sus fines "la operación de las centrales de generación y de los sistemas de transmisión se sujetarán a las disposiciones de este Comité". Así también lo declara el artículo 32 de la LCE, al disponer que "los concesionarios de generación y transmisión cuando integren un Comité de Operación Económica del Sistema, están obligados a operar sus instalaciones de acuerdo a las disposiciones que emita dicho Comité". En tal sentido, es el COES quien ordena el funcionamiento de las unidades de generación de las empresas generadoras y del sistema de transmisión que lo integran, las cuales se encuentran en todo subordinadas a las decisiones de este organismo, sin poder para decidir la oportunidad y el nivel de su producción u operación<sup>39</sup>. Dichas empresas, simplemente, no pueden desobedecer las instrucciones del COES, en caso contrario, se les podría sancionar e incluso retirar la concesión<sup>40</sup>.

Pues bien, para conseguir los objetivos antes señalados, la LCE determinó como funciones básicas del COES las siguientes actividades de realización concreta y práctica: (i) operar el sistema interconectado al mínimo costo; (ii) coordinar la operación en tiempo real; (iii) coordinar los mantenimientos de las centrales de generación y líneas de transmisión; (iv) determinar los costos marginales de la energía y potencia; y, (v) valorizar las ventas y compras de la energía y potencia de los generadores en un esquema que puede asimilarse a una bolsa de electricidad. Al respecto, baste con explicar una de ellas: el papel que juega en la operación del sistema al mínimo costo.

Las actividades que las empresas generadoras realizan son dos: (i) la producción, y, (ii) la comercialización.

(i) La producción.- respecto al ámbito de la producción, el papel del COES es el siguiente: con el fin de cubrir la demanda de energía en un determinado

momento, las unidades de las centrales generadoras son "llamadas" por el COES a producir en orden creciente a sus costos variables de operación, desde las más baratas hasta las más caras<sup>41</sup>; este procedimiento es conocido como "despacho óptimo", y se realiza para que la energía que efectivamente se produzca en el sistema sea la más barata posible.

Una vez que las empresas generadoras han producido la energía "autorizada" por el COES, se encuentran "figurativamente" obligadas a vender toda su producción en éste, es decir, que la energía deja de pertenecer al generador tan pronto como la produce, porque instantáneamente es vendida en el COES al costo marginal instantáneo del sistema. Este costo, que es calculado por el COES, se deriva del procedimiento de despacho óptimo y equivale al costo variable de la última central que sea necesario poner en marcha (la que funge de seguro del sistema) para lograr abastecer el íntegro del consumo del sistema en un instante determinado<sup>42</sup>.

(ii) La comercialización.- esta actividad es independiente de la producción. Así como todas las empresas generadoras venden su producción en el COES, también tienen el derecho, y la obligación, de acceder al COES -que funge como una bolsa de electricidad- para adquirir la energía, al mismo costo marginal instantáneo del sistema, que necesitan para satisfacer las demandas de sus clientes. El límite máximo de energía que las empresas generadoras pueden adquirir se encuentra constituido por su energía firme anual<sup>43</sup>. El cálculo de la misma - tal como lo señala el literal d) del artículo 41 de la LCE- también es efectuado por el COES.

De acuerdo a lo anterior, las empresas generadoras venden energía (al sistema a través del COES) al costo marginal instantáneo de la energía del sistema, y todas las empresas generadoras pueden comprar (al sistema a través del COES) la energía que requieren para

<sup>39</sup> La fiscalización del cumplimiento de los procedimientos técnicos, económicos y operativos ordenados por el COES -que deben ceñirse a lo dispuesto por la LCE, su Reglamento y las demás normas que conforman el marco regulatorio del sector electricidad- se encuentra a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía-Osinerg, tal como lo establece el literal c) del artículo 101 de la LCE. En caso tales disposiciones no fueran cumplidas, Osinerg se encuentra habilitado a imponer las sanciones correspondientes previstas en el literal c) del artículo 201 del Reglamento.

<sup>40</sup> En tal sentido, el artículo 36 de la LCE señala que "La concesión caduca cuando: (...) d) El concesionario de generación o de transmisión, luego de habersele aplicado las sanciones correspondientes, no opere sus instalaciones de acuerdo a las normas de coordinación del Comité de Operación Económica del Sistema, salvo autorización expresa del Ministerio de Energía y Minas por causa debidamente justificada".

<sup>41</sup> Análisis Económico del Sector Eléctrico Peruano. p. 12.

<sup>42</sup> Análisis Económico del Sector Eléctrico Peruano. p. 15.

<sup>43</sup> "La Energía Firme de las centrales hidráulicas es aquella cantidad de energía que las centrales hidroeléctricas producirían si ocurriese un año hidrológicamente seco, equivalente a una excedencia del 90%. La excedencia del 90% indica que, de acuerdo con la información estadística disponible, en el 90% de los años los caudales son excedidos. Por ejemplo, si la hidrología del presente año corresponde a una excedencia del 60%, ello quiere decir que en 60 años de cada 100, los caudales históricos han sido mayores que los del presente año. La Energía Firme térmica es la máxima producción anual de las centrales térmicas, descontada su indisponibilidad". (Análisis Económico del Sector Eléctrico Peruano. p. 17-18).

satisfacer las necesidades de sus clientes<sup>44</sup> al mismo costo marginal instantáneo de la energía en el sistema.

Pues bien, como el lector podrá observar, para conseguir los objetivos trazados por la LCE, el COES cuenta con una serie de facultades, como es el caso de la operación del sistema al mínimo costo antes descrita, que le han sido delegadas por el Estado para regular la operación de sus propios miembros, con el objetivo de que los recursos energéticos sean aprovechados eficientemente, a la vez que se asegure a la colectividad el abastecimiento de sus necesidades de consumo de electricidad al menor costo posible.

De acuerdo a las funciones que le han sido delegadas al COES, éste es un ente que al realizar la función de administrar técnicamente el sistema interconectado, se encuentra regido por el Derecho Administrativo y, en consecuencia, sus actos serán actos administrativos y sus normas reglamentos administrativos<sup>45</sup>.

#### 4.4 LA TUTELA DEL ESTADO

Tal como lo señala el literal c) del artículo 101 de la LCE, Osinerg fiscaliza el cumplimiento por parte del COES de las funciones que le han sido asignadas por la LCE y su Reglamento. Así, el Reglamento establece en el literal b) de su artículo 194 que Osinerg fiscaliza el cumplimiento de las disposiciones que rigen el correcto funcionamiento del COES.

En tal sentido, Osinerg no sólo debe fiscalizar que los miembros del COES cumplan las decisiones de éste, sino que además, Osinerg se encuentra habilitado para fiscalizar que el propio COES cumpla correctamente (es decir, ajustando su actuación a derecho) con las funciones que la LCE y su Reglamento le han asignado. En concordancia con esto, la Ley 26734 - Ley del Osinerg, también establece que es función de Osinerg fiscalizar, y por tanto velar, por el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del sector electricidad, dentro del cual, como hemos visto, se encuentra comprendido el COES en calidad de administrador de la operación del sistema interconectado.

## V. ASPECTOS ORGANIZATIVOS, TOMA DE DECISIONES Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL COES

De acuerdo a lo dicho, el COES es la reunión de aquellos generadores y titulares de sistemas de transmisión de un sistema interconectado que cumplen con ciertas características (señaladas en la nota a pie 33), y que adoptan la condición formal de miembros para autoadministrar sus operaciones con miras a satisfacer los intereses de la comunidad. Son los propios miembros los que configuran la voluntad del ente vía la representación que tienen en los dos órganos con los que cuenta el COES: el directorio y la dirección de operaciones.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 85 del Reglamento, el Directorio es el máximo órgano de decisión del COES y el responsable, consecuentemente, de velar por el cumplimiento de la LCE, su reglamento, las normas técnicas correspondientes, las demás disposiciones complementarias y su estatuto. En él se encuentran representados cinco integrantes de generación y dos integrantes de transmisión. Asimismo, existe un órgano ejecutivo subalterno al Directorio que se encarga de la Administración del COES (gestión normal y diaria) y en el que también se encuentran representados los miembros del COES.

En suma, respecto de los aspectos organizativos, y sin que sea necesario citar cada uno de los artículos pertinentes de LCE y su reglamento, basta señalar que estas normas determinaron lo siguiente: quienes serían obligatoria y facultativamente sus miembros, cuáles serían los mecanismos para la toma de decisiones, cómo se organizaría internamente; qué funciones tendría cada uno de sus órganos y quiénes los conformarían, que la fuente principal de sus recursos serían los aportes obligatorios de sus miembros, y cuáles serían los mecanismos para la solución de divergencias y/o controversias.

Como señalara, el Directorio es el máximo órgano de decisión del COES, y el responsable, consecuentemente, de velar por el cumplimiento de la LCE, su

<sup>44</sup> Dichos clientes vienen a ser los libres y los regulados. Los primeros, se encuentran constituidos por grandes empresas industriales y mineras cuya demanda máxima de potencia es igual o mayor a 1000 KW, y los segundos, por las empresas distribuidoras que atienden demandas inferiores a 1000 KW, y que son aquéllas a través de las cuales nosotros nos abastecemos.

<sup>45</sup> El acto administrativo es toda declaración unilateral de voluntad efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que directamente produce efectos jurídicos individuales o individualizables, en tanto, el reglamento es toda declaración unilateral de voluntad efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que directamente produce efectos jurídicos de alcance general. Tal como señala el profesor García de Enterría no se trata de una diferencia cuantitativa (destinatarios generales o indeterminados para el reglamento, determinados para el acto), sino de grado (el reglamento crea o innova derecho objetivo, el acto lo aplica), mucho más cuando pacíficamente se admite la figura de los actos administrativos que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos. (GARCÍA DE ENTERRÍA: op. cit. p. 540).

reglamento, las normas técnicas correspondientes, las demás disposiciones complementarias y su estatuto.

Si bien resulta claro que el COES, al realizar función administrativa, debe ceñir su actuación a las normas legales vigentes dictadas por el Estado (por el principio de legalidad), no resulta del todo claro cuál es la relevancia jurídica de las disposiciones contenidas en el estatuto del COES. Sobre ello, quisiera detenerme ahora un momento. ¿Qué distingue a los estatutos como el del COES (al que llamaré, estatutos administrativos) de los estatutos de una persona jurídica cualquiera (al que llamaré, estatutos societarios)? En la práctica, y aunque no se puede pactar en contrario, ambos estatutos repiten muchas disposiciones imperativas al tiempo que establecen reglas particulares que las personas que conforman al ente deciden que rijan sus relaciones. Creo que la diferencia se encuentra en la génesis de cada uno de estos estatutos: mientras la causa de los estatutos societarios es un pacto social de futuros socios o asociados que dentro del marco de actuación que les permite el ordenamiento legal, han decidido voluntariamente vincularse a través de una persona jurídica distinta a ellos mismos para satisfacer un interés en común; la causa de los estatutos administrativos ya no es un pacto dentro del marco de actuación que permite el ordenamiento, sino el ordenamiento legal mismo. Para satisfacer intereses de carácter general<sup>46</sup> la ley impone la creación de la persona jurídica, y por lo tanto del estatuto administrativo.

Ahora bien, existen dos tipos de disposiciones contenidas en el estatuto del COES: aquéllas que versan sobre el desarrollo de las facultades que tienen los órganos del COES relativas al desarrollo de su función administrativa; y, aquéllas que versan sobre materias meramente organizativas del COES. Respecto de las primeras, tal como lo señala el literal f) del artículo 86 del Reglamento, el estatuto no puede ir más allá de lo dispuesto por la LCE y su reglamento, es decir, para efectos de determinar los alcances de la función administrativa del COES, el estatuto simplemente recoge lo dicho por la LCE y su reglamento, y no tiene nada que aportar. Respecto de las segundas, en cambio, sobre todos aquellos aspectos organizativos no regulados por la LCE y su reglamento, quienes conformaron formalmente el COES sí contaban (y cuentan) con la facultad de autorregularse. Esto último, dado que es un principio del derecho administrativo - acorde con el principio de legalidad- el hecho que

sobre aquellas materias que no implican para los particulares la creación de obligaciones o la restricción de su libertad de actuación previa -como es el caso de los aspectos meramente organizativos- existe la posibilidad que quienes desempeñan función administrativa se autorregulen.

Sobre la base de la habilitación del literal e) del artículo 40 de la LCE, la Administración dispuso en el artículo 88 del Reglamento que "las divergencias o conflictos derivados de la aplicación de la ley, del reglamento o del estatuto, que no pudieran solucionarse por el Directorio, serán sometidas por las partes a procedimiento arbitral", y el artículo 89 siguiente señaló que "el Directorio, en tanto se resuelve la situación a que se refiere el artículo precedente, adoptará provisionalmente la decisión por mayoría; en caso de empate, el Presidente tendrá voto dirimente".

De acuerdo a lo anterior, en caso no exista unanimidad de todos los miembros del COES respecto a cómo aplicar la LCE, su reglamento o el estatuto para efectos de cumplir con las funciones que le son propias, se adopta una decisión por mayoría cuyo arreglo a derecho es susceptible de ser revisado mediante un procedimiento arbitral que inicie el miembro del COES que no se encuentre conforme con la interpretación que le hubieran dado a la LCE, el reglamento o el estatuto, la mayoría de los miembros del Directorio de este organismo. Aunque el texto del artículo 89 del Reglamento parecería indicar lo contrario, en realidad, la decisión que se adopta constituye ya un acto administrativo que surte efectos de manera inmediata (este acto se encuentra revestido de la presunción de legitimidad de la que gozan los actos administrativos); es decir, que el carácter provisional del mismo únicamente indica la posibilidad de que algún miembro no conforme con el acuerdo la impugne, más no que sus efectos se encuentren aún supeditados a una decisión posterior definitiva.

### **VI. EL CONTROL DE LOS ACTOS Y LOS REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS NO PUEDE REALIZARSE POR MEDIO DEL ARBITRAJE: EL CASO DEL COES**

En el caso del COES, existen hasta tres razones por las que el arreglo a derecho de las decisiones que adopte, no pueden, legalmente, ser revisadas mediante un procedimiento arbitral: (i) el rango (Decreto Supremo) del artículo 88 del Reglamento le impide a éste crear

<sup>46</sup> El hecho que el Estado haya decidido descentralizar su poder determina, obviamente, que dentro de los intereses en juego se encuentren los de los particulares que van a desarrollar la función administrativa; sin embargo, lo peculiar es que la actuación de estos entes se encamina a satisfacer intereses de toda la colectividad.

mecanismos de control de los actos y reglamentos administrativos distintos a los previstos por la LGPA y la Constitución; (ii) la Ley 26572 - Ley General de Arbitraje (en adelante la LGA) prohíbe que las materias concernientes al ejercicio de la función administrativa del COES sean arbitradas, en tanto las partes no cuentan con la facultad de disponer libremente sobre dichos asuntos; y, (iii) el arbitraje como mecanismo de solución de controversias no puede ser impuesto a los administrados, pues éstos tienen derecho a recurrir al juez natural.

## 6.1 POR PROVENIR DE UN REGLAMENTO

Toda la actividad administrativa se encuentra sujeta a un poder de contralor. En tal sentido, y salvo que existan normas especiales con rango de ley que dispongan procedimientos diferentes, el control del arreglo a derecho de los actos administrativos se debe realizar mediante el procedimiento previsto en la LGPA; y, una vez emitida la resolución que causare estado<sup>47</sup>, continuar con la impugnación ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo previsto en el artículo 148 de la Constitución. Por su parte, en el caso del reglamento, el control de su legalidad se debe realizar mediante el mecanismo previsto en el numeral 5 del artículo 200 de la Constitución referido a la Acción Popular, pasible de ser interpuesta ante el Poder Judicial para dejar sin efecto los reglamentos que atentaren contra la Constitución y/o la leyes.

Como señalara, en el caso del COES, la LCE habilitó a la Administración a que por vía reglamentaria establezca los mecanismos para la solución de controversias al interior del COES. Ello, naturalmente no implica que la norma contenida en el artículo 88 del Reglamento haya "elevado" su rango, ella continúa siendo un reglamento (Decreto Supremo), y en tal sentido, no puede contravenir lo dispuesto por normas con rango de ley y menos aún puede ir en contra de la Constitución. Aplicar un procedimiento arbitral para controlar el arreglo a derecho de los actos administrativos del COES atenta contra el procedimiento establecido en la LGPA para que los administrados del COES puedan impugnar los actos administrativos que los afecten, así como contra la garantía que establece la Constitución en favor de éstos para que el Poder Judicial

revise el arreglo a derecho de los actos administrativos que causaron estado. De igual manera, entender que la legalidad de los reglamentos del COES pueda ser revisada por vía arbitral, otorgaría a los árbitros que llevan a cabo este mecanismo privado de composición de controversias la facultad de efectuar un control de las normas que no les ha sido atribuido, y que sólo tiene el Poder Judicial cuando revisa acciones de garantía constitucional y el Tribunal Constitucional.

## 6.2 POR NO EXISTIR LIBRE DISPOSICIÓN

Asimismo, y como ya adelantara, de acuerdo con la propia LGA, norma de mayor jerarquía que el Reglamento de la LCE, no se puede aplicar un procedimiento arbitral para determinar el arreglo a derecho de los actos y reglamentos administrativos. En efecto, el artículo 1 de la LGA señala que las materias que conciernan a atribuciones o funciones del imperio del Estado -como son, por delegación, aquéllas vinculadas a la función administrativa que desarrolla el COES- no son arbitrables. En tal sentido, señala Lohmann que, salvo que el Estado actuase como sujeto privado<sup>48</sup>, siendo el Estado la comunidad política organizada para cumplir ciertos deberes en estricto cumplimiento de lo que la propia Constitución establece, parece claro que ni sus atribuciones ni el cumplimiento o desatención de sus deberes puede ser sometido a arbitraje.<sup>49</sup>

La lógica de que el artículo 1 de la LGA disponga que no son arbitrables dichas materias, se encuentra en el hecho que no se cumple con el presupuesto previsto en la LGA para que las controversias puedan ser arbitrables: las partes no tienen la facultad de disponer sobre tales controversias. No estamos, pues, ante derechos patrimoniales que puedan ser objeto de una relación entre privados, una de las partes de esta relación viene constituida por particulares organizados bajo un mandato legal imperativo que desarrollan funciones administrativas propias del poder estatal, y en tal sentido, las facultades en base a las que actúan no pueden ser libremente dispuesta por ellos, son facultades que deben ser ejercidas con estricto apego a la Constitución y a las leyes, esto es, deben observar rigurosamente el principio de legalidad, como bien lo señala el artículo 45 de nuestra Constitución Política.

<sup>47</sup> Las resoluciones administrativas que causan estado son aquellas emitidas por la máxima autoridad administrativa competente. Esto quiere decir, que debe incluirse dentro de tal concepto aquellas decisiones emitidas por el Directorio del COES, en tanto éste no se encuentra sometido a superior jerárquico alguno.

<sup>48</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: "El Arbitraje". Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen V. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. p. 64.

<sup>49</sup> Ibid. p. 63.

### 6.3 POR HABER SIDO IMPUESTO

Nuestra Constitución Política declara en el numeral 1. de su artículo 139 que constituye un principio de la función jurisdiccional: "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la (...) arbitral...".

Al respecto, se discute ampliamente si la jurisdicción arbitral a la que se refiere este artículo constituye o no una verdadera jurisdicción. En el presente artículo yo no tomaré posición al respecto. Sin embargo, traigo a colación este artículo, y este tema, por resultar de importancia para comprender la crítica que efectuó a los arbitrajes, que como el del COES, vienen a ser impuestos por normas legales a los particulares.

Hecha la precisión, me parece oportuno citar ahora el comentario que hace Montero Aroca respecto del numeral 1. del artículo 139 de la Constitución Política: "A pesar de que el artículo 139.1 de la Constitución se refiera a la jurisdicción arbitral, hay que destacar que jurisdicción y arbitraje son dos manifestaciones de la heterocomposición, en la que los conflictos se solucionan por un tercero que impone su decisión a las partes, pero que en el arbitraje ese tercero es nombrado por las partes para decidir un conflicto determinado, que ha de ser de aquellos sobre los que las partes tienen disposición de sus derechos subjetivos [entendiendo que se refiere a los derechos subjetivos patrimoniales, sobre lo que ya tuve ocasión de pronunciarme] (...) El arbitraje se resuelve así en una manera de disponer de los derechos subjetivos, en la que las partes consienten en someter su conflicto a lo que decida un tercero, que no tiene jurisdicción como potestad estatal, aunque su decisión tiene que consistir en decir el derecho en el caso concreto, con lo que se produce una mezcla entre contrato como acto de disposición y consecuencias similares a la decisión jurisdiccional, que sólo se entiende desde la libertad"<sup>50</sup> (el agregado es nuestro).

En efecto, considero acertado que Montero Aroca señale que se trata de un medio de solución de disputas al que las partes deciden libremente someter su conflicto. Ello por cuanto, al margen de que teóricamente se considere o no una jurisdicción, la correcta interpretación de este artículo debe hacerse a mi juicio de manera concordada con el numeral 3. de este mismo artículo 139 constitucional. Así, se tiene

que dicho numeral establece que "ninguna persona puede ser desviada [y nótese que no dice que ninguna persona puede desviarse, sino que no puede ser desviada] de la jurisdicción predeterminada por la ley..." (el agregado es nuestro). Lo que implica que constituye una máxima constitucional el hecho de que todos tenemos el derecho de recurrir al juez natural para dar solución a nuestros conflictos, es decir, el derecho de recurrir a una jurisdicción predeterminada de la que nada -salvo nuestra propia libertad- nos puede imponer apartarnos.

Como señala de Bernardis, este principio determina enfáticamente que "nadie puede ser desviado de la justicia que le resulta ordinaria, natural, a la vez que dentro de la misma nadie puede ser derivado del juez que conforme a la ley de la materia le correspondería, de acuerdo a la determinación efectuada de modo previo y objetivo por la norma pertinente"<sup>51</sup>.

Respecto a los órganos jurisdiccionales, dicho principio determina, como señala Montero Aroca (i) que el órgano jurisdiccional que ha de conocer el asunto preexista al mismo; (ii) que la competencia de este órgano jurisdiccional se encuentre determinada por una ley general que excluya apreciaciones subjetivas de cualquier órgano; y, (iii) que en la designación de la persona o personas que constituyan el órgano se haya seguido el procedimiento legalmente establecido<sup>52</sup>.

Todo lo anterior, con el objetivo de que exista una verdadera garantía del derecho al debido proceso, referida, en lo que acá interesa, a tutelar objetivamente el derecho que tenemos a ser juzgados imparcialmente por parte del operador de justicia, "...abstracta y objetivamente determinado por la aplicación de una ley previa"<sup>53</sup>.

Podrá o no estarse de acuerdo con el derecho a recurrir al juez natural, pero lo cierto es que este principio constitucional existe, y como tal, determina que en el caso del COES sea inconstitucional (i) que se haya impuesto a los administrados del COES tener que recurrir a la vía arbitral; y más aún, (ii) que la creación de tal deber provenga de una norma que no tiene rango de ley.

En el mismo sentido, la propia LGA ha reconocido que el arbitraje constituye un medio voluntario de solución de controversias. La sumisión a arbitraje surge de un

<sup>50</sup> MONTERO AROCA, Juan: "Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano". Enmarce E.I.R.L., Lima, 1999. p. 94.

<sup>51</sup> DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo: "La Garantía Procesal del Debido Proceso". Cultural Cuzco S.A, Lima, 1995. p. 113.

<sup>52</sup> MONTERO AROCA, Juan: op. cit. p. 98-99.

<sup>53</sup> DE BERNARDIS: op. cit. p. 114.

acuerdo entre las partes, mediante el cual éstas acuerdan que determinada controversia o las controversias que puedan existir en el futuro, se resuelvan a través de este medio alternativo de solución de disputas. En efecto, el artículo 9 de la LGA señala que: "El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial".

Ahora bien, siendo que el arbitraje previsto por el artículo 88 del Reglamento también fue recogido en el cuerpo del Estatuto del COES, conviene volver acá sobre una precisión ya antes explicada.

La LGA otorga también carácter de convenio arbitral a las estipulaciones estatutarias. Al respecto, el artículo 12 de la LGA establece que: "Constituye convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social".

Si como señalara, el estatuto del COES no constituye uno de carácter societario sino uno de carácter administrativo, éste, simplemente, carece de relevancia jurídica en todo lo que concierna al desarrollo de la función administrativa del COES y, en tal sentido, carece de relevancia jurídica respecto a la determinación de los mecanismos de solución de las controversias vinculadas al desarrollo de este tipo de funciones que desarrolla el COES. En este marco, los convenios arbitrales provenientes de estatutos, a los que hace referencia el artículo 12 de la LGA, no pueden sino provenir de estatutos de carácter societario y, no así, de aquéllos que como el del COES tienen carácter administrativo.

En tal sentido, el arbitraje previsto por el reglamento para la solución de discrepancias en el COES no es un arbitraje voluntario ni surge de una cláusula arbitral: no proviene de un acuerdo entre partes sino de una imposición legal. Por ello, dicha imposición es contraria a la Constitución, y como tal, no puede ser

aplicada para que un miembro del COES cuestione una decisión de éste que considere no arreglada a derecho. Dicha decisión, debe ser pasible de ser cuestionada mediante un proceso contencioso administrativo (en el caso de actos administrativos), y por medio de una acción popular (en el caso de reglamentos administrativos).

## VII. ¿PODRÍAN SER RESUELTOS ESTOS ARBITRAJES POR MEDIO DE LA CONCIENCIA?

No obstante las críticas planteadas al régimen impuesto por el artículo 88 del Reglamento, esta norma actualmente existe y como tal viene siendo utilizada por los administrados del COES para resolver las divergencias que ya se han presentado respecto de la aplicación que ha hecho el COES de la LCE y del Reglamento. Siendo que respecto a tales controversias actualmente se discute en el círculo de profesionales vinculados al sector electricidad, si el arbitraje impuesto por el reglamento debería ser de derecho o de conciencia, considero conveniente manifestar cuál es mi opinión al respecto.

La LGA establece que un arbitraje de derecho es aquél en el cual los árbitros resuelven la cuestión controvertida de acuerdo al derecho aplicable. Asimismo, dicha norma establece que un arbitraje es de conciencia cuando el árbitro resuelve de acuerdo a sus conocimientos y leal saber y entender.

Respecto del arbitraje de derecho basta decir que en él los árbitros actúan con sujeción a las formas legales y deciden las cuestiones litigiosas según el derecho positivo, es decir, con total sumisión a la ley<sup>54</sup>.

Sin embargo, la naturaleza del arbitraje de conciencia resulta mucho más difícil de precisar. En efecto, tal como señala el jurista Fernando de Trazegnies Granda: "...Generalmente la doctrina incurre en un círculo vicioso: el arbitraje de conciencia se dice, funciona conforme al leal saber y entender del árbitro; a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, éstos consideran equitativo. Como puede verse, caemos en esta forma en un perfecto razonamiento circular..."<sup>55</sup>.

Entonces ¿qué es la equidad, qué el leal saber y entender? Considero con García Maynes<sup>56</sup>, que ha

<sup>54</sup> CAIVANO ROQUE: "Negociación Conciliación y Arbitraje". Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación, Lima. p. 241.

<sup>55</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: "Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia". En: *Ius Et Veritas*. Edición 12, Lima, 1996. p. 116.

<sup>56</sup> GARCÍA MAYNES, Eduardo: "Introducción al Derecho". Vigésima segunda edición, Porrúa S.A, México D.F. p. 49.



sido Aristóteles quien ha explicado el concepto de equidad con mayor claridad que cualquier jurista: "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia es que lo equitativo, es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por hablar en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviese presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido"<sup>57</sup>.

De acuerdo a ello, podría señalarse que las leyes llevan implícita una noción de justicia que no coincide siempre, y a causa de ser disposiciones que no prevén lo particular sino lo general, con el concepto de lo que es justo dentro de una sociedad determinada<sup>58</sup>. Así, utilizar la equidad puede resultar útil para resolver un caso particular respecto al que -de acuerdo con el criterio de los árbitros- el ordenamiento legal no ha previsto una solución justa<sup>59</sup>.

Históricamente, tal como señala de Bernardis, se ha discutido ampliamente sobre si las ideas de derecho y

de justicia tienen o no existencia separada o, de existir relación entre ambas, dónde reposa la misma. De todas las posiciones que se han esgrimido al respecto, las que han tenido mayor trascendencia son el positivismo y el jusnaturalismo<sup>60</sup>.

Respecto a la primera de estas posiciones, señala Kelsen que se adopta una posición negativa frente a la justicia como valor absoluto, considerando que la justicia es una idea en el sentido platónico y, por lo tanto, se encuentra más allá de la realidad, razón por la cual su contenido no puede ser determinado por el jurista partiendo de datos verificables<sup>61</sup>: la única misión de la ciencia del Derecho, como señala Legaz y Lacambra (aludiendo a esta posición), es conocer el Derecho, pero en modo alguno valorarlo bajo el punto de vista de su posible justicia o injusticia<sup>62</sup>.

Nótese cómo para esta posición, el derecho sólo es el derecho formal (así ya lo había definido Weber), pues todo lo que sea reflejo de valores e idiosincrasias sociales (de aquello que podría resultar justo dentro de una sociedad) que no se haya incorporado positivamente al ordenamiento, simplemente, escapa a la preocupación del jurista, no se encuentra dentro de su ciencia. Naturalmente, como el lector podrá observar, esta posición que es propia de la modernidad en nada puede condecirse con la resolución de conflictos por medio de arbitrajes de conciencia.

Respecto al jusnaturalismo, señala Legaz y Lacambra que: "la verdad de la posición jus naturalista consiste en la imposibilidad de definir el Derecho al margen de la justicia. (...) El Derecho natural afirma con razón la existencia de una idea objetiva de la justicia y niega que la multiplicidad de ideales de justicia sea una arbitraria coexistencia o sucesión de puntos de vista (...) pero afirma también la existencia de medidas objetivas para juzgar de la mayor o menor rectitud de esos distintos ideales. (...) Ese criterio no puede ser meramente formal. (...) Todo derecho es una cierta justicia; pero para ser Derecho no necesita ser la justicia y por que no lo es, ni puede serlo, todo Derecho puede ser una cierta injusticia..."<sup>63</sup>. Aña-

<sup>57</sup> ARISTÓTELES: "Moral A Nicómaco". Libro V. Capítulo X.

<sup>58</sup> Al respecto, coincide de Bernardis en que "...es necesario examinar las relaciones entre justicia y derecho, desde el momento que el segundo concretiza la idea de justicia existente en una sociedad determinada en un momento dado, que es de obligatorio cumplimiento por los integrantes de ésta". (DE BERNARDIS: op. cit. p. 315)

<sup>59</sup> Al respecto, de Trazegnies considera que "quizá podríamos decir que la justicia es normalmente realizada mediante la aplicación de la ley. Pero, en ciertas circunstancias, la generalidad de la ley puede llevar a una injusticia respecto del caso concreto (...). De manera que la equidad se instituye como un camino para buscar la justicia en lo particular, de la misma manera que la ley busca la justicia en lo general". (DE TRAZEGNIES: "Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia". op. cit. p. 117)

<sup>60</sup> DE BERNARDIS: op. cit. p. 315.

<sup>61</sup> Citado por DE BERNARDIS. op. cit. p. 316.

<sup>62</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>63</sup> Ibid. p. 318.

diendo este mismo autor que la equidad vendría a ser "la justicia del caso concreto"<sup>64</sup>.

Como el lector podrá observar, si bien el jusnaturalismo afirmó la existencia de una idea objetiva de justicia - una sola- que por mi parte considero inexistente, sí sostuvo dos cosas que reformuladas hacia nuestro concepto de justicia -que niega la existencia de una única justicia, y que más bien la proclama respecto a una determinada sociedad, en un momento determinado- resultan de suma importancia para el análisis:

(i) No se puede definir el derecho al margen de la justicia (para mí, de lo que se considera justo): En efecto, considero con de Trazegnies desde un punto de vista postmoderno que "el Derecho no se reduce a las normas legales y que éstas no son un fin en sí mismo: hay una idea de Derecho que tiene cada sociedad; que no es por tanto inmutable ni universal, pero que existe detrás o más allá del derecho positivo, de cada derecho positivo"<sup>65</sup>. Así como el derecho no es más que una perspectiva<sup>66</sup> de las cosas que se miran desde un determinado cristal, la justicia también lo es, y ambos, quizá influenciándose mutuamente, se encuentran transformándose constantemente y de distinto modo en cada una de las sociedades: son, en suma, productos culturales.

(ii) Para ser derecho no se necesita ser la justicia (para mí, nuevamente, de lo que se considera justo). Considero que siendo la justicia un producto cultural, y no habiendo valores absolutos, la noción de justicia la debemos encontrar caso por caso dentro de una sociedad determinada. Como señalaba Aristóteles, lo justo no es lo justo legal; en tal sentido, para encontrar la justicia del caso concreto -cual es el objeto del arbitraje de conciencia- se debe rectificar lo justo legal, en los puntos en los que se ha engañado a causa de la fórmula general de que se ha servido.

Pues bien, no es mi intención ahondar más sobre el concepto de justicia, pues considero que lo dicho basta para continuar con el análisis de la posibilidad de que el COES arbitre asuntos de su competencia en base a arbitrajes de conciencia.

Si es que el lector no lo ha advertido ya ¿cuál es el problema de arbitrar los asuntos del COES mediante las reglas de la conciencia de los árbitros?: como ya tuviera

ocasión de señalar, en el momento en que los hombres decidimos libremente integrarnos en sociedad -a decir de Hobbes, pasamos de un estado de naturaleza a un estado de sociedad<sup>67</sup> - acordamos mediante el "Contrato Social" reconocer un orden que se traduce en la organización política denominada Estado. Así, nos convertimos en ciudadanos: personas que en libertad hemos reconocido un poder que teniendo como causa - a la vez que como límite- a la Constitución que hemos dictado, delegamos de forma inmediata a quienes elegimos para que nos gobiernen, y de forma mediata a quienes éstos últimos designan para conseguir los objetivos de toda la comunidad (como es el caso del COES). Esta delegación de poder que hacemos, supone para su viabilización que los que nos gobiernan conduzcan las actividades propias del "encargo" efectuado siguiendo ciertas pautas previamente establecidas, y que encuentran su fundamento en la máxima constitucional "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

Esta expresión, junto con la otra máxima constitucional "...nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", llegan hasta nuestro ordenamiento como reflejo de las manifestaciones jurídicas de la Revolución Francesa, en la que los revolucionarios consiguen que se conceptúe la idea de que "la fuente del Derecho no está en ninguna instancia supuestamente trascendental a la comunidad [lo que el Rey era para el Antiguo Régimen], sino en ésta misma, en su voluntad general; y, a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la Ley General(...) Ley General que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder"<sup>68</sup> (el agregado es nuestro). Entiéndase, naturalmente, dentro del concepto de Ley General a la Constitución como la Ley Fundamental, a partir de la que se deben desarrollar todas las demás.

En tal sentido, quienes realizan actos singulares de poder se encuentran obligados a ceñir toda su actuación a la Ley Fundamental y a las demás leyes existentes, sin cuya observancia, sus actos, sencillamente serían ilegítimos.

Como se observa, la causa de la consagración de estos principios proviene de la Revolución Francesa, se trató en aquella ocasión de una lucha popular para

<sup>64</sup> Ibid. p. 319.

<sup>65</sup> DE TRAZEGNIÉS: op. cit. p. 118.

<sup>66</sup> "...pensar el mundo a partir de perspectivas, no es pensar que los valores en general no existen, sino simplemente que no hay valores absolutos, eternos y universales". (Ibid. loc. cit.)

<sup>67</sup> Citado por DE BERNARDIS: op. cit. p. 302.

<sup>68</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA: op. cit. p. 424.

reestructurar el concepto del sistema jurídico mismo, de una monarquía absolutista a la instauración paulatina de un Estado de Derecho. En realidad, hablar de un Estado de Derecho es casi una tautología, pues como bien señala García de Enterría "toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho"<sup>69</sup>.

Y ¿cómo se forma este Estado? En un primer momento -meramente hipotético- los hombres nos encontrábamos en un estado de naturaleza en el que todos éramos iguales (nadie tenía ventajas para elegir los principios y diseñarlos para satisfacer sus intereses particulares) y, en tal situación, optamos por suscribir un contrato social -para nosotros, la Constitución- que apuntara, como refiere de Bernardis, a realizar nuestra propia concepción de justicia<sup>70</sup> a partir de la cual pasamos a un estado de sociedad, y reconocimos un orden determinado por nosotros mismos: el Estado<sup>71</sup>. Un Estado, que puede tener su fundamento en una Constitución, y en unas leyes expedidas a la luz de ésta, que podrían no resultar justas para resolver casos particulares, pero que al fin de cuentas, encarnan lo que para nosotros es lo justo legal; y, en tal sentido, constituyen la legalidad a la que deben ceñir su actuación todos los que de una forma u otra realizan actos singulares del poder.

El arbitraje de conciencia, como señalara, supone la posibilidad de redescubrir la justicia del caso concreto, supone poder apartarnos de lo justo legal, y en tal sentido, no puede ser aplicado para juzgar las decisiones del COES. Sostener lo contrario implicaría negar todo orden, negar, en suma, la existencia del Contrato Social y por ello la existencia del propio Estado, determinando una suerte de retorno a un estado de naturaleza.

En este orden de ideas, considero que cuando el artículo 88 del Reglamento dispone que: "Las divergencias o conflictos derivados de la aplicación de la ley, del reglamento o del estatuto, que no pudieran solucionarse por el Directorio, serán sometidos por las partes a procedimiento arbitral", la materia a arbitrar sería, la legalidad (el arreglo a derecho) de la interpretación efectuada por el COES de la LCE, su reglamento o el estatuto. En tal sentido, en el supuesto que se considerase que las decisiones del COES sí fueran materias arbitrables, el arbitraje únicamente podría ser de derecho en la medida que lo que tendría que analizarse es si las decisiones adoptadas recogen o se sustentan en una correcta aplicación de la ley, el reglamento y el estatuto.

## VIII. CONCLUSIONES

1. El COES es un ente que realiza la función de administrar el sistema eléctrico interconectado, en lo que a las actividades de generación y transmisión se refiere, mediante el desarrollo de una serie de actividades concretas y prácticas dirigidas a aprovechar los recursos energéticos existentes eficientemente, asegurando a todos los peruanos el abastecimiento de energía eléctrica al costo más bajo posible, en virtud de una decisión política contenida en la LCE que le delegó las facultades necesarias para, autorregulando la operación de sus miembros, realizar las actividades requeridas para satisfacer tal interés público.
2. En lo que al cumplimiento de función administrativa se refiere, el COES se encuentra regido por el derecho administrativo y, en tal sentido, sus decisiones deben ajustarse estrictamente a las normas que regulan su funcionamiento, y son pasibles de ser cuestionadas mediante procesos contencioso administrativos y acciones populares ante el Poder Judicial.
3. Las decisiones del COES no pueden ser arbitradas: (i) por el rango de la norma que así lo impuso; (ii) porque al no existir libre disposición no pueden ser arbitradas según la LGA; y, (iii) porque el arbitraje no puede ser impuesto a los particulares.
4. Siendo que el COES desarrolla su actividad mediante actos del poder estatal que le ha sido delegado, el ejercicio de dicho poder encuentra sus alcances a la vez que sus límites en el bloque de legalidad existente, es decir, en la Constitución, las leyes y los principios generales del derecho. En tal sentido, el control de sus decisiones no puede sino realizarse respecto del referente desde el cual y hasta el cual el COES puede actuar. Por ello, toda vez que el arbitraje de conciencia supone que en el caso concreto los árbitros puedan redescubrir la justicia apartándose de lo que se considera lo justo legal, la preservación del orden que supone la existencia del Estado como organización política, exige que dichos actos, en caso su ejercicio se considere arbitrable, sólo puedan ser cuestionados a través de arbitrajes de derecho.

<sup>69</sup> Ibid. p. 423.

<sup>70</sup> "...ese acuerdo social fundante [el Contrato Social mediante el que se crea el Estado] tiene como principio y como valor fundamental la consecución del valor justicia para todos sus integrantes". (DE BERNARDIS: op. cit. p. 321) (el agregado es nuestro).

<sup>71</sup> Véase RAWLS, citado por DE BERNARDIS: op. cit. p. 304.