

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO PERUANO: BREVE APROXIMACIÓN A SU ESTUDIO*

THE INVOLVEMENT OF PRIVATE AGENTS IN THE SUPERVISORY ACTIVITY IN THE PERUVIAN POWER SECTOR: A BRIEF APPROACH TO ITS STUDY

Diego Zegarra Valdivia**

Pontificia Universidad Católica del Perú

One of the most relevant powers available for the Public Administration so it is able to meet its objectives is the supervisory power. However, this is a matter insufficiently studied in the national legal ambit.

In this article, the author conceptualizes the legal figure of supervision, proposing that it is a synonym of "inspection" and other similar concepts, and that it has wider purposes than the ones established in the Peruvian administrative legislation (that tends only to subsume it into the sanctioning power). With this theoretical framework, the author briefly analyses the phenomenon of the delegation of this power in the Peruvian power sector.

KEY WORDS: Administrative Law; Public Administration; supervision; inspection; power sector.

Una de las potestades más importantes con las que cuenta la Administración Pública para cumplir con sus fines es la de supervisión. Sin embargo este es un tema que ha sido poco estudiado en el ámbito jurídico nacional.

En el presente artículo, el autor conceptualiza jurídicamente la figura de la supervisión, planteando que es un sinónimo de "fiscalización" y otros conceptos similares, y que tiene unos fines más amplios que los reconocidos por la legislación administrativa (que tiende sólo a subsumirla en la potestad sancionadora). Con este marco teórico, el autor analiza brevemente el fenómeno de la delegación de esta potestad en el sector eléctrico peruano.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo; Administración Pública; supervisión; fiscalización; sector eléctrico.

* Artículo basado en la comunicación presentada y admitida para el VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, realizado en la Universidad de Alicante en febrero de 2013.

** Abogado. Profesor ordinario a tiempo completo en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Magíster en Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información por la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M). Estudios de Postgrado en Derecho de la Competencia por la UC3M, en Derecho Administrativo por la Universidad de Castilla-La Mancha, así como en Manejo Ambiental e ISO 14001 por la PUCP. Miembro de la Comisión de Derechos de Autor del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), así como de la Asociación de Derecho Ambiental Español. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional y de la Fundación Joan Gil Albert. Socio de Zegarra & Schipper Abogados Consultores. Contacto: dzegarra@pucp.pe.

*** Agradezco a Erick E. Vargas Guevara, estudiante del último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), asistente de docencia de Derecho Administrativo I en la PUCP, miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA) del Vicerrectorado de Investigación de la PUCP y Editor General de THÉMIS-Revista de Derecho, por el apoyo brindado en la actualización del presente trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

La potestad de supervisión es considerada como una actividad administrativa de limitación de derechos cuya finalidad es la prevención. Con los cambios derivados del proceso de retirada del Estado en ciertas actividades económicas, se ha hecho necesario desplegar, como parte de la actividad de regulación que desarrolla la Administración estatal, una serie de actuaciones dentro de las cuales está incluida la supervisión. Es en este contexto que la colaboración de los privados en el ejercicio de funciones públicas ha cobrado especial relevancia ante la complejidad de fenómenos que tiene que afrontar y que desbordan con creces la capacidad organizativa, técnica y cognoscitiva de la Administración reguladora.

La participación de los privados en actividades que la ley siempre ha reconocido como parte de las potestades de la Administración es un tema que, en la actualidad, tiene un importante desarrollo normativo en la actividad de supervisión del sector eléctrico peruano; por ello, se justifica que nos aproximemos, a través del presente trabajo, a los aspectos que caracterizan la referida potestad, así como al marco jurídico básico que regula la intervención de los particulares en la actividad de supervisión¹. De esta forma, podremos identificar y hacer una breve reseña del alcance de las atribuciones que la Administración le otorga a los privados, con la finalidad de evaluar si se preservan los aspectos que fundamentan el ejercicio de la actividad de supervisión.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS ACCIONES DE SUPERVISIÓN

A. Precisión terminológica respecto de la acción o potestad de supervisión

Es necesario incorporar este apartado con el objetivo de realizar una precisión terminológica respecto de la acción o potestad de supervisión para identificar el tratamiento similar que se da a ésta

con respecto a las acciones o potestades de vigilancia, fiscalización e inspección, en el entendido que se trata —en todas ellas— de actuaciones de la Administración de comprobación o verificación de algo².

Esta precisión es importante, ya que en el ordenamiento jurídico peruano, y, en concreto, en la normativa del sector eléctrico, se incorpora el término “fiscalización” vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora, como si pudiera tratarse de una categoría jurídica distinta a la potestad de supervisión, cuando en realidad es una actuación de idéntica característica a la vigilancia, comprobación e inspección³.

A propósito de considerar la potestad de supervisión —y de igual forma, la vigilancia, comprobación, inspección y fiscalización— desligada de la potestad sancionadora, compartimos la opinión de la doctrina en el sentido de que se trata de potestades distintas en las que se persigue, en esencia, la adecuación del ciudadano al ordenamiento⁴.

De lo señalado, en términos generales, y siguiendo el planteamiento de Izquierdo Carrasco, puede decirse que las nociones de supervisión y control (fiscalización e inspección) son sinónimas y que toda función administrativa de control implica la existencia de un modelo que sirve de referente o parámetro⁵.

B. Breve caracterización jurídica de la acción o potestad de supervisión

1. Concepto de supervisión

Entendemos a la supervisión⁶ como actividad, función, o potestad para identificar unas actuaciones que habilitan a la Administración “para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición

¹ Es necesario referir también que otro de los aspectos que justifican el tratamiento de la temática de participación de los privados en la actividad de supervisión es la ausencia, en el ámbito jurídico peruano, de estudios que la analicen.

² BERMEJO VERA, José. “La Administración inspectora”. En: Revista de Administración Pública 147 (septiembre-diciembre). 1998. p. 42.

³ Debe repararse en que si bien SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Derecho Administrativo”. Madrid: Tecnos. 2011. p. 662 hace una diferenciación entre actividad de vigilancia y actividad de inspección, considerando a la primera como una actividad “material” y a la última como actividad “formalizada”, a nuestro parecer, ambas responden a un mismo carácter instrumental y a una misma finalidad.

⁴ Seguimos el planteamiento de GARCÍA URETA, Agustín. “La potestad inspectora de las Administraciones públicas”. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2006. pp. 35-36, para quien “la potestad inspectora no es equivalente a la sancionadora, ni constituye (al menos en todo caso) un *prius* de ella, ni puede subsumirse como una especie de aquélla”.

⁵ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. “La inspección del Banco de España sobre las entidades de crédito”. En: MUÑOZ MACHADO, Santiago y otros. “Técnicas de intervención, potestades administrativas y control en la regulación económica. Su aplicación al sistema financiero”. Madrid: lustel. 2013. p. 451.

que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos, hacen ciertas normas jurídicas”⁷.

Magide Herrero considera a la supervisión administrativa como una “actividad de la Administración limitativa de la libertad de los administrados mediante la cual se pretende garantizar que los sujetos privados, o públicos que actúan en régimen de Derecho privado, que operan en determinado sector o desarrollan una determinada actividad se ajusten en su actuación a lo establecido en la ordenación de dicho sector o actividad”⁸.

Por su parte, para Izquierdo Carrasco, “[...] la inspección administrativa [...] consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del personal inspector [...] acerca del grado de conformidad de la entidad [...] con los deberes que le son aplicables”⁹. El citado autor destaca el carácter directo e inmediato que caracteriza a la inspección y la distingue de otros medios de control administrativo, de manera que no se considera como inspección o supervisión a la mera recepción, verificación formal y toma en consideración de la documentación e información que una entidad debe remitir periódicamente, en la medida que no se produce en estos supuestos actividad de investigación ni de examen directo e inmediato de la situación de la entidad¹⁰.

Las citadas definiciones, cuyo contenido y alcances compartimos, son complementarias y tienen en común el haber superado la tradicional visión de identificar la supervisión con la policía administrativa, de manera que su énfasis está en el carácter preventivo, en perjuicio del represivo, por lo que se considera a la supervisión como una actividad administrativa de limitación de derechos cuya finalidad es la prevención¹¹.

Dicho esto, resulta claro que estamos frente a una actividad de la Administración, que es parte de la actividad de limitación u ordenación, en la que se

examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que éstos se encuentran sometidos y, de ser el caso, preparar lo que podría ser la reacción administrativa frente a las transgresiones que puedan detectarse.

2. Aspectos característicos y finalidad

En términos generales, la supervisión se caracteriza, en palabras de Rebollo Puig, por ser “[...] una actividad de la Administración en la que examina el comportamiento de los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos”¹².

Para el citado autor, estamos frente a una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas, pero no sólo la sancionadora, como simplemente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención, cumpliendo por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes¹³.

De acuerdo con esto último, enumeramos a continuación los principales aspectos y características de la actividad de supervisión¹⁴:

- a. Su origen es normativo, no deriva de relaciones jurídicas concretas.
- b. Es una potestad pública, al tratarse de un poder de intervención en la esfera jurídica de los particulares.
- c. Se trata de una potestad reglada, atribuida expresamente y específicamente por la ley, por lo que no cabe acudir a la potestad reglamentaria para atribuírsela.
- d. Los particulares están sometidos al ejercicio de esta potestad, es decir, tienen el deber jurídico de soportar la intervención administrativa.

⁶ O, de forma similar, la vigilancia, comprobación, inspección o fiscalización.

⁷ BERMEJO VERA, José. Óp. cit. pp. 40-41.

⁸ MAGIDE HERRERO, Mariano. “Límites constitucionales de las Administraciones independientes”. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. 2000. p. 324.

⁹ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Óp. cit. pp. 459-460.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ GARCÍA MARCOS, José. “Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental”. En: Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de Derecho Ambiental, disponible en: <http://huesoedes.cica.es/aliens/gimadus>.

¹² REBOLLO PUIG, Manuel. “La actividad de inspección”. En: CANO CAMPOS, Tomás (Coordinador). “Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo”. Tomo III. Volumen II (El contenido). Madrid: Iustel. p. 53.

¹³ REBOLLO PUIG, Manuel. Óp. cit. p. 55.

¹⁴ Seguimos el planteamiento de GARCÍA URETA, Agustín. Óp. cit. pp. 29-31.

- e. Es irrenunciable e inalienable, lo que implica que quien es titular de la potestad no pueda modificarla o renunciar a ella.
- f. Se ejerce para servir a un interés público, por lo que su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye.

Junto a las características señaladas, podemos considerar, además:

- g. Su carácter inmediato, orientado hacia la comprobación directa de la actividad objeto de verificación.
- h. Su carácter instrumental respecto de otras potestades administrativas, como las de otorgamiento de títulos habilitantes, restablecimiento de la legalidad y prevención de riesgos, imposición de sanciones o actuación administrativa de intervención.

Respecto a los fines específicos que cumple la actividad de supervisión, podemos considerar:

- a. La prevención general.
- b. El conocimiento de la realidad.
- c. La detección de riesgos.
- d. La detección de irregularidades.

Un aspecto que es necesario destacar como parte de su caracterización jurídica, es que la actividad de supervisión no forma un procedimiento administrativo, sino que consiste en actuaciones materiales y, eventualmente, actuaciones jurídicas aisladas que no llevan a una resolución sino, como máximo, a una simple acta. Es cierto que en algunos sectores esta es una actividad procedimentalizada; sin embargo, no rigen en la supervisión los principios propios del procedimiento administrativo. Ahora bien, en caso de que algunas leyes incluyan ciertas garantías, es obligatorio observarlas¹⁵.

- 3. Principios vinculados con la actividad de supervisión

La actividad de supervisión supone el despliegue de una serie de potestades que restringen la liber-

dad de los administrados; de ahí que no sólo comprenda una simple actividad material y técnica de vigilancia de los hechos de interés, sino que implica que en su configuración estén presentes principios que la informen y limiten, como son el de legalidad, proporcionalidad¹⁶ e igualdad.

Respecto del principio de legalidad¹⁷, debe considerarse que la Administración contará con potestades de supervisión en la medida en que se las otorguen precisamente normas con rango de ley. En tanto que a través de esta actividad se imponen deberes a los administrados, ello sólo lo puede hacer la Administración cuando una ley lo habilite; incluso aunque no se afectara derechos fundamentales, se está de lleno en el ámbito de la vinculación positiva a la ley.

En el caso del principio de proporcionalidad¹⁸, éste supone que si bien algunas leyes pueden haber conferido las más amplias potestades de supervisión, únicamente dicha habilitación normativa habrá sido conferida, en cada caso, cuando sea imprescindible. Es decir, la Administración buscará aquellos hechos que puedan tener relevancia para aquello que es materia de investigación, siempre de la manera menos restrictiva y en la forma y medida menos lesiva, debiendo estar justificado siempre por la eventual afectación a los intereses públicos que trata de conocerse y limitarse.

Con relación al principio de igualdad, el propósito es que pueda materializarse prohibiendo cualquier tipo de diferencias de trato discriminatorias cuando se realice el ejercicio de la potestad de supervisión.

C. La participación de los privados en las acciones de supervisión

Como ha referido Bermejo Vera, las tendencias de liberalización de la economía o de reducción del intervencionismo administrativo han inclinado la balanza del lado de la abstención de las Administraciones en las prestaciones directas, como es el caso de servicios públicos en régimen de gestión directa o indirecta, de servicios públicos prestados por concesionarios o autorizados, pero con la lógica compensación del incremento de la potestad de supervisión (o inspección, vigilancia, compro-

¹⁵ En este punto, seguimos el planteamiento de REBOLLO PUIG, Manuel. Óp. cit. p. 77.

¹⁶ REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel IZQUIERDO CARRASCO. "Manual de la inspección de consumo (con especial referencia a la inspección local)". Madrid: Instituto Nacional del Consumo. 1998. p. 145.

¹⁷ REBOLLO PUIG, Manuel. Óp. cit. p. 65.

¹⁸ Sobre el principio de proporcionalidad, seguimos el planteamiento de REBOLLO PUIG, Manuel. "La actuación inspectora". En: DIEZ SÁNCHEZ, Juan José (Coordinador). "Función inspectora". Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo. 2013. pp. 62 y siguientes.

bación o fiscalización) de las actividades reconvertidas o abandonadas¹⁹.

Este proceso de retirada del Estado, dejando mayor campo de actuación al privado, ocasiona paradójicamente un incremento de su intervención²⁰, máxime si se trata de servicios públicos, cuyo carácter esencial demanda del Estado un rol de garante de que su prestación se desarrolle de forma continua y respetando una serie de estándares de calidad y dentro de condiciones económicas que permitan su acceso. En suma, el Estado asume ahora un rol de regulador, para el que requiere el despliegue de una serie de actuaciones, dentro de las cuales está incluida la supervisión.

El tránsito del servicio público en manos del Estado hacia su prestación por particulares en mercados económicos, ha conducido a una forma de intervencionismo sectorializado que en el ordenamiento jurídico peruano es desarrollada por los organismos reguladores, y donde cumplen un papel muy importante en la supervisión de las denominadas “actividades reguladas”. Esto último se ha producido en el sector eléctrico, en el que luego de un proceso de desagregación estructural, actividades como la generación, transmisión y distribución eléctrica han pasado a ser gestionadas por empresas concesionarias que están bajo del supervisión de los órganos del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [en adelante, OSINERGMIN].

Ahora bien, en este contexto, la colaboración de los privados en el ejercicio de funciones públicas ha emergido con fuerza y ha cobrado especial relevancia en el caso de las acciones de supervisión, control, inspección y certificación, que hasta hace poco eran ejercidas exclusivamente por las Administraciones Públicas²¹. La colaboración de los privados en estas tareas se hace precisa ante la complejidad de fenómenos que tiene que afrontar y que desbordan con creces su capacidad organizativa, técnica y cognoscitiva²².

Si bien en la actualidad existen fundamentos suficientes para incluir a los privados en la acti-

vidad de supervisión que desarrolla la Administración, resulta ilustrativo recoger los principales argumentos que se han formulado en la doctrina española en contra de la participación de los privados en las acciones de supervisión, máxime si en el ámbito jurídico peruano no se ha analizado dicha temática.

Según García Ureta, lo que no se acepta de la atribución de potestades de supervisión a los particulares es que conduzca a la adopción de actos administrativos en los que se ejercen potestades públicas de mayor trascendencia. El referido argumento se originó en el artículo 15.5 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), norma que disponía que “no cabe encomendar a personas o entidades (sujetas a Derecho privado), actividades que según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo”²³. De esta manera, para el citado autor, limitar la aplicación de esta regla traería consigo graves daños a ciertos principios del Estado de Derecho y, con ello, al debido respeto de la libertad de empresa y de la seguridad jurídica²⁴.

Izquierdo Carrasco se cuestiona respecto de la inclusión de entidades privadas como colaboradoras de las actividad inspectora o de supervisión, cuando recoge referencia normativa del artículo 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, según el cual “[...] el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas [...] corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos [...]”²⁵. Respecto de la condición de funcionario que se exige a los inspectores dentro del marco normativo español, Rebollo Puig considera que no está reñida del todo con la realización de ciertas tareas de supervisión (inspección) por sujetos privados, pero sin que tengan propiamente las potestades características de la supervisión²⁶.

Al final, si bien la doctrina reconoce que los ordenamientos jurídicos acaban por admitir esta posi-

¹⁹ BERMEJO VERA, José. Óp. cit. pp. 41-42.

²⁰ GARCÍA URETA, Agustín. Óp. cit. p. 238.

²¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actividad Administrativa”. Madrid: Iustel. 2011. p. 713.

²² ESTEVE PARDO, José. “Técnica, riesgo y Derecho”. Barcelona: Ariel. 1999. p. 66, citado por GARCÍA URETA, Agustín. Óp. cit. Loc. cit.

²³ GARCÍA URETA, Agustín. Óp. cit. p. 249.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Óp. cit. p. 486.

²⁶ REBOLLO PUIG, Manuel. “La actividad de inspección”. Óp. cit. p. 62.

bilidad, ello debe estar sujeto a ciertas condiciones concurrentes, como son: la expresa previsión de una norma con rango de ley, la garantía de los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego, y que exista una regulación normativa suficiente de su régimen de actuación²⁷.

III. EL MARCO NORMATIVO DE LAS ACCIONES DE SUPERVISIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO PERUANO

En el ordenamiento jurídico peruano, las acciones de supervisión o inspección realizadas por entidades de la Administración Pública se encuentran reguladas de forma general en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General del 11 de abril de 2001 [en adelante, LPAG], como “actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección”, cuya finalidad única es determinar, con carácter preliminar, la existencia de circunstancias justificativas del inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, conforme lo dispone el artículo 235 de la LPAG.

Como es posible apreciar, la LPAG mantiene el ya superado esquema de que la acción de supervisión es algo anterior al ejercicio de la potestad sancionadora, subsumiéndose a ella como una especie²⁸. Esta forma de explicar la potestad de supervisión es limitativa respecto de las características que ésta tiene y de la finalidad que cumple sobre la actividad de los particulares, de acuerdo con lo explicado en el apartado anterior.

Siendo coherentes con lo antes señalado, “lo que importa notar desde este momento es que esta acción administrativa no está orientada exclusivamente a preparar el posterior ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración o la represión penal de los jueces. Dicho de otra forma, no busca sólo infracciones administrativas o penales, ni es una mera actividad auxiliar de la punitiva. Aunque ésta sea, desde luego, una de sus vertientes más notables y aunque influye decisivamente en su configuración total, la actividad de inspección sirve también al ejercicio de otras potestades administrativas; por ejemplo, las que permiten adoptar las medidas de reacción no sancionadoras”²⁹.

Como precisan Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, “la inspección suministra a la Administración una información de los problemas detectados en el mercado o en sectores concretos, que le permitirá tomar las iniciativas necesarias para modificar la regulación o para programar actividades posteriores [...] pero, además de instrumento necesario para otras actuaciones de la Administración, la actividad de inspección cumple, en sí misma, una función de prevención general que refuerza la observancia de la normativa [...]”³⁰.

La caracterización jurídica antes realizada y las citadas expresiones de la doctrina más autorizada son parámetros actuales que nuestro ordenamiento jurídico necesita recoger en su normativa general –y, desde luego, en la sectorial– para de esa forma situar a la supervisión en el rol de prevención y no restringirla a un rol instrumental del ejercicio de la potestad sancionadora.

A. Las acciones de supervisión en el servicio público de electricidad

En el caso específico del sector eléctrico, la potestad de supervisión es ejercida por el OSINERGMIN³¹. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de su Reglamento General, aprobado mediante Decreto Supremo 054-2001-PCM [en adelante, el Reglamento General], dicho organismo regulador: “Fiscaliza y supervisa el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales del subsector electricidad, referidas a la seguridad y riesgos eléctricos, por parte de empresas de otros sectores, así como de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado”.

La citada disposición establece que el OSINERGMIN ejercerá sus atribuciones y funciones en concordancia y con estricta sujeción a las disposiciones establecidas en las normas legales referidas al sector energía. Así, con relación a la definición de la función supervisora del OSINERGMIN, el citado Reglamento General la enuncia en los siguientes términos:

“La función supervisora permite a OSINERG [hoy, OSINERGMIN] verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquéllas derivadas de

²⁷ IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Óp. cit. pp. 493-494.

²⁸ Esta posición es asumida por MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Gaceta Jurídica. 2004. p. 740; para quien las consideradas como acciones de supervisión están orientadas a recoger la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el inicio de un procedimiento sancionador, la identificación de los presuntos involucrados, las circunstancias relevantes del caso y la evidencia que será necesaria actuar dentro del procedimiento sancionador.

²⁹ REBOLLO PUIG, Manuel y Manuel IZQUIERDO CARRASCO. Óp. cit. p. 137.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Originalmente, el Organismo Regulador del Sector Energético fue creado con el nombre de “Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía” (OSINERG).

los contratos de concesión, por parte de las ENTIDADES y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la ENTIDAD supervisada. OSINERG ejercerá esta función en concordancia y con estricta sujeción a las normas legales del SECTOR ENERGIA [...]”³² [el agregado es nuestro].

Es con la entrada en vigencia de la Ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, del 16 de abril de 2002, que se establece la posibilidad de delegar a empresas privadas las funciones de supervisión atribuidas al OSINERGMIN:

“Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG [hoy, OSINERGMIN] podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y claficadas por el OSINERG. Estas empresas serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia [...]”³³ [el agregado es nuestro].

La Ley 27699 facultó al OSINERGMIN para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen la actuación administrativa vinculada con la función supervisora, en base a lo cual, mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 324-2007-OS/CD, se aprobó el “Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN”, posteriormente sustituido por el Reglamento aprobado por la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 205-2009-OS/CD con la finalidad de mejorar la eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función supervisora. Este último Reglamento sería reemplazado por el Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 171-2013-OS/CD [en adelante, el Reglamento de Supervisión] –actualmente vigente–, que establece los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos de la función supervisora del OSINERGMIN.

De forma concreta, la función de supervisión, de acuerdo con el artículo 5 del Reglamento de Su-

pervisión, comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte del Agente Supervisado de: (i) las obligaciones legales y técnicas establecidas en la normativa, cuya supervisión corresponda a OSINERGMIN; (ii) las obligaciones contractuales establecidas en los contratos de concesión y las derivadas de los procesos de promoción de la inversión privada en lo que respecta a los aspectos orientados a las actividades económicas que constituyan servicios públicos o que requieran de la utilización de redes e infraestructura; y, (iii) las disposiciones de carácter general o particular emitidas por OSINERGMIN. La actuación del supervisor puede ejercerse a través de acciones programadas o de manera inopinada.

Asimismo, según el mismo Reglamento de Supervisión, la facultad de fiscalización comprende la facultad de realizar acciones conducentes a determinar la comisión de infracciones por parte del agente supervisado, pudiendo ejercerse a través de acciones programadas o de manera inopinada. De acuerdo con esto último, el citado Reglamento hace separable la actividad de supervisión de la de fiscalización, cuando conceptualmente son lo mismo.

Posteriormente, el 15 de marzo de 2016 sería publicada la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 037-2016-OS/CD [en adelante, la Directiva], que pasa a regular todo lo relativo a los criterios para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como el procedimiento para su selección y contratación y para la ejecución de los servicios que realizan, siendo de obligatorio cumplimiento para: (i) los interesados en participar en los procesos de selección de Empresas Supervisoras que OSINERGMIN convoca; (ii) para las Empresas Supervisoras que contraten con OSINERGMIN; (iii) así como para el personal de OSINERGMIN que, en ejercicio de sus labores, participa en la selección y contratación de Empresas Supervisoras o en la supervisión de la ejecución contractual³⁴.

Las empresas y personas naturales que sean contratadas por el OSINERGMIN podrán realizar acciones de supervisión y fiscalización dentro de los alcances antes descritos, conforme lo dispone el artículo 2 del Reglamento de Supervisión³⁵.

³² Al respecto, véase el artículo 31 del Reglamento General.

³³ Al respecto, véase el artículo 4 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN.

³⁴ Al respecto, véanse los artículos 1 y 2 de la Directiva.

³⁵ Artículo 2.- “Ámbito de aplicación.

Lo dispuesto en el presente Reglamento es de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisoras y los Agentes Supervisados en el marco de las actividades de supervisión y fiscalización que realice el OSINERGMIN para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas bajo el ámbito de su competencia”.

De las referencias normativas anotadas, hacemos extensiva nuestra observación con respecto a que aún en este ámbito sectorial se mantiene una visión limitada de la supervisión, ya que se subsume como una especie de la potestad sancionadora, con las consiguientes consecuencias que de ello derivan respecto de la real caracterización de la actividad de supervisión y sobre las que ya nos hemos ocupado.

B. El régimen jurídico básico aplicable a las empresas y a las personas naturales supervisoras

Interesa ahora precisar los alcances de la participación de privados como colaboradores de las entidades administrativas a cargo de la actividad de supervisión.

Con relación al acceso de empresas y personas naturales como supervisoras en el sector eléctrico, éstas previamente deben inscribirse en el Registro de Participantes; dicha inscripción las acredita para participar en los procesos de selección³⁶ de empresas para el programa de supervisión que de forma anual convoca el OSINERGMIN a través de, en el caso del sector eléctrico, las gestiones realizadas por su Gerencia de Supervisión de Energía (según nueva conformación orgánica del OSINERGMIN, aprobada mediante Decreto Supremo 010-2016-PCM del 12 de febrero de 2016)³⁷.

Una vez seleccionada, la Empresa Supervisora suscribe un Contrato de Supervisión (distinto a una autorización o concesión) en el que se establecen las facultades³⁸, obligaciones³⁹ (por ejemplo, contratar seguros de accidentes⁴⁰) y una serie de limitaciones para no hacer incompatible⁴¹ su actividad con la que desarrollan las entidades supervisadas. El Contrato de Supervisión es, además, un contrato de locación de servicios, de naturaleza civil, que se sujeta adicionalmente a las disposiciones del Código Civil⁴².

Los contratos suscritos por empresas o personas naturales podrán ser resueltos en caso sean detectados incumplimientos a las obligaciones y limitaciones establecidas, previa aplicación de las

penalidades que correspondan⁴³. También podrán operar las resoluciones de los referidos contratos en caso de reducción en los programas de supervisión, cuando se verifique un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, u otras causas diferentes de la imposición de penalidades⁴⁴.

C. Facultades que el OSINERGMIN podrá otorgar a las empresas y personas naturales supervisoras

Teniendo como fuente el citado artículo 4 de la Ley 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, el artículo 27 de la Directiva ha establecido que las Empresas Supervisoras, de acuerdo con el marco normativo vigente y las especificaciones contenidas en el Contrato de Supervisión suscrito con OSINERGMIN, tendrán –entre otras– las siguientes facultades:

- a) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación.
- b) Requerir a los agentes supervisados por OSINERGMIN la exhibición o presentación de documentos, incluyendo libros contables, facturas, recibos, comprobantes de pago, registros magnéticos/electrónicos y, en general, todo lo necesario para el desarrollo del servicio materia del contrato.
- c) Llevar a cabo los actos necesarios para obtener o reproducir los documentos o archivos físicos o magnéticos/electrónicos y demás que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad o su resultado, que sean pertinentes al objetivo de la supervisión contratada por OSINERGMIN.
- d) Tomar muestras, efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar las instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia que conlleve al cumplimiento del servicio contratado por OSINERGMIN. Las diligencias dentro de las instalaciones de los agentes supervisados están sujetas al cumplimiento de condiciones de seguridad que prevé la normativa de la materia.

³⁶ Al respecto, véase el artículo 15 de la Directiva.

³⁷ Las convocatorias pueden consultarse en la página web del OSINERGMIN: www.osinergmin.gob.pe.

³⁸ Al respecto, véase el artículo 27 de la Directiva.

³⁹ Al respecto, véase el artículo 28 de la Directiva.

⁴⁰ Al respecto, véase el artículo 24, inciso 2, de la Directiva.

⁴¹ Al respecto, véase el artículo 29 de la Directiva.

⁴² Al respecto, véase el artículo 3, inciso 1, de la Directiva.

⁴³ Al respecto, véase el artículo 34 de la Directiva.

⁴⁴ Al respecto, véase el artículo 34, inciso 3, de la Directiva.

- e) Registrar declaraciones de las personas que puedan brindar información relevante sobre el objeto de la supervisión contratada por OSINERGMIN.
- f) Instalar equipos en los locales de los agentes supervisados o en las áreas geográficas vinculadas a la actividad objeto de la supervisión contratada por OSINERGMIN, con la finalidad de realizar monitoreos, siempre que no dificulte las actividades o la prestación de los servicios de los agentes supervisados.
- g) Simular el rol de usuarios, clientes, potencial usuario o cliente o tercero, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto del servicio de supervisión contratado por OSINERGMIN.
- h) Imponer las medidas administrativas que expresamente habilite el Contrato de Supervisión, que resulten necesarias ante la verificación de algún hecho que lo amerite.
- i) Emitir observaciones y recomendaciones que expresamente habilite el Contrato de Supervisión.

Luego de mencionado este conjunto de facultades, es posible afirmar que nos encontramos ante actuaciones públicas que tradicionalmente han estado en manos de la Administración Pública y de las personas que ejercen función pública, pero que el ordenamiento sectorial ha previsto que puedan ser suplidas por las empresas o personas naturales supervisoras, siendo estas actuaciones auténticas funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad inherentes a los poderes públicos, y no simples actuaciones prestacionales o de ejecución privada previa a decisiones de los órganos de la Administración⁴⁵.

Esto último no deja de ser preocupante porque, si bien la Administración sectorial se reconoce limitada en sus medios materiales para el ejercicio de la potestad de supervisión, consideramos que la colaboración de los privados se ha llevado hacia un extremo en el que prácticamente éstos asumen todas las facultades que la ley le otorga a la Administración para realizar actividades de limitación de derechos de los administrados, lo que puede generar situaciones en las que no se tengan presentes los principios que informan y limitan la actividad de supervisión.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de la breve revisión de las características básicas de la potestad de supervisión y del marco normativo del sector eléctrico, en el que se ha incorporado el supuesto de participación de empresas y personas naturales en la actividad de supervisión de quienes tienen a su cargo la operación de actividades del sector, podemos concluir que el legislador peruano no le ha dado a la actividad de supervisión los alcances que la caracterización jurídica de dicha potestad tiene; es decir, el ser una actividad auxiliar del ejercicio de otras potestades y de prevención general, y no aquella que resulta subordinada al ejercicio de la potestad sancionadora.

Asimismo, en la normativa del sector es posible distinguir la inexistente diferencia conceptual entre la actividad de supervisión y la de fiscalización, cuando ambas son conceptual y materialmente lo mismo, lo que de por sí le resta coherencia y hace más compleja la actuación de la Administración frente a la limitación de los derechos de los particulares que esta actividad importa.

De otro lado, es claro que existe una tendencia hacia proceduralizar esta actividad –con la consecuente aplicación de los principios del procedimiento administrativo–, lo que desvirtúa su carácter material y el que las actuaciones jurídicas que realiza la Administración no conllevan la emisión de una resolución, sino como máximo un acta o un informe.

Finalmente, no deja de preocuparnos, conforme ya hemos anotado, que se hayan trasladado aquellas facultades propias de la actuación de una Administración en ejercicio de la potestad pública de supervisión, y que no quede clara la aplicación de los principios que informan y limitan el ejercicio de dicha potestad, cuyo carácter discrecional la distingue; sino que, por el contrario, incluso se permite a la empresa o persona natural a cargo de la supervisión realizar actuaciones que son competencia de OSINERGMIN en la medida que se “dé cuenta” de ellas al organismo.

Este último planteamiento nos lleva a considerar la necesidad de realizar algunos ajustes al marco normativo peruano con el objetivo de que se preserven los aspectos característicos que fundamentan el ejercicio de la potestad de supervisión. ■

⁴⁵ Seguimos el planteamiento de CANALS I AMETLLER, Dolors. “El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación”. Granada: Comares. 2003. p. 290.