

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
(Editor)

ACTAS DE
DERECHO DE ENERGÍA

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

ACTAS DE DERECHO DE ENERGÍA

© PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

2013 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 2510 5000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 227.898 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 335 - 4

1ª edición julio 2013 Legal Publishing Chile

Tiraje: 150 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

BALANCE, NATURALEZA Y RECURRIBILIDAD DE LAS
DECISIONES DEL PANEL DE EXPERTOS EN MATERIA ELÉCTRICA*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO**

I. INTRODUCCIÓN: CREACIÓN DEL PANEL DE EXPERTOS

El Panel de Expertos corresponde a una instancia de resolución de conflictos tarifarios y jurídicos especial, fuera del Poder Judicial y de la Administración Pública, independiente, altamente especializado, cuya misión es resolver las discrepancias que se suscitan entre las empresas del sector eléctrico de los tres segmentos: generación, transmisión y distribución; con la Autoridad Administrativa u Órganos Reguladores.

Fue instaurado por la Ley N° 19.940, publicada en marzo de 2004, conocida como Ley Corta I. Esta normativa realizó cambios profundos al mercado regulatorio eléctrico. Su primera conformación fue establecida en 2004 en base a un concurso público realizado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El 16 de septiembre del mismo año se publicó el Decreto Supremo N° 181, del Ministerio de Economía, estableciendo el Reglamento del Panel de Expertos.

Su estructura y atribuciones se encuentran actualmente regulados por la Ley General de Servicios Eléctricos (en adelante, LGSE), D.F.L. N° 4/20.018. En cuanto a su conformación se encuentra integrado por siete profesionales, de los cuales cinco deben ser ingenieros o licenciados en Ciencias Econó-

* Ponencia dictada en el marco de las VIII Jornadas de Derecho Eléctrico de 2008. Dado ese origen y destino, carece de aparato bibliográfico. Para un análisis más detallado, véase: VERGARA (2004), pp. 34-41 y VERGARA (2005).

** Profesor de de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

micas, tanto nacionales como extranjeros y dos abogados, los que necesitan acreditar un conocimiento en materias técnicas, económicas o jurídicas especializado, además de una experiencia laboral mínima de tres años.

Además de los miembros del Panel, podemos observar la presencia de un Abogado Secretario, cuya misión es realizar labores administrativas, de filtro de admisibilidad, junto a la tramitación de las discrepancias formuladas al Panel. Tanto los miembros del Panel de Expertos, como el Abogado Secretario son designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante un proceso de selección público de antecedentes, por una Resolución del Ministerio de Energía por la cual se efectúa el nombramiento. Los miembros del Panel de Expertos permanecen en sus cargos por 6 años, pudiendo ser designados para un nuevo período, para lo cual deberán participar nuevamente en el proceso de selección antes mencionado. El domicilio del Panel de Expertos se encuentra en la ciudad de Santiago, es imperativo que sesione una vez por semana, para despachar las actuaciones de mero trámite, sin perjuicio de las sesiones que establezcan las bases de trabajo que se conforman al presentarse una discrepancia. El quórum mínimo para sesionar se constituye por la presencia de cinco de sus miembros, tomando sus acuerdos por simple mayoría de votos, ante un empate dirime el Presidente del Panel. Los costos de funcionamiento son asumidos por las empresas eléctricas de generación, transmisión y distribución, mediante un cálculo a prorrata de sus activos, como por el número de discrepancias presentadas.

II. BALANCE DE SU ACTUACIÓN

1. Reducción de la conflictividad

Los dictámenes efectuados por el Panel de Expertos revisten ciertas características.

i) En primer lugar, sólo pueden pronunciarse sobre los aspectos en que exista discrepancia, no extenderse a puntos fuera de ella, debiendo para ello elegir entre una u otra posición de las que se le han presentado.

ii) En segundo lugar, la resolución del Panel de Expertos es vinculante para las partes que han concurrido a solucionar su conflicto; esto quiere

decir que el dictamen cobra fuerza obligatoria desde que es pronunciado, debiendo ser acatado por las partes en conflicto.

iii) En tercer lugar, no es susceptible de recurso alguno, ni jurisdiccional o administrativo, tanto ordinario como extraordinario. Sólo existe una opción de revisión de un dictamen elaborado por el Panel de Expertos; el Ministerio de Energía, por Resolución Exenta fundada podrá, dentro del plazo de diez días desde la notificación del dictamen, declararlo inaplicable por un determinado período de tiempo, cuando la resolución exceda de las competencias establecidas en la ley. Cabe señalar que en la práctica esta situación nunca ha ocurrido, puesto que como veremos, el ámbito de acción del Tribunal se encuentra taxativamente regulado en la LGSE. Sin embargo, se han intentado recursos judiciales contra algunos dictámenes.

El Panel de Expertos es una instancia jurisdiccional que ha reducido notablemente la conflictividad en el sector eléctrico, y más aún, especializa y agiliza la resolución de dichos conflictos, por su conformación altamente especializada y técnica.

2. Regulación de los conflictos: procedimiento

a) Competencia

La LGSE establece taxativamente cuáles son las competencias del Panel de Expertos. En cuanto a los *sistemas de transmisión troncal*: las discrepancias relacionadas con la determinación de las bases técnicas y administrativas definitivas del Estudio de Transmisión Troncal; con el informe técnico basado en los resultados del estudio de transmisión troncal que le corresponde a la Comisión Nacional de Energía; con el plan anual de expansión, y con la recaudación anual y pago de peajes correspondiente al valor anual por tramo. En cuanto a *sistemas de subtransmisión*: las discrepancias relacionadas con las bases técnicas definitivas de los estudios para la determinación del valor anual de cada sistema y con la fijación de los peajes de subtransmisión. En cuanto a los *sistemas adicionales de transporte*: las discrepancias relacionadas con la aplicación del régimen de acceso abierto. En cuanto a los *servicios de distribución*: las discrepancias relacionadas con la fijación del peaje de distribución; con la fijación de los precios de los servicios no consistentes en suministros de energía; con

la determinación de los costos de explotación y con la fijación del Valor Nuevo de Reemplazo. En cuanto a los *sistemas eléctricos medianos*: las discrepancias relacionadas con las bases de los estudios para la determinación del valor anual de dichos sistemas eléctricos, y el informe técnico de la Comisión con las fórmulas tarifarias para estos sistemas. En cuanto a los *Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC)*: los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC, respecto de aquellas materias que se determinen reglamentariamente. En cuanto a la *energía eléctrica generada con fuentes renovables no convencionales*: las controversias que se susciten sobre el cumplimiento de la obligación de que un porcentaje de la energía retirada para ser comercializada corresponda a energía generada con fuentes renovables no convencionales (Ley N° 20.257). *Otras discrepancias*: las que las empresas eléctricas tengan entre sí con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico y que, de común acuerdo, sometan a su dictamen. Además de todas aquellas que la ley le entregue.

b) Alternativas de Dictamen

Podemos referirnos a un mandato que contiene la ley respecto del dictamen que emite el Panel de Expertos. En efecto, además de señalar la ley que el dictamen será “*fundado*” (art. 211 inc. 2° *in fine* LGSE) y que “*se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia*” (art. 211 inc. 3°) agrega que el Panel de Expertos debe: “*optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios*” (ídem). ¿Qué significa esta “opción”?

El dictamen del Panel de Expertos es una decisión sobre las peticiones de los recurrentes (“*alternativas*”, dice la ley) y debe elegir una u otra, atendiendo a su racionalidad o coherencia estricta con el sistema jurídico y con los fundamentos que se desarrollan en el dictamen, y por coincidir con las peticiones concretas presentadas por las partes, y no por entender que ha tenido que elegir entre “una u otra” alternativa, como si estuviese obligado a elegir entre la alternativa que establece cada parte.

Si las partes no han presentado ante el Panel de Expertos valores plenamente determinados, o si la sola elección de uno de los valores planteados por las partes no es suficiente para resolver la totalidad del asunto sometido

a su conocimiento, en consideración del principio del conocimiento pleno de las causas, el Panel podrá resolver libremente la discrepancia para completar la omisión de las partes.

De la misma manera, en aquellas materias sometidas a su conocimiento en las que no se discuta la determinación de un valor específico, como en los casos en que corresponda interpretar las normas del sector, fijar un procedimiento o sus bases, como los casos señalados por el art. 280 N° 11 LGSE, la competencia del Panel para resolver la discrepancia estará limitada sólo por las peticiones concretas de las partes.

Por esa razón, en una discrepancia en que las partes no plantean ante el Panel “uno u otro valor” sino múltiples posiciones, que no son estrictamente relativas a valores, se debe proceder a acoger o denegar las peticiones de las partes, de acuerdo a lo expresamente solicitado en sus presentaciones, al mérito de los antecedentes y fundamentos aportados en el dictamen.

En definitiva, se debe resolver de acuerdo al mérito del proceso y a los antecedentes allegados a él por las partes y los demás aportados al Panel por los recurrentes. Aún más, cuando es perfectamente posible que haya que descomponer las supuestas ‘alternativas’ puestas por las partes para un dictamen más coherente, las cuales además no contienen valores, la decisión o dictamen del Panel debe ser fundado, basado en criterios jurídicos de interpretación. Y la interpretación jurídica, como la de toda ciencia que se basa en evidencias, en este caso del texto, contexto y espíritu de una ley, por sencillo que parezca el esquema conceptual y metodológico, por provenir de textos a la vista de todo lector interesado, no puede ser reducido a una mera elección de ‘una u otra alternativa’, sino que es necesario dictaminar sobre la base de las posibilidades, ya sea que se trate diversas consideraciones o elementos, más sostenibles desde las perspectivas de la ingeniería, de la economía y del derecho, aunque tal posibilidad o ‘alternativa’ no esté contenida íntegramente en la posición de alguno de los discrepantes.

El criterio de elegir la decisión más cercana a la óptima, por el solo hecho de haber sido planteado por una de las partes no parece ser apropiado, pues implica una contradicción con el papel esencial de este Tribunal Especial: resolver una discrepancia con apego estricto a evidencias de las ciencias de la ingeniería, economía y del derecho, y podría llegar a transformar a los dictá-

menes del Panel de Expertos en simples acercamientos al criterio más cercano a alguna de las “alternativas” puestas por la partes, y no necesariamente a las evidencias constatadas por los expertos, lo que no parece razonable.

Por lo demás, el criterio de las peticiones concretas que debe contener todo escrito o recurso presentado ante un Tribunal Especial como éste, es un principio general de derecho, y forma parte de las prácticas más elementales de los ocurrentes ante un órgano de decisión. Lo que implica, además, que si las partes no realizan peticiones concretas, ellas mismas se colocan en una situación de riesgo procesal, atendido el tenor del artículo 211 inciso 1º LGSE, que exige “claridad” a tales presentaciones, tanto en su sustento como en sus pretensiones.

Por lo tanto, la técnica jurídica que cabe aplicar en los dictámenes en que no hay dos alternativas de valores o precios (única situación a la que se refiere la ley), es la de la decisión atendiendo a las peticiones concretas de los ocurrentes o discrepantes.

El criterio de las peticiones concretas que debe contener todo escrito o recurso presentado ante un Tribunal Especial como este es un principio general de derecho, y forma parte de las prácticas más elementales de los ocurrentes ante un órgano de decisión. Lo que implica, además, que si las partes no realizan peticiones concretas, ellas mismas se sitúan en una situación de riesgo procesal, atendido el tenor del artículo 211 inciso 1º LGSE, que exige “claridad” a tales presentaciones, tanto en su sustento como en sus pretensiones. Al respecto, este es, por lo demás, el criterio adoptado en el Dictamen N° 3-2004 del Panel de Expertos, en que se declaró inadmisibile una discrepancia sometida a su conocimiento por carecer la presentación de la claridad exigida por la ley. De este modo, con la aplicación de esta técnica de las peticiones concretas y claras, se solucionan los siguientes problemas: i) el caso de un requirente que presenta varias alternativas a la vez; ii) el caso en que no se presenta ninguna alternativa o petición concreta sino que se le pide al Panel que falle según lo estime que corresponda. En estos casos cabe declarar inadmisibile la presentación por no tener alternativas o por no tener peticiones concretas.

En suma, la técnica jurídica que cabe aplicar en los dictámenes en que no hay dos alternativas de valores o precios (única situación a la que se refiere la ley), es la siguiente:

i) debe exigirse a los recurrentes la necesidad de hacer presentaciones con claridad, so pena de inadmisibilidad, para permitir en definitiva que el Panel de Expertos pueda atenerse a las “peticiones concretas” de cada parte, y

ii) la decisión debe emitirse en definitiva atendiendo a las peticiones concretas de los ocurrentes o discrepantes, como se hizo por el Panel de Expertos en el Dictamen N° 3-2004, y en los siguientes de 2004, en que claramente dicho órgano ha ido abandonando la estrictez del criterio de las “alternativas”, y ha ido exponiéndolas formalmente, pero decidiendo no sólo respecto a lo estrictamente planteado por cada parte, sino a lo que más corresponde en justicia; y corresponde en justicia aquello más adecuado a los antecedentes de la causa, analizado desde la triple perspectiva de la ingeniería, de la economía y del derecho.

III. NATURALEZA JURÍDICA: ¿ES UN TRIBUNAL?

Mucho se ha argumentado doctrinariamente acerca de la naturaleza jurídica del Panel de Expertos, discusión de gran relevancia puesto que clasificarlo como un Tribunal ordinario o especial, o como un órgano que ejerce Jurisdicción, o como un órgano de la administración pública, acarrea una serie de repercusiones orgánicas y funcionales diferentes. En relación con este punto hemos señalado en trabajos anteriores que el Panel de Expertos es propiamente un Tribunal especial ubicado fuera del Poder Judicial, por lo tanto, no está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de acuerdo a la misión que le ha encargado la ley, esto es resolver una disconformidad, un desacuerdo, un conflicto entre concesionarios o empresas eléctricas, o entre éstos y la autoridad sobre una cuestión de derecho. La base de esta interpretación la podemos encontrar en el artículo 76 de la Constitución Política de la República, el cual establece que a los Tribunales establecidos por la ley les corresponde resolver conflictos de relevancia jurídica. Esta potestad jurisdiccional es justamente la que la LGSE le encomendó al Panel de Expertos, pese a que esta norma no lo conceptualizó como Tribunal, no puede negarse su naturaleza de ente juzgador especial.

Al observar las discrepancias que la ley le encomienda dirimir, establecidas en el art. 208 de la normativa en comento, se pueden distinguir dos tipos de potestades jurisdiccionales en consideración a quienes va dirigido

el dictamen. La primera se puede caracterizar como contenciosa-administrativa, en virtud de resolver conflictos entre la autoridad y los particulares. Encontramos este argumento en lo señalado por el art. 19 N° 3 al tratar el Debido Proceso, no limitando la aplicación de esta garantía sólo a los Tribunales que integran el Poder Judicial, sino a todo Tribunal establecido por la Ley. Materializando este principio el artículo 38 inciso segundo de la Constitución, establece “*cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley*”. La segunda es una potestad decidora de naturaleza arbitral, cuya finalidad es resolver conflictos entre empresas eléctricas, en el supuesto de someterse de común acuerdo al Panel de Expertos mediante un compromiso.

No obstante la contundencia constitucional y legal de los argumentos esgrimidos anteriormente, se le ha negado el carácter jurisdiccional al Panel de Expertos. La Corte Suprema, en virtud de lo señalado en los artículos 77 inciso segundo de la Constitución y 16 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se pronunció en relación al Proyecto de Ley N° 19.940, que estableció el Panel de Expertos, a este respecto señaló: “*Sólo compete informar en torno a aquellos proyectos que se refieren a la organización y atribuciones de los tribunales*”, agregando el informe “*no es un órgano jurisdiccional en los términos de los artículos 73 y 74 de la Constitución y 5° del Código Orgánico de Tribunales*”, por lo tanto, no le es competente emitir un informe sobre la materia consultada. Posteriormente, durante la discusión parlamentaria, que en honor a la verdad fue escasa, el Diputado Sr. Leay señaló en consideración al Panel de Expertos: “*No constituye un tribunal, sino una instancia auxiliar de la administración del sistema eléctrico*”. Posteriormente agrega: “*La opinión o dictamen no puede ser desoído ni por la autoridad ni por las empresas (...) formando parte de un procedimiento administrativo*”.

En la actualidad podemos señalar que las dudas sobre la función jurisdiccional del Panel se encuentran dilucidadas, gracia a que el legislador ha oído a la doctrina en relación a cuál es la verdadera naturaleza jurídica del Panel de Expertos, dando respaldo positivo a quienes hemos sostenido que dicho Panel ejerce una verdadera jurisdicción. El inciso segundo del artículo 8° transitorio de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información, reconoce expresamente al Panel de Expertos en materias eléctricas como

un “*órgano que ejerce jurisdicción*”, aunque como hemos señalado reviste la forma de un Tribunal especial.

A mayor abundamiento, la Ley N° 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública dispone en su artículo 8° transitorio que “*los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente (obligación de mantener a disposición del público los antecedentes señalados en el artículo 7° de dicha ley) mediante sus propios sitios electrónicos o en los del o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio*”, lo que apoya lo anteriormente expuesto (el destacado es nuestro).

IV. EL PANEL DE EXPERTOS NO FORMA PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Un segundo conflicto ha sido determinar si el Panel de Expertos se encuentra ubicado dentro de la Administración Pública, haciéndole extensivas las directrices contenidas en la Ley N° 19.940, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, y en la Ley N° 18.675, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Creemos firmemente en la autonomía orgánica del Panel de Expertos como Tribunal especial eléctrico, tanto de la Administración Pública como del Poder Judicial. Confirma nuestra posición lo dispuesto por la LGSE en su artículo 212, el cual establece que “*los integrantes del Panel, el Secretario abogado y el personal auxiliar del panel, no tendrán carácter de personal de la Administración del Estado. No obstante les serán aplicables las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad contenidas en el D.F.L. N° 1/19.653 y las previstas en el Título V del Código Penal*”. Es claro el sentido de la disposición citada, esto es, excluir al Panel de Expertos de la aplicación del Estatuto Administrativo, sólo haciendo extensiva la aplicación de éste en lo relacionado a las sanciones administrativas de sus miembros.

Este punto ha sido ratificado por el propio Tribunal Constitucional, el cual en sentencia de fecha 10 de marzo de 2004, Rol N° 403, en relación a

la aplicación de las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad contenidas en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, indicó que se aplica la ley *“no obstante que (los integrantes del panel de expertos) no forman parte de la Administración del Estado”*. En el mismo orden de ideas durante la toma de razón del D.S. N° 181, el cual estableció el Reglamento del Panel de Expertos, fue elaborada la conocida minuta N° 603, por parte del Ministerio Secretaría General de la Presidencia donde efectuó un análisis interesante a considerar sobre el Panel de Expertos, dentro del cual estableció que el Panel de Expertos no formaría parte de la Administración Pública, siguiendo lo planteado por el Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de lo expuesto, parte de la doctrina insiste en incluir al Panel de Expertos dentro de la Administración del Estado. Se ha argumentado que el Panel de Expertos es un órgano colegiado de la Administración del Estado que integra la institucionalidad del sector eléctrico, de naturaleza híbrida en su competencia, de potestad dictaminadora económica y de potestad jurisdiccional, auxiliar, de carácter técnico, independiente, imparcial, pero sometido a las normas de la Ley N° 18.675, es decir, dentro de la Administración Pública. Siguiendo esta línea argumental, incluso se va más allá, y se ha llegado a afirmar que el dictamen es un acto administrativo. Señala que esta calidad antes mencionada deriva de su correspondencia con la tipificación legal y por ser un elemento constituyente de un procedimiento administrativo que culmina en un acto administrativo formal consistente en un Decreto. Continúa señalando que la tipificación antes descrita resulta de aplicar el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, el cual define acto administrativo, en general, como las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Lo anterior es objetable de acuerdo a lo que señalamos anteriormente, el Panel de Expertos no forma parte de la Administración Pública, atendido el tenor literal de la LGSE, que de acuerdo a lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 19, cuando su sentido es claro no debe desatenderse el tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. No se trata de incluir al Panel de Expertos en la Administración Pública por una técnica de hermenéutica legislativa, si asumiendo que sólo en lo tocante a la responsabilidad funcionaria será aplicable el Estatuto Administrativo. Es por esta razón que el Tribunal Constitucional de manera enfática señala que el Panel de Expertos no forma parte de la Administración; luego, si no

forma parte de ésta, y siguiendo la misma argumentación del autor señalado, no puede catalogarse al dictamen como un acto administrativo, ni menos bajo la forma de un decreto.

V. RECURRIBILIDAD DE SUS DECISIONES: CASO “CHILECTRA CON PANEL DE EXPERTOS” ANTE LA CORTE SUPREMA

A través de sentencia de 16 de mayo de 2007 la 8ª Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección interpuesto por Chilectra en contra del Dictamen N° 7 de 2007 del Panel de Expertos. Es una sentencia dividida: la mayoría estuvo por rechazar el recurso, y un disidente estuvo por declarar inadmisibile el recurso.

En este caso la recurrente (Chilectra) cuestiona la legalidad de un aspecto de un dictamen del Panel de Expertos (recurrido). Dicho dictamen se enmarca en el proceso de fijación de las tarifas de subtransmisión, y constituye uno de los hitos relevantes de dicho proceso, en que participa la autoridad administrativa (Comisión Nacional de Energía), las empresas de subtransmisión (entre ellas Chilectra) y demás interesados.

Dos aspectos cabe destacar en la sentencia del caso “Chilectra con Panel de Expertos”:

La recurribilidad de sus decisiones (a); las razones meramente formales para rechazar el recurso (b).

a) La recurribilidad de los dictámenes del Panel de Expertos. Declaración de inconstitucionalidad realizada por el juez de protección

Si contra los Dictámenes del Panel de Expertos no procede recurso alguno, sus decisiones son de “única instancia”; es la última palabra en el conflicto. Es un tema que no ha sido debatido o contradicho en la literatura jurídica que se ha generado después de la creación del Panel, pues en dicha decisión legal estuvieron de acuerdo todos los actores al tramitarse la Ley Corta, lo que estaba dirigido a evitar la “judicialización” de los conflictos eléctricos. Incluso uno de los aspectos que más han valorado los actores en los tres años de funcionamiento del Panel de Expertos es el cese evidente

de los litigios en el sector. Incluso, se ha dicho que su propia existencia, y el tenor de sus primeras decisiones marcó un tono de tal magnitud que ha atemperado todo deseo de conflicto judicial y ha instado al acercamiento de las empresas en conflicto. En otras palabras, ha operado uno de los objetivos de todo sistema jurisdiccional: desincentivar el conflicto y propiciar la negociación entre las partes.

Con anterioridad se había presentado un recurso de protección en contra del Panel de Expertos por una empresa del sector eléctrico, el cual fue declarado inadmisibile por la Corte de Apelaciones de Santiago. Esto es, la Corte había respetado el criterio legal de que los dictámenes no pueden ser objeto de recurso alguno, como lo dice la Ley Eléctrica.

En la sentencia del caso “Chilectra con Panel de Expertos”, la Corte cambia su criterio y ahora estima que sí es recurrible un dictamen del Panel por la vía del recurso de protección, mediante el siguiente argumento (considerando 7°): *“[Que] siendo el recurso de protección una acción de rango constitucional, sólo nuestra Carta Constitucional podría limitarlo, consecuentemente, ninguna norma de rango inferior, como sería una ley, podría impedir su interposición, ya que ello atentaría gravemente contra el principio de la supremacía de la constitucional y dejaría al arbitrio del legislador una materia que es propia y excluyente del constituyente”*.

En primer lugar, cabe referirse al argumento literalista que con una razonabilidad muy discutible plantea la sentencia. En este considerando se postula que como la Constitución “no impide” la interposición del recurso de protección, ninguna ley podrá hacerlo, a raíz de lo cual esta acción sería de una universalidad tal que podría presentarse respecto de cualquier acto, persona o autoridad, sólo por el hecho de que el texto constitucional no lo limita en su texto de manera expresa. Con este criterio, dado que tampoco está establecida una limitación constitucional para interponer la acción de protección en contra de una sentencia judicial, ello sería procedente. ¿Y en contra del Congreso Nacional, por la dictación de una ley, dado que no lo limita la Constitución? ¿No es un exceso? La jurisprudencia de protección hasta ahora más bien venía “limitando”, o “fijando” un marco adecuado para la interposición de recursos de protección, observando la realidad: por ejemplo, si se trataba de potestades constitucionales, como las legislativas, era obvio que quedan fuera; o si se trata de sentencias de los tribunales de justicia, igualmente, sobre todo por encontrarse en medio del imperio del derecho.

En segundo lugar, además de ser débil el argumento, las consecuencias: con esta declaración se debilita la irrecurribilidad de los dictámenes establecida en la Ley Eléctrica. La “única instancia” en casos tan calificados como éste se justifica por las razones indicadas más arriba y es común en los sistemas legales. Lo más paradójico, es que la sentencia para apoyar la recurribilidad de los dictámenes del Panel de Expertos se apoya en la opinión de José Luis Cea Egaña, al que la sentencia cita como “profesor de Derecho Constitucional, y actual Presidente del Tribunal Constitucional”, tribunal este último que falla... ¡en única instancia!

Por otra parte, a raíz de lo anterior el juez de protección entiende que “el acto impugnado [el dictamen del Panel de Expertos] puede ser, por su propia naturaleza, motivo del recurso de protección”, efectuando en seguida la siguiente declaración de inconstitucionalidad:

“(...) por lo que cabe al respecto desestimar la pretensión de la recurrida en cuanto a la prevalencia del inciso 3º, parte final, del artículo 133 [hoy 211] invocado en el caso subjudice”.

¿Qué significa esta declaración? En los hechos significa lisa y llanamente que la Corte de Apelaciones ha declarado inaplicable este artículo en la causa, y ha preferido la aplicación de una “base” constitucional que no argumenta suficientemente. Ha asumido el papel de un juez que aplica directamente la Constitución, y desaplica la ley por considerarla inconstitucional, papel que hoy día realiza el Tribunal Constitucional.

No obstante todo lo anterior, en definitiva la Corte limitará por razones meramente formales su intromisión en la decisión del Panel de Expertos. Cabe preguntarse si existió incoherencia en el Tribunal al aceptar, por una parte, la tesis de admisibilidad del recurso; y por otra, rechazar el recurso basándose en razones meramente formales, casi de intuición.

b) Las razones formales para rechazar el recurso

La Corte de Apelaciones, una vez declarada la posibilidad de revisar la “ilegalidad o arbitrariedad” del dictamen del Panel de Expertos, y luego de revisar las normas legales que regulan el actuar del Panel de Expertos, como asimismo las funciones que le corresponde desempeñar dentro del marco legal, señala las siguientes declaraciones:

(i) “[E]vacuando [el panel de expertos] el dictamen 7-2006, al tenor de lo establecido en el artículo 133 [de la Ley Eléctrica], el cual (...) no satisface las expectativas de la recurrente, lo cual, a juicio de esta Corte, no constituye un acto ilegal, pues ha sido emitido formalmente de conformidad a la normativa legal en referencia, ni puede ser calificado de arbitrario, ya que no es producto del capricho de los integrantes del Panel de Expertos, sino del estudio técnico fundado efectuado por éstos y resuelto al tenor de las alternativas en discusión” (Considerando 10°).

(ii) “[E]l ámbito de la aplicación (del recurso de protección) corresponde limitarlo a aquellos actos cuya ilegalidad o arbitrariedad son evidente (...), lo que en la especie a juicio de esta Corte no ocurre” (Considerando 11°);

(iii) “[A]tendida su naturaleza cautelar, impide que el recurso (de protección) pueda emplearse para dilucidar criterios de aplicación de leyes, en especial, cuando éstos inciden en materias técnicas entregadas por ley a profesionales idóneos”.

Así, no obstante la admisibilidad declarada, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, para el rechazo del recurso no se ha introducido en el análisis de las materias técnicas de ingeniería, economía y jurídicas de alta especialización que destacan a los dictámenes del Panel de Expertos, sino lo ha hecho mediante argumentos meramente formales.

Termina señalando que “esta Corte estima que la recurrida al evacuar el dictamen impugnado ha obrado de acuerdo a la normativa legal”, y –sin más, sin entrar al fondo del asunto– rechaza el recurso; de ahí que cabe preguntarse: ¿con qué objeto la Corte de Apelaciones acepta competencia si realmente no revisa el fondo del asunto? ¿No habría sido más coherente declarar inadmisibles la acción? Pues, en los hechos, tanto el voto disidente (que declara inadmisibles la acción) como la sentencia de mayoría (que rechaza la acción), utilizan un argumento formal o intuitivo para formarse su convicción: en ambos casos declaran, respectivamente, que como no es “evidente” (Considerando 11) o “manifiesta” (Considerando 3°) su ilegalidad o arbitrariedad no corresponde, atendida la naturaleza cautelar del recurso, dilucidar criterios de aplicación normativa. Esta apelación a lo evidente de la ilegalidad es incoherente en ambos casos:

(i) En el caso de la sentencia de mayoría, es incoherente con la mínima razonabilidad y argumentación que cabe esperar de un Tribunal por su

cometido y sentido de justicia. Es que una vez que un Tribunal ha aceptado competencia para conocer de un asunto, lo que corresponde es que se introduzca completa y fundadamente en el fondo del mismo, para verificar con todos los antecedentes aquilatados si existe o no ilegalidad; pero esta técnica *floja* de señalar simplemente que “a juicio” de los sentenciadores no hay ilegalidades manifiestas, sin fundar dicho aserto en el fondo es decepcionante para cualquier justiciable, que espera fundamentos mínimos de los sentenciadores.

Por lo anterior, los “argumentos” superficiales esgrimidos por los sentenciadores (que no es “evidente” la ilegalidad) en que no se analiza el fondo del asunto, no ofrecen una real y sana administración de justicia.

(ii) En el caso del voto, es incoherente con la inadmisibilidad, pues si por un lado señala que es inadmisibile el recurso (cuyas razones son atendibles y escuetamente expuestas), no cabe, por otro lado, introducirse al fondo para declarar que no observa el Tribunal ilegalidades o arbitrariedades “manifiestas”. ¿Qué habría ocurrido si las hay? ¿En ese caso borrará con el codo las razones de la inadmisibilidad para introducirse en el fondo? ¿Acaso la admisibilidad depende de lo gruesas, evidentes o manifiestas que sean las posibles ilegalidades?

CONCLUSIONES

1°. El Panel de Expertos es un tribunal especial que ejerce jurisdicción, que no integra el Poder Judicial, por lo cual no se encuentra sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, ni tampoco forma parte de la Administración Pública. Independiente, vinculante, aunque sin capacidad de imperio en cuanto a la ejecución de sus resoluciones, siendo su competencia ambivalente, manifestando una faz contencioso-administrativa y otra arbitral.

2°. En lo que respecta al análisis del fallo del Recurso de Protección de Chilectra en contra del Panel de Expertos, es preciso señalar que en ambos casos los sentenciadores no han analizado lo que realmente deben efectuar: las hipótesis por las cuales podría llegar un Tribunal a conocer de un Dictamen del Panel de Expertos, no obstante la irrecurribilidad que establece el artículo 211 de la LGSE. Quizás lo que cabe es distinguir estos dos aspectos:

a) Los aspectos técnico-eléctricos, enumerados en la LGSE, como de conocimiento exclusivo del Panel de Expertos;

b) Los aspectos que puede controlar un juez de protección: la vulneración de alguna garantía constitucionalidad, directamente, como podría ser la de un justo y racional proceso. La hipótesis de un quebranto del procedimiento de discrepancia que establece la LGSE por el Panel de Expertos, por ejemplo, podría ser objeto de revisión, al tenor del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política (pues, de ese modo, lo convertiría en una “comisión especial”, un juez de estándar rebajado). Una declaración como la anterior cabría esperar de un juez de protección, analizando ésa u otra hipótesis.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): *Derecho Eléctrico*. (Santiago, Editorial Jurídica), 414 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): “El contenciosos administrativo en materia eléctrica: Naturaleza jurisdiccional de las funciones del “Panel de Expertos” en *La Justicia Administrativa*, Juan Carlos Ferrada coordinador. (Santiago, Lexis Nexis), pp. 241-270.